

LES FONDAMENTAUX DU DROIT DE LA CONCURRENCE I

Pratiques anticoncurrentielles

Louis Vogel

Vogel Édition - 30 avenue d'Iéna, 75116 Paris

Le Code de la propriété intellectuelle n'autorisant, aux termes de l'article L. 122-5, 2^o et 3^o, a) que "les copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective" et, d'autre part, que les analyses et courtes citations dans un but d'exemple et d'illustration, "toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droit ou ayants cause est illicite" (art. L. 122-4 CPI).

Cette représentation ou reproduction, par quelque procédé que ce soit, constitue une contrefaçon au sens des articles L. 335-2 et suivants du Code de la propriété intellectuelle.

ISBN 978-2-37768-046-7

© - LawLex / Bruylant - 2023

LES PRODUITS LAWLEX

Des ouvrages de synthèse - Juriscience

Traité de droit économique	
Tome 1/1 Droit de la concurrence-droit européen	
Tome 1/2 Droit de la concurrence-droit français	
Tome 2 Droit de la distribution	
Tome 3 Droit de la consommation	
Tome 4 Droit européen des affaires	
Concurrence : 10 leçons	
Les métamorphoses du droit de la concurrence	
Commentaire Concurrence I	trations
- Commentaire article par article du TFUE et des règlements procédure et concen-	Commentaire Concurrence II
	- Commentaire article par article du Livre IV du Code de commerce
	European Competition Law
	European Distribution Law
	European Business Law
	French Competition Law
	French Distribution Law
	French Consumer Law
	Metamorphosis of Competition Law
	Französisches Wettbewerbs- und Kartellrecht

Des guides pratiques - Juristrateg

Droit de la négociation commerciale	Droit antidumping
Contrôle européen des concentrations	Compétence judiciaire et reconnaissance des décisions
Contrôle français des concentrations	Le droit économique en 500 conseils
Contrôle européen des aides d'État	Le droit économique de A à Z
Droit de la distribution exclusive	Les grands textes du droit de la concurrence
Droit de la distribution sélective	European Merger Control
Droit de la distribution automobile	French Merger Control
Droit de la franchise	State Aid Law
Droit des agents commerciaux	Global Competition Law
Droit des pratiques commerciales déloyales	Motor Vehicle Distribution Law
Droit de l'après-vente	Law of the Internal Market
Droit du marché intérieur	Anti-Dumping Law
	Jurisdiction and Recognition of Judgments
	Competition Law Digest

Des manuels pour les professionnels - Les Fondamentaux

Les fondamentaux du droit de la concurrence I	Les fondamentaux du droit de la distribution
- Pratiques anticoncurrentielles	Les fondamentaux du droit de la consommation
Les fondamentaux du droit de la concurrence II	Les fondamentaux du droit du marché intérieur
- Pratiques déloyales et abusives	

Des dossiers thématiques - Les Dossiers CDC

La rupture brutale de relations commerciales établies	L'enquête de concurrence
Le déséquilibre significatif	- droit européen
La convention écrite	L'action civile de concurrence
L'enquête de concurrence	La réforme du droit des contrats
- droit français	L'expertise

Un code annoté

Code de la concurrence
- droits européen et français

SOMMAIRE

INTRODUCTION

PARTIE I Ententes et abus de domination

TITRE I

Domaine d'application

CHAPITRE I Conditions d'application

CHAPITRE II Champ d'application

TITRE II

Ententes

INTRODUCTION

CHAPITRE I Principe

CHAPITRE II Applications

TITRE III

Abus de domination

INTRODUCTION

CHAPITRE I Abus de position dominante

CHAPITRE II Abus de dépendance économique

CHAPITRE III Pratique de prix abusivement bas

TITRE IV

Incidence des droits de propriété intellectuelle

CHAPITRE I Principe

CHAPITRE II Applications

TITRE V

Procédure de concurrence

SOUS-TITRE I

Procédure européenne**INTRODUCTION**

CHAPITRE I Compétence

CHAPITRE II Saisine de la Commission

CHAPITRE III Enquête préalable

CHAPITRE IV Procédure administrative

CHAPITRE V Décision de la Commission

CHAPITRE VI Voies de recours

CHAPITRE VII Sanctions civiles

SOUS-TITRE II

Procédure française**INTRODUCTION**

CHAPITRE I Enquête

CHAPITRE II Procédure devant l'Autorité de la concurrence

CHAPITRE III Voies de recours

CHAPITRE IV Sanctions civiles

CHAPITRE V Sanctions pénales

PARTIE II**Concentrations**

TITRE I

Droit européen**CHAPITRE I** Domaine du contrôle

CHAPITRE II Exercice du contrôle

CHAPITRE III Procédure de contrôle

TITRE II

Droit français

CHAPITRE I Domaine du contrôle

CHAPITRE II Exercice du contrôle

CHAPITRE III Procédure de contrôle

DROIT DE LA CONCURRENCE I

Pratiques anticoncurrentielles

Droit de la concurrence I, consacré au droit des pratiques anticoncurrentielles, regroupe l'ensemble des règles qui ont pour objet d'assurer la **liberté de la concurrence** sur le marché et répriment les comportements des agents économiques qui se trouvent à l'origine des défaillances du marché.

INTRODUCTION

I. Finalités du droit de la concurrence

II. Du contrôle du pouvoir de monopole à celui de la puissance d'achat

III. Des comportements aux effets

IV. Le droit de la concurrence à l'ère du numérique

- A. Les nouveaux outils
- B. Les réponses apportées à ce jour par les autorités de contrôle
- C. Faut-il faire évoluer les règles de concurrence ?

V. Historique et structure du droit de la concurrence

- D. Droit européen
- E. Droit français

VI. Les autorités de contrôle

INTRODUCTION

I. Finalités du droit de la concurrence

A RETENIR

Au sens large, le droit de la concurrence assure à la fois la liberté et la loyauté de la concurrence.

La plus grande partie de ses règles protège le marché et s'oppose aux ententes, abus de position dominante ou concentrations qui suppriment ou réduisent la concurrence entre les entreprises. Ce sont notamment les articles 101 et 102 TFUE en droit européen ou le droit des pratiques anticoncurrentielles (art. L. 420-1 s. C. com.) en France.

D'autres règles empêchent les agissements fautifs des entreprises qui adoptent des comportements préjudiciables à l'égard de leurs concurrents ou de leurs partenaires, sans porter atteinte au fonctionnement du marché lui-même. Elles protègent les concurrents, non la concurrence. De tels agissements sont susceptibles de constituer des actes de concurrence déloyale ou encore, selon la classification française, des pratiques restrictives ou abusives.

Le droit européen ne comporte pas, pour l'heure, de dispositions sanctionnant la concurrence déloyale mais contrôle les aides que les Etats membres peuvent octroyer à certains opérateurs économiques en leur conférant un avantage concurrentiel par rapport à leurs concurrents.

Au sens strict, le droit de la concurrence ne se préoccupe pas, en principe, de loyauté de la concurrence. Inspiré du droit antitrust américain, il a pour objet unique de lutter contre le pouvoir de monopole ou de marché, c'est-à-dire la capacité dont dispose une entreprise ou un groupe d'entreprises, qui contrôle une part relativement importante du marché, d'induire une hausse des prix en réduisant les quantités offertes et en obligeant ainsi les consommateurs à se détourner vers d'autres biens, au risque de gaspiller des ressources économiques rares. Au-delà du bon fonctionnement du marché, c'est donc l'efficacité économique et le bien-être du consommateur qui sont en cause.

Neutre au regard de la répartition des ressources entre les différents opérateurs, le droit antitrust est dépourvu de toute préoccupation d'équité. Il ne poursuit aucun objectif de justice distributive et ne vise qu'à accroître le surplus global de l'économie. Il n'a pas non plus l'ambition de favoriser un agent économique particulier (par ex. le petit commerçant par rapport au grand distributeur). Le présupposé de l'idéologie concurrentielle classique est en effet que la situation de marché optimale résulte de l'application pure et simple de la théorie des prix et de sa conséquence juridique, la lutte contre le pouvoir de monopole.

Il en résulte que seules les règles figurant aux articles 101 et 102 TFUE ou L. 420-1 et suivants du Code de commerce, ou dans le règlement sur le contrôle des concentrations, relèvent à proprement parler du droit de la concurrence.

À la différence du droit américain, le droit européen et le droit français n'ont cependant jamais conçu les finalités du droit de la concurrence, même entendu comme le droit des pratiques anticoncurrentielles et des concentrations, exclusivement en termes d'efficacité économique. En recourant à la notion de concurrence praticable ou

efficace, ils n'ont pas hésité, lorsqu'ils l'ont jugé nécessaire, à rejeter le dogme de la théorie des prix et à faire des choix positifs en faveur de certains schémas de consommation.

Dans l'arrêt Metro, le juge européen déclare que «la concurrence non faussée visée aux articles 3 et 85 du Traité CE [devenu 101 TFUE] implique l'existence sur le marché d'une concurrence efficace (*workable competition*), c'est-à-dire de la dose de concurrence nécessaire pour que soient respectées les exigences fondamentales et atteints les objectifs du Traité...» (CJCE, 25 octobre 1977, Metro SB-Grossmarkete GmbH & Co. KG, aff. 26-76, LawLex024119). En conséquence, les autorités européennes et françaises préfèrent parfois à la concurrence par les prix, la concurrence par la qualité, et ne considèrent pas que la protection de l'environnement, de l'emploi ou du petit commerce, ou la lutte contre les abus de puissance d'achat des grands distributeurs à l'égard de leurs fournisseurs sont des préoccupations extraconcurrentielles. L'opposition entre la politique européenne de concurrence et la théorie économique n'est cependant pas si absolue car les fins extérieures au raisonnement concurrentiel sont aussi des facteurs de coût qu'une analyse économique plus globale devrait prendre en considération.

II. Du contrôle du pouvoir de monopole à celui de la puissance d'achat

A RETENIR

À l'origine, le droit de la concurrence, par référence à la théorie des prix, ne s'intéressait qu'au pouvoir de monopole ou de marché des offreurs et avait beaucoup de mal à appréhender le phénomène de puissance d'achat.

La puissance d'achat vise généralement les distributeurs et concerne essentiellement le marché amont, celui des relations entre distributeurs et fournisseurs, alors que le pouvoir de marché vise surtout les offreurs de produits ou de services et s'applique au premier chef au marché aval, où se rencontrent offreurs et consommateurs.

En conséquence, les règles du droit de la concurrence ont eu beaucoup de mal à appréhender la concentration dans le secteur de la grande distribution alors que le renforcement de la puissance économique des acheteurs représente le fait économique le plus marquant depuis les années 70.

En pratique, l'existence d'un pouvoir de marché se déduit surtout de l'importance de la part de marché détenue par l'entreprise dominante. Or, les acheteurs (par exemple dans le secteur de la grande distribution), ne contrôlent généralement qu'une part relativement faible d'un marché de produit déterminé et ne risquent donc que rarement de tomber sous le coup des incriminations traditionnelles du droit de la concurrence, sauf à caractériser un marché de service de distribution spécifique.

En outre, la concentration à l'achat va plutôt dans le sens de la politique de concurrence, puisqu'elle permet de faire baisser les prix au bénéfice des consommateurs, même si elle est aussi susceptible d'entraîner des effets négatifs tant pour les consommateurs (banalisation des produits, disparition d'offres spécifiques, non-développement de produits...) que pour les producteurs, parties faibles au contrat, qui sont souvent victimes d'abus de puissance d'achat.

Les autorités de contrôle ont néanmoins tenté, avec plus ou moins de succès, d'utiliser

les instruments classiques du droit de la concurrence pour lutter contre le phénomène de puissance d'achat.

Du point de vue du droit des ententes, les autorités de contrôle considèrent que les accords d'achat groupé n'ont pas en principe d'objet anticoncurrentiel, sauf s'ils portent sur les prix et créent une situation de puissance d'achat. Selon la Commission, l'existence d'une situation de puissance d'achat est exclue lorsque les parties détiennent une part cumulée inférieure à 15 % tant sur les marchés des achats que sur ceux des ventes. En outre, le fait de dépasser ce seuil de 15 % ne suffit pas, en lui-même, pour que l'accord produise des effets restrictifs de concurrence. L'effet sur la concurrence dépend du taux de concentration du marché et de l'importance du pouvoir compensateur des fournisseurs.

L'utilisation des règles relatives à l'abus de position dominante ne permet généralement pas d'appréhender la puissance d'achat : sur le marché aval des services le pouvoir de marché des distributeurs s'exerce à l'égard des consommateurs et non des producteurs ; sur le marché amont des produits, les distributeurs, même lorsqu'ils sont très importants, se trouvent rarement en position de dominer un marché déterminé puisque leur vocation consiste précisément à vendre une multitude de produits substituables ou complémentaires. La condition de domination faisant défaut, les règles relatives à l'exploitation abusive d'une position dominante ne sont applicables que dans des hypothèses très marginales.

L'abus de dépendance économique, qui figure à l'article L. 420-2 du Code de commerce, ne permet pas non plus d'appréhender le phénomène de «puissance d'achat», car ses conditions de mise en œuvre, qui s'inscrivent dans le cadre des règles classiques de concurrence (l'abus de dépendance exige notamment pour être prohibé que «le fonctionnement ou la structure de la concurrence» soient susceptibles d'être affectés), sont rarement remplies.

Le contrôle des concentrations est-il plus efficace ? Dans sa décision Kesko Tuko, la Commission a refusé d'autoriser l'opération notifiée, au motif que celle-ci aurait eu pour conséquence d'augmenter la puissance d'achat de Kesko, et de renforcer ainsi sa position dominante sur les marchés avals (Décision Comm. CE, M.784, du 20 novembre 1996, LawLex023776). De même, dans sa décision Rewe/Meinl, elle a identifié un risque d'«effet de spirale» (*spiraling effect*), le renforcement de la puissance d'achat de l'enseigne induisant le renforcement ou la création d'une position dominante sur le marché aval qui aurait créé un risque d'éviction de certains petits distributeurs (Décision Comm. CE, n° M.1221, du 3 février 1999, LawLex03903). Dans certaines décisions, les autorités de contrôle ont appréhendé directement la puissance de marché des distributeurs sur le marché amont, et non plus seulement par l'analyse de ses effets sur le marché aval. La Commission s'est ainsi référée à un «taux de menace» pour caractériser la puissance d'achat d'un distributeur par rapport à un fournisseur. Pratiquement, elle a demandé aux fournisseurs d'indiquer à partir de quel pourcentage de leur chiffre d'affaires ils considéraient que la perte d'un client représenterait une menace pour l'existence même de leur entreprise : la moyenne des réponses obtenues a fait apparaître un seuil de 22 %. Grâce à ce mécanisme, la Commission a pu contrôler directement la puissance d'achat sur le marché amont : le succès de cet outil est toutefois resté modéré.

Enfin, les regroupements à l'achat échappent généralement au contrôle des concentrations qui, par définition, vise des modifications structurelles (fusion entre entreprises indépendantes, prise de contrôle d'une entreprise indépendante par d'autres, création d'une entreprise commune) qu'un regroupement à l'achat n'implique que rarement.

Pour lutter contre les abus de puissance d'achat, le droit français s'est doté d'un arsenal de règles spécifiques en prohibant les abus de dépendance et en adoptant tout un éventail de règles comportementales qui constituent aujourd'hui notre droit de la négociation commerciale que les législateurs successifs ne cessent de modifier et jusqu'à une période récente, d'étendre ou de renforcer.

Ces dernières règles apparaissent indéniablement plus efficaces que les premières car, n'appartenant pas au droit de la concurrence proprement dit, elles ne se réfèrent pas à la théorie des prix et s'appliquent donc indépendamment de la constatation d'un effet anticoncurrentiel sur le marché.

III. Des comportements aux effets

A RETENIR

Depuis plusieurs années, le droit de la concurrence se transforme profondément. Les économistes souhaitent un droit de la concurrence de plus en plus efficace, donc, pour eux, de plus en plus économique, et l'«économisation» progressive du droit de la concurrence est indéniable. Les juristes résistent car ce droit, de plus en plus efficace, est aussi de plus en plus imprévisible.

Le rôle grandissant des effets par rapport aux comportements affecte l'ensemble des règles de concurrence. Les autorités de contrôle ne poursuivent plus certaines ententes dès lors que les entreprises parties ne sont pas suffisamment puissantes, c'est-à-dire ne dépassent pas un seuil *de minimis*. Inversement, des accords ne produisant en eux-mêmes qu'une restriction de concurrence minimale sont néanmoins prohibés lorsqu'ils s'inscrivent dans un faisceau d'accords parallèles similaires conclus par des opérateurs tiers.

La situation générale du marché peut donc faire condamner une entente intrinsèquement peu nocive. Le comportement de l'entreprise n'est plus qu'un facteur de déclenchement du contrôle dont l'objet est en réalité la structure concurrentielle du marché sur lequel ce comportement intervient : l'entreprise est condamnée du fait d'autrui. Les grands principes juridiques - égalité devant la loi et prévisibilité de la sanction - sont sacrifiés, mais l'efficacité du contrôle y gagne.

De même, en droit de la domination, la notion d'«abus» a été progressivement interprétée de façon de plus en plus objective, au point qu'aujourd'hui pratiquement tout comportement, quelles que soient ses caractéristiques intrinsèques, est considéré comme abusif, s'il a pour objet ou pour effet de maintenir ou de renforcer la position dominante de l'entreprise. En réalité, ce n'est plus l'abus qui est contrôlé, mais la position dominante elle-même. Le contrôle se déporte, très légitimement d'un point de vue économique, de l'appréciation du comportement de l'entreprise vers celle de son pouvoir de marché, c'est-à-dire vers les effets de ce comportement sur le marché. Pour le juriste, cette évolution signifie que la sanction n'est plus déclenchée par un comportement fautif (que l'on

peut éviter en se conformant à la norme), mais par une structure de marché, peut-être inévitable.

IV. Le droit de la concurrence à l'ère du numérique

Consciente que la digitalisation de l'économie est un élément déterminant pour lutter contre le changement climatique et réussir la transition écologique, la Commission poursuit la construction de l'Europe du numérique. Après l'adoption des règlements sur la libre circulation des données à caractère personnel et sur la cybersécurité, de la directive relative aux données ouvertes et le règlement général sur la protection des données, elle a présenté sa stratégie en matière de données et d'intelligence artificielle le 19 février 2020. Affirmant la volonté de l'Europe de devenir un chef de file mondial dans le développement de systèmes d'intelligence artificielle propices à des utilisations et applications sûres, ainsi qu'un modèle et un acteur majeur de l'économie des données, la Commission entend d'une part, réaliser un marché unique des données, doté d'un cadre réglementaire pour la gouvernance, l'accessibilité et la réutilisation des données, entre entreprises, entreprises et administrations, ou au sein même des administrations, et d'autre part, faciliter l'élaboration d'infrastructures de nouvelle génération permettant d'exploiter tout le potentiel de l'économie des données.

Le droit de la concurrence doit également répondre aux enjeux du numérique. L'essor de plateformes numériques mondiales proposant des services d'intermédiation dans la vie quotidienne des consommateurs et des entreprises ainsi que l'avènement de nouveaux outils numériques aux fonctionnalités surpuissantes (algorithmes, cloud, intelligence artificielle, blockchain) conduisent les autorités de contrôle à adapter la mise en œuvre du droit de la concurrence, comme en témoigne la révision annoncée de la communication de 1997 sur la définition du marché pertinent, voire le compléter, comme l'attestent les propositions de l'autorité française de concurrence d'élargir la notion de « position dominante » ou d'introduire de nouvelles dispositions spécifiques aux « plateformes numériques structurantes ».

A. Les nouveaux outils

1. Algorithmes

L'Autorité de la concurrence définit les algorithmes comme «une série de règles à appliquer dans un ordre précis pour accomplir une tâche particulière : il s'agit d'une séquence logique permettant d'obtenir un certain résultat à partir d'un intrant donné. [...] Ils] sont désormais utilisés pour l'exécution automatique de tâches répétitives impliquant le traitement de données et des calculs complexes». Aujourd'hui, un nombre croissant d'entreprises recourt aux algorithmes pour collecter d'importants volumes de données afin de surveiller le marché et modifier en temps réel leur politique tarifaire en tenant compte des dernières évolutions de l'offre recensées par la machine. Les algorithmes peuvent ainsi constituer le véhicule d'une collusion entre opérateurs concurrents, être fournis par un tiers facilitant la collusion ou réaliser eux-mêmes cette collusion. Dans le premier cas, les entreprises se mettent préalablement d'accord sur le principe d'une fixation commune des prix avant d'utiliser les algorithmes comme outil de mise en œuvre, de surveillance et de dissimulation. Dans son étude sur les algorithmes, réalisée conjointement avec le Bun-

deskartellamt, l'Autorité de la concurrence les qualifie de « facilitateurs » d'ententes. Dans le second cas, les entreprises concurrentes utilisent le même algorithme de détermination de leurs prix fourni par un tiers (le développeur de la solution), qui conduit à un alignement de prix, sans aucun contact entre les concurrents eux-mêmes. Les lignes directrices sur les restrictions horizontales visent les échanges d'informations pouvant intervenir indirectement par le biais d'une agence commune ou d'un tiers (pt 55). Cependant, pour qu'un tel comportement soit saisi par le droit des ententes, encore faut-il que les concurrents aient conscience qu'ils utilisent le même algorithme (V. CJUE, 21 janvier 2016, *Eturas*, aff. C-74-14, LawLex20160000175JBJ, Europe 2016, n° 104, obs. IDOT ; *Contrats Conc. Consom.* 2016, n° 73, obs. DECOCQ ; LD mars 2016, 7, obs. LOUVET ; AJCA 2016, 201, obs. LUC ; *Concurrences*, 2/2016, 172, obs. LACRESSE ; LPA, 29 juin 2016, 16, obs. ARHEL ; RDC 2016, 718, obs. IDOT.). Enfin, des concurrents actifs sur des marchés oligopolistiques peuvent utiliser en parallèle, sans se concerter, des algorithmes, qui, par leur capacité d'apprendre eux-mêmes (self-learning), conçoivent des stratégies de fixation des prix, susceptibles de conduire à des alignements sur le marché sans aucune intervention humaine. L'appréhension d'une telle pratique par le droit des ententes est plus délicate car la condition d'accord de volontés semble plus difficile à caractériser.

Les algorithmes peuvent également être utilisés au service d'une entente verticale, pour permettre aux fournisseurs de surveiller les prix pratiqués par la concurrence et adresser en temps réel de nouvelles consignes à leurs distributeurs ou surveiller l'application effective de telles consignes. La Commission a sanctionné ce type de pratiques dans ses décisions rendues dans le secteur de la vente en ligne d'appareils électroniques grand public.

Du côté de la demande, les algorithmes permettent d'adopter deux types de stratégies tarifaires : i) la fixation de prix personnalisés, déterminés eu égard à la disposition du client à s'acquitter d'un certain niveau de prix, elle-même identifiée grâce à la collecte d'informations sur ses habitudes de consommation, son lieu de résidence, l'utilisation de dispositifs de fidélisation, ...) ; ii) la fixation de prix dynamiques, adaptés en temps réel aux conditions actuelles du marché (par ex. le yield management). Le «yield management» ou «pratique de gestion fine des tarifs» consiste, «pour un prestataire de services dont l'offre est par nature non stockable (périssable) et limitée, à maximiser son revenu en faisant varier le prix d'une même prestation, en fonction de critères tels que la demande des consommateurs ou le taux de remplissage». Ces pratiques, discriminatoires, demeurent néanmoins très marginales, comme l'a montré la Commission dans son rapport final sur le commerce électronique.

L'utilisation d'algorithmes peut enfin constituer, dans certaines circonstances, un abus de position dominante. L'exploitation d'algorithmes est susceptible de conférer en soi à une entreprise un certain pouvoir de marché : d'abord, parce que le développement d'un tel outil implique de lourds coûts d'investissements et que l'entreprise qui y recourt, doit disposer de ressources suffisantes pour ne pas se heurter à cette barrière à l'entrée ; ensuite, parce qu'un algorithme permet de collecter un très grand volume de données, dont le contrôle de l'accès peut conduire l'entreprise dominante à adopter certains comportements abusifs (refus d'accès ou de fourniture d'informations essentielles, menace de

déréférencement, conditions de transaction inéquitables, etc.). Un autre comportement abusif pourrait consister à imposer des prix excessifs, prédateurs ou discriminatoires fixés par algorithme.

2. Blockchain

La blockchain ou « chaîne de blocs » constitue un mode d'enregistrement de données produites en continu, sous forme de blocs liés les uns aux autres dans l'ordre chronologique de leur validation, dans lequel chacun des blocs et leur séquence sont protégés contre toute modification. Une fois intégrées à une chaîne, les données sont gravées dans le marbre : elles acquièrent date certaine et ne peuvent plus être modifiées. Leur fiabilité est garantie par leur vérification par la communauté des ordinateurs reliés au réseau et non par une entité extérieure, étatique ou non. Les données stockées dans une blockchain peuvent notamment servir de support à un « smart contract », logiciel programmé pour automatiser les différentes étapes de la vie d'un contrat, auquel il se superpose.

Par son effet amplificateur de la transparence du marché, la blockchain recèle inévitablement un risque de coordination des comportements de ses utilisateurs. Dans les relations horizontales, les smart contracts pourraient être utilisés par des concurrents qui ont préalablement convenu des modalités d'une entente de prix pour assurer l'exécution de celle-ci et empêcher toute tentative de comportement déviant. Comme pour les algorithmes, dont ils ne constituent qu'une variante, les smart contracts se réduisent dans cette hypothèse au rôle de véhicule d'une entente préalable, et pourront, lorsque celle-ci vise à coordonner le comportement de ses participants, être sanctionnés avec elle. Les smart contracts peuvent également être utilisés pour assurer l'exécution d'une entente verticale de prix en garantissant au fournisseur que les distributeurs ne dévieront pas des prix programmés. Privant les distributeurs de toute autonomie dans la fixation de leurs prix, ils tombent nécessairement sous le coup de l'article 4 du règlement restrictions verticales.

Si elle facilite la mise en œuvre des ententes, la blockchain, par un effet boomerang, peut également constituer un outil très utile pour les services d'instruction des autorités de concurrence. En fixant définitivement les éléments de l'accord de prix et en leur donnant date certaine, la blockchain permet de débusquer et prouver les comportements anti-concurrentiels beaucoup plus facilement, d'autant que dans l'hypothèse de blockchains fermées, l'article L. 450-3, alinéa 5, du Code de commerce permet à l'Autorité d'exiger le décryptage des données. En outre, la blockchain peut être utilisée par les autorités de concurrence pour se partager des informations sur les affaires en cours ou déjà traitées, dans l'esprit de collaboration préconisé par le règlement 1/2003. Enfin, la blockchain peut être mise en œuvre pour surveiller le respect des engagements pris par les entreprises dans le cadre des procédures négociées ou des injonctions de l'autorité de concurrence.

Sur le terrain de l'abus de position dominante, la blockchain pourrait permettre à une entreprise dominante d'imposer des conditions tarifaires inéquitables ou discriminatoires à ses clients en utilisant la technique du « pricing personnalisé » qui, grâce à des algorithmes, permet de moduler le prix d'un produit, en fonction des revenus et des habitudes de consommation des internautes : compte tenu de ses revenus, une personne paiera

moins cher un produit tandis qu'une autre, identifiée comme payant habituellement plus cher sur internet, paiera un prix plus élevé pour le même produit, de façon à compenser le manque à gagner. Un autre risque pourrait résulter du fait que certaines plateformes numériques créent leur propre blockchain privée, pour stocker leurs données, afin de mieux en refuser l'accès à leurs concurrents.

Au-delà des risques anticoncurrentiels identifiés liés à l'utilisation de ces nouveaux outils, la structure et les caractéristiques du secteur du digital posent un certain nombre de questions.

3. Les spécificités du secteur numérique

Le secteur digital, marqué par l'innovation, se caractérise par la présence de géants du web américains, les GAFAs, plateformes numériques de dimension mondiale, qui, par l'intermédiaire de leur expertise technologique, l'importance des effets de réseau, la collecte massive de données ou les économies d'échelle dont ils profitent, disposent d'un pouvoir de marché considérable conduisant à des situations d'ultra-dominance, voire de monopole. Dans sa contribution au débat sur la politique de la concurrence et les enjeux numériques, publiée le 21 février 2020, l'Autorité de la concurrence alerte notamment sur « les phénomènes de « tipping » ou de « winner takes all » qui traduisent un basculement vers une situation de monopole ou de « gatekeepers », dans lequel certains acteurs contrôlent l'accès au marché pour de multiples utilisateurs. Profitant de ces effets de convergence, ces plateformes, actives sur plusieurs marchés, souvent bifaces, créent des écosystèmes grâce à la complémentarité de leurs services, aux externalités de réseau et à la mise en œuvre de stratégies de fidélisation, qui leur permettent de mettre en œuvre des pratiques abusives - susceptibles à terme de rendre captifs les consommateurs - le plus souvent sur des marchés distincts du marché monopolisé. Ces spécificités structurelles, la substituabilité dynamique et évolutive des services offerts, mais aussi leur gratuité (Comm. UE n° AT.40009 du 20 septembre 2019, Google-Android) ont amené la Commission à s'interroger sur sa grille de critères de définition du marché pertinent. Concernant la dimension géographique du marché, l'autorité de concurrence préconise une appréciation différenciée, au cas par cas, selon les produits ou services. S'agissant du marché de produits ou de services, elle se prononce en faveur d'une meilleure prise en considération de la concurrence potentielle d'acteurs ne se situant pas sur le marché pertinent, mais susceptibles d'influer sur le pouvoir de marché de l'entreprise concernée. Cette approche pragmatique, qui prend en considération les interdépendances entre les différents services, se justifie particulièrement dans le secteur innovant du digital où la délimitation du marché peut s'avérer difficile ou rapidement obsolète et où une définition trop étroite du marché de référence, en conduisant à caractériser des positions dominantes automatiques, pourrait aboutir à des condamnations trop systématiques.

Les spécificités du secteur du numérique impactent également le droit des concentrations, qui s'est trouvé confronté à la réalisation par les géants du numérique de nombreuses opérations de fusion-acquisition, qui échappent le plus souvent au contrôle des autorités de la concurrence, car elles visent des entrants innovants ou n'ayant pas encore monétisé leur innovation. En pratique, les plateformes numériques en cause utilisent cette politique d'« acquisitions prédatrices » intensive, soit pour tuer la cible dont la com-

munauté croissante d'utilisateurs risque d'en faire rapidement un concurrent important - «killer acquisitions» -, soit le plus souvent pour intégrer à leur écosystème de jeunes start-up dont elles développent l'activité, afin d'augmenter leur propre communauté d'utilisateurs potentiels et renforcer leur position sur le marché dominé ou des marchés voisins - «acquisitions englobantes ou consolidantes» -. Dans tous les cas, la concurrence potentielle s'en trouve limitée, sans que ces acquisitions soient soumises au contrôle des concentrations puisqu'elles ne dépassent pas les seuils nationaux ou européens de notification obligatoire, mais dans la première hypothèse, une source d'innovation qui aurait pu doper le fonctionnement concurrentiel du marché et bénéficier au consommateur se trouve éliminée, tandis que dans la seconde, elle se voit confisquée par l'opérateur dominant qui en recueille les bénéfices en privant les consommateurs d'offre alternative. Par ailleurs, l'analyse concurrentielle des concentrations réalisées dans le secteur du numérique suppose une appréciation prospective d'effets congloméraux potentiels, qui s'avère complexe sur des marchés émergents, innovants et évolutifs.

B. Les réponses apportées à ce jour par les autorités de contrôle

Jusqu'à présent, la qualification d'abus de position dominante s'est avérée appropriée pour incriminer les comportements des GAFAs matérialisés en pratique par des refus d'accès, des ventes liées, la mise en place d'une interopérabilité insuffisante avec les produits ou services concurrents ou encore l'imposition de conditions de transactions inévitables. Sur le fondement de l'article 102 TFUE, la Commission a contraint Microsoft à ouvrir son système d'exploitation pour permettre aux éditeurs de logiciels tiers de proposer des logiciels compatibles avec Windows (Comm. CE du 24 mars 2004, LawLex054622; Comm. CE du 16 décembre 2009, LawLex16293) et sanctionné Google pour avoir favorisé son site comparateur de prix en ligne Google Shopping (Comm. UE n° AT.39740 du 27 juin 2017, Google Search), puis son application de recherche Google Search et son navigateur Google Chrome (Comm. UE n° AT.40009 du 18 juillet 2018, Google Android). Prochainement, la Commission examinera la plainte pour abus de position dominante de Spotify qui reproche à Apple d'avantager son service de streaming musical, Apple Music, sur l'App Store au détriment de l'application Spotify. Quant à l'Autorité de la concurrence, elle a très récemment infligé une amende de 150 millions d'euro à Google pour avoir défini de manière non objective ni transparente les règles contractuelles de fonctionnement de son service Google Ads et les avoir imposées aux annonceurs dans des conditions aléatoires, non équitables et discriminatoires. Dans sa contribution au débat sur la politique de concurrence et les enjeux numériques publiée le 21 février 2020, l'Autorité s'est montrée favorable à une transposition au secteur du digital, en particulier aux comportements des grandes plateformes numériques, de la pratique décisionnelle mise en œuvre précédemment dans des secteurs à forte innovation marqués par des problématiques d'interopérabilité et de refus d'accès à des données non répliquables. L'Autorité a ainsi imposé à Nespresso qui avait organisé une incompatibilité de ses machines à café avec les capsules des fabricants concurrents, l'interopérabilité de ses produits avec ceux de ses concurrents et contraint Engie de donner accès à ses concurrents à sa base de données clients, considérée comme non répliquable, alors que l'opérateur historique gazier s'y refusait au moment stratégique de l'ouverture du marché de la fourniture du gaz à la concurrence.

La pratique décisionnelle française en matière de contrôle des concentrations s'est déjà adaptée aux spécificités du secteur numérique. Lorsqu'elle a exercé son contrôle sur une opération de concentration réalisée sur le marché biface des petites annonces immobilières en ligne, l'Autorité a pris en considération la concurrence potentielle des plateformes numériques structurantes, telles que Google, Amazon et Facebook. Dans la décision Darty/Fnac relative au secteur de la distribution au détail (Aut. conc. n° 16-DCC-111 du 27 juillet 2016, LawLex17147), elle est revenue sur la délimitation du marché pertinent en y intégrant désormais les ventes en ligne et a centré son analyse concurrentielle de l'impact de la concentration sur l'intérêt du consommateur en jugeant que le rapprochement de réseaux de magasins physiques, auxquels s'ajoute la vente à distance, était susceptible d'engendrer une dégradation de la qualité de l'offre proposée au consommateur en magasin, notamment en termes de services (conditions d'accueil, de conseil, de service après-vente ou d'horaires d'ouverture).

C. Faut-il faire évoluer les règles de concurrence ?

Même si l'expérience récente montre que les autorités de concurrence ont su faire usage des outils existants pour traiter des questions nouvelles posées par le développement du numérique, des adaptations paraissent souhaitables pour qu'elles se montrent plus réactives sans pour autant entraver le développement d'offres nouvelles ou de l'innovation.

1. Les adaptations à droit constant

Sous l'angle des pratiques anticoncurrentielles, et plus spécifiquement du droit des ententes, la Commission a fait part de son intention de réviser les lignes directrices sur la coopération horizontale s'agissant du partage de données et des accords de mise en commun.

En matière d'abus de position dominante, l'Autorité de la concurrence propose dans sa contribution au débat sur la politique de la concurrence et les enjeux numériques, d'élargir la notion de position dominante pour «y inclure certains acteurs en situation de quasi-dominance» ou «sur le point de faire basculer le marché», qu'elle qualifie de «plateformes structurantes», et qui disposent d'un pouvoir de marché considérable non seulement sur le marché dominé mais aussi sur des marchés connexes, notamment en raison de leur statut de «gate keeper». La modification annoncée de la Communication de la Commission sur la définition du marché pertinent s'inscrit dans la même tendance. En raison du caractère incontournable de «certaines bases de données, communautés d'utilisateurs ou écosystèmes», l'Autorité de la concurrence envisage soit d'assouplir la notion d'infrastructure essentielle en général, qui actuellement fait l'objet d'une interprétation très stricte pour tenir compte des infrastructures numériques, soit de l'appliquer de façon plus souple à l'industrie du numérique, afin de pouvoir qualifier plus facilement ces infrastructures d'«essentielles» en consacrant le caractère incontournable de la donnée.

Pour ne pas laisser s'installer des situations irréversibles, le recours aux mesures provisoires, avant même toute saisie par les opérateurs victimes, est plébiscité. Le droit de l'Union a institué cette procédure dans la directive ECN+, mais celle-ci n'est pas encore transposée en droit français. L'Autorité souhaiterait d'ailleurs que les entreprises puissent la saisir d'une demande de mesures conservatoires avant même d'avoir régularisé la sai-

sine au fond.

En matière de contrôle des concentrations, l'Autorité propose de mettre à jour les critères de l'analyse concurrentielle de sorte que l'impact d'une concentration dans l'économie numérique soit examiné au regard de différents paramètres pertinents pour le consommateur, tels que le pluralisme, la diversité ou la qualité du service offert, sans se limiter aux seuls effets sur les prix. Elle préconise d'améliorer les outils de mesure du pouvoir de marché de l'entité issue de la concentration lorsqu'il résulte de la détention de vastes données ou de larges communautés d'utilisateurs, ainsi que de recourir davantage aux engagements comportementaux, plus souples et adaptables que les engagements structurels, pour restaurer les conditions d'une concurrence effective. Par ailleurs, pour remédier au vide juridique concernant les acquisitions prédatrices, l'Autorité propose un recours plus fréquent au mécanisme de renvoi prévu à l'article 22 du règlement 139-2004, qui permet à une autorité nationale de concurrence de renvoyer à la Commission une concentration non notifiable, que ce soit au regard des seuils nationaux comme européens, dès lors qu'elle menace d'affecter de manière significative la concurrence sur son territoire.

A côté de ces adaptations du droit existant, une autre voie pourrait consister à compléter le droit de la concurrence avec des règles spécifiques à l'industrie du numérique.

2. Des nouvelles dispositions dédiées à l'économie numérique

L'Autorité de la concurrence suggère d'introduire dans le droit de la concurrence, national comme européen, de nouvelles dispositions spécifiques aux « plateformes numériques structurantes ». Partant du postulat qu'il faut d'abord identifier celles-ci afin d'appréhender leur comportement, l'Autorité propose une définition générale de la notion de « plateforme numérique structurante » en trois temps, qui pourrait ensuite être encadrée par des lignes directrices. Relèveraient de cette qualification : «1) une entreprise qui fournit en ligne des services d'intermédiation, en vue d'échanger, acheter ou vendre des biens, des contenus ou des services, et 2) qui détient un pouvoir de marché structurant a) en raison de l'importance de sa taille, sa capacité financière, sa communauté d'utilisateurs et/ou des données qu'elles détient, b) lui permettant de contrôler l'accès ou d'affecter de manière significative le fonctionnement du ou des marchés sur lesquels elle intervient, 3) à l'égard de ses concurrents, de ses utilisateurs et/ou des entreprises tierces qui dépendent pour leur activité économique de l'accès aux services qu'elle offre». L'Autorité suggère d'établir une liste de pratiques soulevant des préoccupations de concurrence, tout en précisant qu'elles ne devraient pas faire l'objet d'une interdiction *per se* mais d'une appréciation au cas par cas. Parmi les pratiques visées, figurerait la discrimination des produits ou services concurrents utilisant les services de la plateforme, l'entrave à l'accès aux marchés sur lesquels elles ne sont pas dominantes ou structurantes, l'utilisation des données sur un marché dominé pour en rendre l'accès plus difficile, le fait de rendre l'interopérabilité des produits ou services ou la portabilité des données plus difficiles ou d'empêcher le recours à la multi-domiciliation.

S'agissant du contrôle des concentrations, l'Autorité se prononce en faveur de l'introduction d'un contrôle des concentrations dans l'économie numérique qui reposerait sur un double mécanisme, avec d'une part, l'instauration d'une obligation d'information, au

bénéfice de la Commission et/ou des autorités de concurrence concernées, portant sur toute opération de concentration mise en œuvre par une plateforme numérique structurante sur le territoire de l'Union et d'autre part, l'ajout de nouveaux seuils de notification pouvant être mis en œuvre ex-ante, mais aussi ex post, sur demande d'une autorité de concurrence, à l'issue d'une veille concurrentielle, dès lors que trois conditions sont réunies : «l'ensemble des entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales parties à la concentration réalise un chiffre d'affaires total mondial supérieur à 150 millions d'euros ; l'opération soulève des préoccupations substantielles de concurrence identifiées sur le territoire concerné et le cas échéant ; l'opération ne relève pas de la compétence de la Commission européenne». L'Autorité fait valoir à l'appui de sa proposition qu'un tel système est d'ores et déjà appliqué en Estonie, Hongrie, Irlande, Lituanie, Norvège, Suède, aux États-Unis ainsi qu'au Japon.

V. Historique et structure du droit de la concurrence

A. Droit européen

PLAN

L'intensité avec laquelle le droit européen s'applique varie selon que le rapport juridique concerne :

- les Traités ou l'accord sur l'EEE ;
- des Etats membres ou des Etats tiers ;
- des secteurs spéciaux ou non.

1. Les Traités

A RETENIR

Les Traités de Rome signés le 25 mars 1957 ont respectivement institué la Communauté économique européenne (CEE), devenue Communauté européenne (CE) depuis le Traité de Maastricht, et la Communauté européenne de l'énergie atomique (CEEA ou Euratom). Ils généralisaient ainsi, à l'échelle de l'économie dans son ensemble, les principes fondamentaux - suppression des restrictions aux échanges, réglementation de la concurrence et politique économique commune - posés par le Traité de Paris du 8 avril 1951 (CECA) pour le secteur du charbon et de l'acier.

Bien que distinctes, les trois organisations ont été dotées d'institutions communes par le Traité de Bruxelles du 8 avril 1965. À l'expiration du Traité CECA le 23 juillet 2002, les compétences de la CECA ont été transférées à la Communauté européenne.

Le Traité de Lisbonne, qui constitue, depuis le 1er décembre 2009, le nouveau socle de l'Union européenne, modifie les dispositions du Traité de l'Union (TUE) et celles du Traité instituant la Communauté européenne, celui-ci devenant le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE).

Il introduit des changements institutionnels importants, tels que la création d'un président permanent et d'un représentant qui conduit la politique étrangère. La répartition des voix entre les États membres est modifiée, les pouvoirs de la Commission sont éten-

dus, et la participation du Parlement au processus législatif renforcée.

Les articles 1 à 17 TFUE posent les «principes» régissant l'Union européenne. Le préambule du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne précise que «l'élimination des obstacles existants appelle une action concertée en vue de garantir la stabilité dans l'expansion, l'équilibre dans les échanges et la loyauté dans la concurrence». Les règles de concurrence figurent aux articles 101 TFUE et s., celles relatives à la suppression des restrictions à la libre circulation des marchandises, aux articles 34 TFUE et suivants.

Le Traité CE avait placé, dès son entrée en vigueur, l'instauration d'un régime assurant une concurrence non faussée parmi les objectifs de la Communauté. Le nouvel article 3 TFUE ne se réfère plus à la concurrence non faussée, mais précise uniquement que l'Union dispose d'une compétence exclusive pour établir les règles de concurrence nécessaires au fonctionnement du marché intérieur. Au sens du nouveau texte, la compétence exclusive signifie que seule l'Union a le pouvoir de légiférer en la matière, le rôle des États membres se limitant à la mise en œuvre des actes de l'Union, sauf s'ils sont autorisés par elle à adopter dans le domaine concerné des actes juridiquement contraignants.

2. L'Espace économique européen (EEE)

A RETENIR

En 1992, les Communautés européennes et les États membres de l'Association européenne de libre-échange (AELE) ont signé l'accord sur l'Espace économique européen, qui est entré en vigueur le 1er janvier 1994. Cet accord a notamment pour objet d'instaurer la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux entre les parties signataires ainsi que de mettre en place un régime de concurrence non faussée. À la suite de l'accession de l'Autriche, de la Finlande et de la Suède à la Communauté européenne le 1er janvier 1995, seuls l'Islande, la Norvège et le Lichtenstein demeurent membres de l'EEE. La Suisse, qui avait signé l'accord, a finalement quitté l'EEE à la suite d'un référendum négatif. Les articles 53, 54, et 59 de l'accord sur l'EEE reproduisent les articles 101, 102 et 106 TFUE. L'article 61 EEE est identique à l'article 107 TFUE sur les aides d'État. La plupart des règlements européens, communications et lignes directrices relatifs aux règles de concurrence ont été transposés dans le cadre de l'EEE.

Les règles de concurrence de l'EEE, qui sont mises en œuvre par l'Autorité de surveillance de l'AELE, peuvent être directement invoquées devant les juridictions nationales des États membres de l'Union européenne.

L'article 56 de l'Accord sur l'EEE fixe les règles de répartition des compétences entre la Commission et l'Autorité de surveillance de l'AELE. Lorsque seul le commerce entre États membres de l'Union européenne est affecté, la Commission est exclusivement compétente. Le même principe s'applique, réciproquement, pour l'Autorité de surveillance de l'AELE, en cas d'affectation exclusive du commerce entre États de l'EEE ou de l'AELE. En cas d'affectation du commerce entre États membres de l'UE et de l'EEE, la Commission est compétente pour appliquer les deux corps de règles lorsque le chiffre d'affaires réalisé par les entreprises concernées sur le territoire de l'AELE est inférieur à 33 % de leur chiffre d'affaires dans l'EEE.

3. Les relations avec les États membres

A RETENIR

Le Traité s'applique depuis la fondation de la Communauté économique européenne sur le territoire de six États membres : Allemagne, Belgique, France, Italie, Luxembourg et Pays-Bas. D'autres États européens ont progressivement rejoint les États fondateurs : le Danemark, l'Irlande et le Royaume-Uni depuis le 1er janvier 1973 ; la Grèce depuis le 1er janvier 1981 ; l'Espagne et le Portugal depuis le 1er janvier 1986 ; l'Autriche, la Finlande et la Suède depuis le 1er janvier 1995 ; la Hongrie, la Pologne, la République tchèque, la Slovaquie, la Slovénie, la Lituanie, l'Estonie, la Lettonie, Chypre et Malte depuis le 1er janvier 2004 ; la Bulgarie et la Roumanie depuis le 1er janvier 2007, et la Croatie depuis le 1er juillet 2013.

L'Union européenne comprend aujourd'hui 28 membres représentant un peu plus de 500 millions d'habitants et bientôt n'en comportera plus que 27 suite au «Brexit» qui actera la sortie du Royaume-Uni de l'Union européenne.

Le Traité pose des limites à la compétence européenne même dans sa sphère d'application : son adoption n'entraîne pas une substitution pure et simple du droit européen au droit national mais la superposition de deux corps de règles complémentaires, parfois concurrents.

Ainsi, l'institution d'un droit européen de la concurrence n'a pas supprimé les droits nationaux dans ce domaine. Le Traité comporte des dispositions permettant de concilier l'ordre juridique européen et les ordres nationaux. Lorsque néanmoins des conflits surgissent, ils sont en principe aisément résolus par application de la règle de primauté : la norme européenne - Traité, règlement, directive - l'emporte toujours sur la norme nationale contraire, quelle que soit la place de cette dernière dans la hiérarchie des normes ; les autorités nationales doivent donc laisser la règle nationale inappliquée.

Le Traité a été conçu par ses rédacteurs comme un traité-cadre destiné à être complété, notamment au moyen du droit dérivé, afin d'atteindre à terme l'objectif d'union européenne. Le juge européen a beaucoup contribué à accentuer le caractère intégrateur du droit européen de la concurrence. La Cour de justice dépasse les méthodes d'interprétation traditionnelles du juge international et recourt systématiquement à une interprétation téléologique dynamique, qui lui permet d'élargir au maximum les compétences des autorités européennes. Elle a même institué un contrôle des concentrations non prévu par le Traité en se fondant «à la fois [sur] l'esprit, l'économie et les termes de l'article 82 [102], compte tenu du système du Traité et des finalités qui lui sont propres», avant même l'adoption du règlement européen sur le contrôle des concentrations.

Les autorités européennes reconnaissent aujourd'hui une plus grande indépendance aux autorités nationales dans la mise en œuvre du droit européen en se fondant sur le principe de subsidiarité, expressément mentionné à l'article 5 TUE, qui implique de ne traiter au centre que les questions essentielles et de rejeter à la périphérie celles qui paraissent moins importantes.

4. Les relations avec les États tiers.

A RETENIR

Tout comportement anticoncurrentiel qui affecte le territoire de l'Union relève de la compétence européenne même si ses auteurs ont leur siège dans un État tiers (V. infra). Quelles sont alors les limites que les autorités européennes sont susceptibles de rencontrer dans l'exercice de leur compétence ? Pour les définir, on se réfère traditionnellement en droit international public à la distinction de la *jurisdictio* (le pouvoir de dire le droit) et de l'*imperium* (le pouvoir d'ordonner). Dès lors qu'un effet anticoncurrentiel est localisé sur son territoire, un État est entièrement maître de son pouvoir de *jurisdictio*. En revanche, son *imperium* est limité à son territoire. La Commission a, par délégation des États membres, le pouvoir de demander des renseignements, d'ordonner la cessation d'une infraction ou d'infliger une sanction. Mais elle ne saurait exercer son pouvoir de coercition en dehors du marché intérieur. En outre, même dans l'exercice de son pouvoir de *jurisdictio*, un principe de courtoisie internationale lui impose de tenir compte des intérêts légitimes des États tiers concernés. Des accords conclus entre l'Union et certains États tiers ont donné un contenu plus précis à ce devoir de coopération.

L'accord du 23 septembre 1991 entre la Communauté et les États-Unis concernant l'application de leurs règles de concurrence, complété par celui du 4 juin 1998 sur la mise en œuvre du principe de courtoisie active, en fournit le meilleur exemple.

L'accord précise qu'une partie doit notifier à l'autre toute mesure d'application envisagée par ses autorités de la concurrence qui risquerait d'affecter des intérêts importants de cette dernière. Des procédures de transmission de renseignements et d'informations sont mises en place. Si les deux parties poursuivent la même pratique restrictive, elles peuvent décider de coordonner leurs actions afin que chacune prenne des mesures d'application compatibles avec les objectifs de l'autre. Lorsqu'il apparaît que des mesures d'application prises par une partie peuvent affecter des intérêts importants de l'autre, les signataires prennent notamment en considération les facteurs suivants pour assurer la conciliation des intérêts en présence :

- l'importance relative du comportement qui s'est déroulé sur le territoire de la partie qui prend les mesures d'application par rapport à celui qui s'est réalisé sur le territoire de l'autre partie ;
- la volonté des auteurs des actes anticoncurrentiels de porter préjudice aux consommateurs, aux fournisseurs ou à leurs concurrents sur le territoire de la partie mettant en œuvre son droit de la concurrence ;
- l'importance relative des effets des mesures d'application sur les intérêts de la partie qui prend ces mesures par rapport à leurs effets sur ceux de l'autre partie ;
- l'existence d'anticipations raisonnables qui seraient confortées du fait des mesures d'application ;
- le degré de conflit entre les mesures d'application et la législation ou la politique économique de l'autre partie, et,
- la mesure dans laquelle des décisions d'application de l'autre partie à l'encontre des mêmes personnes, y compris des jugements ou engagements résultant de ces déci-

sions, peuvent être affectées.

Enfin, une procédure bilatérale de consultations est instituée, mais l'accord ne prévoit aucun mécanisme de conciliation. Depuis 2013, les États-Unis et l'Union européenne négocient un nouvel accord de libre-échange : le TAFTA (traité de libre-échange transatlantique) ou TTIP (partenariat transatlantique de commerce et d'investissement), qui vise à créer un marché unifié de 820 millions de consommateurs, mais les discussions sont en sommeil depuis le Brexit décidé par le Royaume-Uni.

La mondialisation du droit de la concurrence s'est notamment traduite en 2008 par la création d'un réseau international des autorités de concurrence (*International Competition Network - ICN*) réunissant à ce jour plus d'une centaine de membres.

5. Secteurs spéciaux

A RETENIR

Certains secteurs peuvent être dits spéciaux parce que le droit de la concurrence ne s'y applique pas, ou pas avec la même intensité qu'ailleurs.

Parfois, le Traité prévoit lui-même, pour des raisons de politique générale, nationale ou «commune», de véritables exceptions à l'application des règles de concurrence, comme dans le cas des **industries de défense** ou de **l'agriculture**. Dans d'autres hypothèses, c'est la logique économique du secteur qui entraîne l'application de tempéraments, comme dans le domaine des **transports**, où l'activité appelle, pour des raisons d'efficacité, à une coordination importante des comportements des entreprises.

B. Droit français

A RETENIR

Le décret d'Allarde des 14-17 mars 1791, renforcé par l'article 419 du Code pénal qui sanctionnait les coalitions entre distributeurs d'une même marchandise en vue d'entraîner une baisse des prix, a posé le principe de libre concurrence. Mais la première réglementation de la concurrence n'est apparue qu'après la Seconde Guerre mondiale. Le droit de la concurrence était entièrement conçu à cette époque comme un instrument de la politique économique de l'État, plus précisément de la politique des prix.

Le décret du 9 août 1953, remplacé par celui du 24 juin 1958, introduisait dans l'ordonnance 45-1483 du 30 juin 1945 sur les prix la prohibition des ententes et de certaines pratiques dites individuelles (refus de vente, pratiques discriminatoires, ventes liées). La loi du 2 juillet 1963 interdit les abus de position dominante. La loi du 19 juillet 1977 établit un contrôle des concentrations. L'ordonnance du 1er décembre 1986, complétée par le décret du 29 décembre 1986, a ensuite abrogé les textes antérieurs tout en s'en inspirant fortement sans remettre en cause la théorie de la concurrence déloyale.

L'ordonnance 2000-912 du 18 septembre 2000 a abrogé celle de 1986 et l'a intégrée au nouveau Code de commerce, à l'exception de quelques dispositions éparses (article 58, alinéa 3, fixant la procédure relative aux prix des transports routiers, et article 61,

maintenant certaines dispositions de l'ordonnance de 1945 en matière de prix. - V. égal. art. R. 410-1 c. com.). **Le Livre IV intitulé «De la liberté des prix et de la concurrence» est entièrement consacré au droit de la concurrence.**

Il a été modifié à de nombreuses reprises. En particulier, la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008 et l'ordonnance du 13 novembre 2008 qui la complète ont réalisé une réforme générale du droit de la concurrence.

VI. Les autorités de contrôle

A. Droit européen

A RETENIR

Le Conseil, la Cour de justice et la Commission sont chargés d'assurer la réalisation de la mission confiée à l'Union (art. 119 TFUE).

Le Conseil, qui exerce des fonctions de définition des politiques et de coordination, est composé d'un représentant de chaque État membre au niveau ministériel, habilité à engager le gouvernement de l'État membre qu'il représente et à exercer le droit de vote (art. 16 TUE).

La Cour de justice de l'Union européenne qui comprend la Cour de justice, le Tribunal et des tribunaux spécialisés, assurent, dans le cadre de leurs compétences respectives, le respect du droit dans l'interprétation et l'application du traité (art. 19 TFUE). Le Tribunal est, notamment, compétent pour connaître en première instance des recours directs introduits par les personnes physiques ou morales contre les actes des institutions européennes ou des recours formés par les États membres contre la Commission pour les actes pris dans le domaine des aides d'État, qui peuvent ensuite faire l'objet d'un pourvoi devant la Cour de justice, limité aux questions de droit (art. 256 TFUE). Il exerce un contrôle de légalité des décisions soumises à son appréciation, prononce leur nullité ou relève la carence de l'organe européen poursuivi.

La Commission est composée de vingt-huit membres choisis en raison de leur compétence générale et offrant toutes garanties d'indépendance (art. 245 TFUE). La DG IV, chargée de la concurrence, est subdivisée en plusieurs départements : politique et stratégie, marchés et cas, cartels, aides d'État. La Commission publie chaque année un rapport qui fait le point sur les principales initiatives politiques et législatives et les décisions adoptées en matière de concurrence.

Autorité administrative responsable de la mise en œuvre et de l'orientation de la politique européenne de la concurrence (art. 105 TFUE et Règl. 1-2003, art. 4), **la Commission veille à l'application des règles de concurrence. Elle dispose pour cela de pouvoirs étendus et cumule les fonctions d'instruction et de décision.** Elle recherche l'existence d'une infraction, puis rend une décision qui peut être assortie de sanction, au vu des éléments recueillis. Ce cumul n'est pas jugé contraire à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme, dans la mesure où la Commission n'est pas considérée comme une juridiction.

La compétence de la Commission dans l'application des règles de concurrence n'est pas

sans limites. D'abord, il faut que les effets de la pratique se soient produits sur le territoire européen, qu'elle ait été mise en œuvre sur le marché intérieur et qu'elle affecte de manière sensible le commerce entre États membres pour que la Commission se reconnaisse compétente.

En outre, le règlement 1-2003 a mis en place un régime décentralisé pour l'application des règles européennes de concurrence qui confère une compétence parallèle aux autorités nationales de concurrence, qui forment, avec la Commission, un réseau d'autorités.

Le principe de subsidiarité ainsi mis en œuvre implique que l'autorité la plus compétente applique les règles européennes, et non seulement les autorités européennes elles-mêmes. Les autorités compétentes des États membres sont chargées de veiller à l'application et au respect du droit européen dans leur ordre juridique national (art. 5 TUE). Chaque membre du réseau conserve toute latitude pour décider d'enquêter ou non sur une affaire. Dans ce cadre, les affaires sont traitées soit par une seule autorité nationale, éventuellement avec le concours d'autorités d'autres États membres, soit par plusieurs autorités nationales agissant en parallèle, soit par la Commission. Toutefois, une réattribution peut s'avérer nécessaire pour garantir l'efficacité de la procédure. Cette réattribution s'effectue selon le principe de «l'autorité la mieux placée» pour connaître de l'affaire. Un rapport étroit entre l'infraction et le territoire de l'État membre doit exister pour que l'autorité de concurrence d'un État membre reçoive cette qualification.

La Commission est considérée comme l'autorité la mieux placée :

- lorsqu'un ou plusieurs accords ou pratiques, y compris les réseaux d'accords ou pratiques similaires, ont des effets sur la concurrence dans plus de trois États membres ;
- si l'affaire est étroitement liée à d'autres dispositions européennes susceptibles d'être exclusivement ou plus efficacement appliquées par la Commission, ou si l'intérêt européen exige l'adoption d'une décision de la Commission pour développer la politique de concurrence européenne lorsqu'un problème de concurrence nouveau se pose ou qu'une application efficace des règles l'exige.

B. Droit français

A RETENIR

Qualifié par le Conseil constitutionnel d'«autorité administrative indépendante», le Conseil de la concurrence a remplacé, en 1986, la Commission de la concurrence. La loi LME du 4 août 2008 l'a rebaptisé en Autorité de la concurrence et accru ses pouvoirs. Sa nature d'autorité administrative indépendante est désormais expressément inscrite à l'article L. 461-1, I du Code de commerce.

Le texte précise que l'Autorité veille au libre jeu de la concurrence. Elle comprend un collège de dix-sept membres nommés pour cinq ans, renouvelables, par le ministre de l'Économie. Six sont membres ou anciens membres du Conseil d'État, de la Cour des comptes, de la Cour de cassation ou des autres juridictions administratives ou judiciaires. Cinq sont des personnalités désignées en raison de leur compétence en matière économique ou de concurrence et de consommation. Les cinq autres membres sont des

personnalités exerçant ou ayant exercé leurs activités dans les secteurs de la production, de la distribution, de l'artisanat, des services ou des professions libérales. Les quatre vice-présidents sont nommés parmi les membres du collège, deux d'entre eux étant choisis parmi les dix personnalités le composant. Le président est nommé en raison de ses compétences dans les domaines juridiques et économiques après avis des commissions du Parlement compétentes en matière de concurrence. Le président et les vice-présidents exercent leurs fonctions à temps plein et sont soumis aux règles d'incompatibilité prévues pour les emplois publics. L'Autorité de la concurrence est assistée d'un rapporteur général, d'un ou plusieurs rapporteurs généraux adjoints auxquels celui-ci peut déléguer tout ou partie de ses attributions et de rapporteurs, qui préparent les affaires qui lui sont soumises.

L'Autorité de la concurrence possède d'abord un rôle consultatif général en matière de concurrence. Les commissions parlementaires compétentes en matière de concurrence peuvent entendre le président de l'Autorité de la concurrence et consulter celle-ci sur toute question relevant de son champ de compétence (art. L. 461-5 C. com.). Elle donne son avis sur toute question de concurrence à la demande du Gouvernement. Elle peut également donner son avis sur les mêmes questions à la demande des collectivités territoriales, des organisations professionnelles et syndicales, des organisations de consommateurs agréées, des chambres d'agriculture, des chambres de métiers ou des chambres de commerce et d'industrie territoriales, de la Haute autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet et des présidents des observatoires des prix, des marges et des revenus des collectivités ultramarines en ce qui concerne les intérêts dont ils ont la charge. L'Autorité de la concurrence peut également être consultée par les juridictions d'instruction et de jugement sur les pratiques anticoncurrentielles définies aux articles L. 420-1, L. 420-2, L. 420-2-1, L. 420-2-2 et L. 420-5 du Code de commerce et relevées dans les affaires dont elles sont saisies (ententes, abus de position dominante ou de dépendance, droits exclusifs d'importation dans les DROM et les COM, prix abusivement bas ; art. L. 462-3 du Code de commerce). A toute juridiction qui la consulte ou lui demande de produire des pièces qui ne sont pas déjà à la disposition d'une partie à l'instance, l'Autorité peut transmettre «tout élément qu'elle détient concernant les pratiques anticoncurrentielles concernées, à l'exclusion des pièces élaborées ou recueillies au titre du IV de l'article L. 464-2», c'est-à-dire à l'exclusion des pièces recueillies dans le cadre d'une procédure de clémence. Cette transmission peut également avoir lieu lorsqu'elle produit des observations de sa propre initiative devant une juridiction. L'Autorité de la concurrence est obligatoirement consultée par le Gouvernement sur tout projet de texte réglementaire instituant un régime nouveau ayant directement pour effet de soumettre l'exercice d'une profession ou l'accès à un marché à des restrictions quantitatives, d'établir des droits exclusifs dans certaines zones, d'imposer des pratiques uniformes en matière de prix ou conditions de vente (art. L. 462-2). Les décrets d'exemption par catégorie en matière d'ententes sont pris après avis conforme de l'Autorité de la concurrence (art. L. 420-4).

L'article L. 462-4 prévoit que l'Autorité de la concurrence peut prendre l'initiative de donner son avis sur toute question concernant la concurrence. Elle a également la possibilité de recommander au ministre de l'Économie ou chargé du secteur concerné de prendre les mesures nécessaires à l'amélioration du fonctionnement concurrentiel des marchés.

Depuis l'ordonnance du 1er décembre 1986, l'Autorité de la concurrence dispose d'un pouvoir de décision en matière de pratiques anticoncurrentielles. Ce pouvoir de décision a été étendu, avec l'adoption de la loi LME, au contrôle des concentrations, compétence partiellement partagée avec le ministre de l'Économie qui conserve un pouvoir de décision subsidiaire. Les recours contre les décisions de l'Autorité sont introduits devant la Cour d'appel de Paris sous le contrôle de la Cour de cassation.

Le ministre de l'Économie dispose, depuis l'ordonnance du 13 novembre 2008, d'un pouvoir d'injonction et de transaction en matière de micro-pratiques anticoncurrentielles (actuel art. L 464-9 C. com). Relèvent de ce texte les pratiques qui affectent un marché de dimension locale et ne tombent pas sous le coup des articles 101 et 102 TFUE, à condition que le chiffre d'affaires annuel réalisé en France par les entreprises en cause ne dépasse pas 50 millions d'euro pour chacune d'elles et que leur chiffre d'affaires cumulé ne soit pas supérieur à 200 millions d'euro. Si les entreprises n'acceptent pas la transaction, dont le montant ne peut excéder 150 000 euro ou 5 % du dernier chiffre d'affaires connu en France, l'Autorité de la concurrence est saisie de l'affaire.

L'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP), le Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA), la Commission de régulation de l'énergie (CRE) doivent saisir l'Autorité de la concurrence des abus de position dominante et des pratiques restrictives de concurrence dont ils pourraient avoir connaissance dans les secteurs relevant de leur compétence ; de son côté, l'Autorité de la concurrence recueille l'avis de l'ARCEP ou du CSA lorsqu'il applique les règles de concurrence aux secteurs concernés. L'article L. 511-4 du Code monétaire et financier prévoit la consultation obligatoire de l'Autorité de contrôle prudentiel pour le contrôle des concentrations dans le secteur bancaire et en matière d'entente et d'abus de domination.

Les différents corps de règles qui constituent le droit de la concurrence s'ordonnent en fonction du rôle croissant reconnu aux effets par rapport aux comportements des opérateurs.

PLAN

Droit de la concurrence I se compose donc de deux parties :

- Partie I : ententes et abus de domination ;
- Partie II : contrôle des concentrations.

PARTIE I

Ententes et abus de domination

PLAN

La première partie du Livre I se décompose comme suit :

- domaine d'application (Titre I) ;
- ententes (Titre II) ;
- abus de domination (Titre III) ;
- incidence des droits de propriété intellectuelle (Titre IV) ;
- procédure de contrôle (Titre V).

TITRE I

Domaine d'application

INTRODUCTION

Droit européen et droit français définissent leur champ d'application dans l'espace. L'article 101 TFUE prohibe les ententes qui ont pour objet ou pour effet de restreindre la concurrence «à l'intérieur du marché intérieur», l'article 102 TFUE interdit l'exploitation abusive d'une position dominante «sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci». De même, l'article L. 420-1 du Code de commerce - auquel renvoie l'article L. 420-2 pour les abus de domination - prohibe les pratiques collusives qui faussent le jeu de la concurrence sur un marché, «même par l'intermédiaire direct ou indirect d'une société du groupe implantée hors de France».

A RETENIR

Les textes font ainsi dépendre leur applicabilité de la localisation d'un élément constitutif de l'infraction sur le territoire de l'Union ou le territoire français. En outre, du fait de la superposition de l'Union aux Etats membres, l'application des articles 101 et 102 TFUE suppose qu'un second critère soit satisfait : l'affectation du commerce entre États membres. La distinction entre les deux conditions qui se recoupent partiellement est purement fonctionnelle : alors que la première a pour objet de délimiter la compétence de l'Union par rapport aux États tiers, la seconde vise à la définir par rapport aux États membres.

PLAN

Nous distinguerons :

- les conditions d'application des règles [Chapitre 1] ;
- le champ d'application des règles [Chapitre 2].

CHAPITRE I Conditions d'application

SECTION 1

Localisation des effets anticoncurrentiels

I. La théorie de l'effet

II. La théorie de l'imputation

III. La théorie de la mise en œuvre / La théorie de l'effet qualifié

SECTION 2

Affectation du commerce entre États membres

I. Notion de commerce entre États membres

II. Notion d'affectation

A. Probabilité raisonnable d'effet

B. Influence sur les courants d'échanges entre États membres

III. Condition de sensibilité

CHAPITRE I Conditions d'application

SECTION 1

Localisation des effets anticoncurrentiels

PLAN

Quatre théories juridiques permettent de justifier l'application des règles de concurrence à des entreprises localisées à l'extérieur du territoire :

- la théorie de l'effet ;
- la théorie de l'imputation ;
- la théorie de l'effet qualifié ;
- la théorie de la mise en œuvre.

I. La théorie de l'effet

Selon cette doctrine, les règles de concurrence s'appliquent aux entreprises dès lors que les effets des accords ou des pratiques incriminés auxquels elles ont participé sont ressentis au sein de l'Union. Peu importe, dans ce cas, que certaines des entreprises auteurs des comportements anticoncurrentiels aient leur siège à l'extérieur. À l'inverse, une entente nouée entre des entreprises de l'Union qui ne produit des effets que sur les marchés extérieurs échappe à l'application du texte. Les premières décisions de la Cour de justice ont consacré cette **théorie dite de «la territorialité objective» à laquelle se rallie toujours l'Autorité de la concurrence** (V. CJCE, 16 déc. 1975, Suiker Unie, aff. 40-73, LawLex024127).

II. La théorie de l'imputation

Lorsque les entreprises extérieures disposent de filiales sur le territoire européen, ce ne sont pas seulement des effets restrictifs qui sont localisés dans l'Union, mais aussi des comportements, qui ont comme auteurs formels les filiales de ces entreprises. Les autorités européennes se dispensent alors d'invoquer la théorie de l'effet : elles incriminent, à l'intérieur du marché intérieur, les comportements des filiales avant de les imputer aux sociétés mères étrangères. Pour que l'imputation soit possible, il faut toutefois qu'une relation de contrôle soit établie et que celui-ci soit effectif (CJCE, 6 mars 1974, ICI, aff. 6 et 7-73, LawLex0204139). La théorie de l'imputation a l'avantage d'éviter les difficultés d'exécution liées à l'application extraterritoriale du droit de la concurrence.

III. La théorie de l'effet qualifié / La théorie de la mise en œuvre

La théorie de l'imputation n'est pas d'application générale puisqu'elle est subordonnée à la présence de filiales sur le territoire européen. Celle de l'effet apparaît, quant à elle, relativement inappropriée au domaine du droit de la concurrence : un effet anticoncurrentiel peut être démultiplié à l'infini, plus ou moins sensible selon les marchés sur lesquels il se produit et les appréciations des différents droits de la concurrence à son endroit peuvent diverger fondamentalement. En réalité, la théorie de l'effet ouvre un champ de compétence trop large. D'ailleurs, les tenants de cette doctrine proposent généralement

de ne la retenir que sous la forme d'un «**effet qualifié**», c'est-à-dire **substantiel, direct et prévisible**. Aussi, les autorités de contrôle ont-elles substitué au critère de l'effet celui, plus restrictif, de la **mise en œuvre** : **pour que le droit européen soit applicable, il faut non seulement que les effets se soient produits dans l'Union mais encore que les entreprises participantes aient «mis en œuvre» les pratiques anticoncurrentielles sur le territoire européen.**

A RETENIR

Dans le dernier état de la jurisprudence, en présence d'échanges commerciaux avec des pays tiers et en cas de mise en œuvre des pratiques en cause à l'intérieur de l'Union, il suffit, pour justifier la compétence de la Commission au regard du droit international public, d'établir soit que la pratique en cause a produit des effets qualifiés au sein du marché intérieur, soit qu'elle a été mise en œuvre dans l'Union.

SECTION 2

Affectation du commerce entre États membres

L'application des articles 101 ou 102 TFUE suppose que les comportements ou pratiques visés soient «susceptibles d'affecter le commerce entre États membres». **La Commission a adopté des Lignes directrices relatives à la notion d'affectation du commerce entre États membres figurant aux articles 101 et 102 du Traité**, qui exposent les principes dégagés par la jurisprudence et donnent des orientations sur l'application de la notion d'affectation dans les cas les plus courants.

A RETENIR

En vertu du principe de subsidiarité, les autorités françaises sont habilitées à appliquer les articles 101 à 103 TFUE lorsque les pratiques en cause affectent le commerce entre États membres même en l'absence de tout effet sur le territoire national.

I. Notion de commerce entre États membres

La notion de commerce recouvre **toute activité économique**, quels qu'en soient l'objet ou les modalités d'exécution, y compris l'établissement. Elle n'est pas limitée aux échanges transfrontaliers traditionnels de produits et de services. Le terme «commerce» a en effet une signification large et recouvre, par exemple, les échanges monétaires ou les services de transit. Il importe peu, également, que les participants à l'entente aient acquis le produit auprès d'une société d'un même groupe, dès lors qu'il provient d'un autre État membre.

Une restriction de concurrence mise en œuvre par les entreprises d'un État membre, **même à destination d'un pays tiers**, affecte le commerce au sein de l'Union lorsqu'elle a pour conséquence que le commerce se développe dans des conditions autres que celles qui auraient prévalu en son absence. Tel est le cas lorsque l'entente fait obstacle à l'entrée dans le marché intérieur de produits qui auraient normalement dû y être distribués.

Il n'est pas indispensable que l'accord ou la pratique affecte le commerce entre deux

États membres. D'abord, des pratiques anticoncurrentielles peuvent affecter le commerce interétatique, même si elles ne concernent pas directement les courants commerciaux entre États membres, car elles font obstacle à l'établissement sur le territoire national d'entreprises ayant leur siège dans d'autres États membres. Ensuite, le fait qu'une entente ne concerne que la commercialisation des produits dans un seul État membre ne suffit pas à exclure une affectation du commerce entre États membres, dès lors qu'une telle pratique empêche les importations de produits en provenance d'autres États membres. Les articles 101 et 102 TFUE sont également applicables aux pratiques qui ne produisent d'effet que sur une partie d'un État membre, à condition toutefois que l'affectation des courants d'échange soit sensible.

Enfin, la notion de «commerce» englobe aussi les cas où des accords et pratiques affectent la structure de la concurrence sur le marché : toute stratégie d'élimination d'un concurrent, qui opère sur le marché européen, peut tomber sous le coup des règles européennes de concurrence, même s'il est essentiellement actif à l'exportation. Dès lors que les activités économiques que poursuit une entreprise sont menacées au point que celle-ci risque d'être éliminée du marché, le commerce entre États membres est affecté.

II. Notion d'affectation

PLAN

Pour qu'elle affectation du commerce entre États membres puisse être constatée, il suffit que deux conditions soient satisfaites :

- il doit exister une probabilité raisonnable que le commerce entre États membres soit affecté ;
- la pratique doit être apte à influencer le courant des échanges entre États membres.

A. Probabilité raisonnable d'effet

Les accords ou pratiques qui ont pour objet de cloisonner le marché affectent, par nature, le commerce entre États membres : il n'est pas nécessaire de vérifier qu'elles l'aient effectivement affecté. Il en est de même des pratiques destinées à éliminer un concurrent établi dans un État membre. Plus généralement, **l'affectation se déduit d'éléments objectifs** et ne tient pas compte de l'intention subjective des entreprises en cause.

B. Influence sur les courants d'échanges entre États membres

Condition d'applicabilité du droit européen, la condition d'affectation est, en principe, satisfaite même si aucune restriction de concurrence n'est constatée à ce stade. **Peu importe que l'accord ou la pratique favorise une augmentation considérable du commerce entre États membres** ou se limite à détourner les échanges de l'orientation qu'ils auraient normalement connue. Ce qui doit être apprécié, c'est l'aptitude d'une entente ou d'une pratique à exercer une influence actuelle ou potentielle sur le commerce entre États membres. L'influence de l'accord ou de la pratique doit être mesurée compte tenu de l'évolution future et raisonnablement prévisible des conditions du marché. Le droit européen est applicable dès lors que l'accord ou la pratique est susceptible de détourner

les courants commerciaux entre États membres de leur orientation naturelle probable en son absence.

III. Condition de sensibilité

Selon les Lignes directrices du 27 avril 2004, un accord n'est pas, en principe, de nature à affecter sensiblement le commerce entre États membres lorsque deux conditions cumulatives sont remplies : la **part de marché totale des parties** sur le marché affecté par l'accord ne doit pas dépasser 5 %, et le **chiffre d'affaires** réalisé soit par les entreprises en cause, en cas d'accord horizontal, soit par le fournisseur, en cas d'accord vertical, ne doit pas excéder **40 millions d'euro**.

CHAPITRE II Champ d'application

SECTION 1

Quels sont les sujets du droit de la concurrence ?

- I. La notion d'entreprise : critère
- II. La notion d'entreprise : portée

SECTION 2

Quelles sont les activités couvertes par le droit de la concurrence ?

- I. Qu'est-ce qu'une activité économique ?
- II. Les actes étatiques peuvent-ils relever des règles européennes de concurrence ?
- III. Les personnes publiques relèvent-elles des règles de concurrence ?
 - A. Droit européen
 - B. Droit français
- IV. Les accords collectifs relèvent-ils des règles de concurrence ?

CHAPITRE II Champ d'application

SECTION 1

Quels sont les sujets du droit de la concurrence ?

I. La notion d'entreprise : critère

A RETENIR

Les textes européens et français se réfèrent à la notion d'entreprise sans la définir. Selon la jurisprudence, une entreprise se caractérise par son autonomie économique : une entité constitue une entreprise lorsqu'elle exerce une activité économique et apparaît comme un opérateur indépendant sur le marché.

C'est l'activité consistant à offrir des biens ou des services sur un marché donné qui caractérise l'entreprise. La commercialisation de produits ou de prestations de services constitue dès lors un indice déterminant de son existence. La qualité d'entreprise a ainsi été attribuée à un artiste commercialisant ses prestations ou à un inventeur, personne physique, qui, en concédant une licence de brevet, a exploité son invention. Elle a également été reconnue aux associations d'entreprises ou aux associations d'associations d'entreprises dont l'absence d'activité commerciale propre n'exclut pas l'applicabilité des règles de concurrence, dès lors que celle développée par leurs membres produit des effets restrictifs ou aux associations nationales de football, dont l'activité sportive est susceptible de revêtir un caractère économique. Ni l'appartenance d'un opérateur économique à une profession libérale strictement encadrée ou à un secteur soumis à une réglementation spécifique, ni le caractère intellectuel, technique ou spécialisé de la prestation fournie ne permettent d'exclure l'application des règles européennes de concurrence.

II. La notion d'entreprise : portée

A RETENIR

Le critère de définition de l'entreprise n'est pas organique mais matériel. Aucune forme juridique n'exclut a priori la qualification d'entreprise ; seul le caractère non économique de certaines activités est susceptible de faire échapper l'organe qui les exerce au champ d'application du droit de la concurrence.

Peu importe qu'il s'agisse d'une personne physique ou morale, d'une personne de droit public ou de droit privé, d'une personne poursuivant ou non un but lucratif, ou d'un groupement ne disposant pas de la personnalité juridique. Un État, un organisme public, une collectivité locale ne sont pas des entreprises au sens du droit de la concurrence lorsqu'ils mettent en œuvre des prérogatives de puissance publique. Il en est de même des organismes de sécurité sociale dont l'objet n'est pas économique, mais qui assurent une fonction de caractère exclusivement social, exercent une activité, fondée sur le principe de la solidarité nationale, dépourvue de tout but lucratif et versent des prestations légales indépendantes du montant des cotisations (CJCE, 17 févr. 1993, aff. C-159-91, Poucet et Pistre, LawLex023919). En revanche, un organisme à but non lucratif, gérant

un régime d'assurance-vieillesse destiné à compléter le régime de base obligatoire, ou un fonds de pension, qui détermine lui-même le montant des cotisations et des prestations et fonctionne selon le principe de la capitalisation, est une entreprise au sens du droit de la concurrence. L'attribution de la qualité d'entreprise «exerçant une activité économique» à un organisme sans but lucratif dépend des circonstances de sa désignation et de la marge de négociation dont il a disposé quant aux modalités de son engagement.

SECTION 2

Quelles sont les activités couvertes par le droit de la concurrence ?

I. Qu'est-ce qu'une activité économique ?

Les règles de concurrence européennes sont applicables aux activités économiques, dont aucune définition n'est cependant fournie. L'activité économique est, selon la jurisprudence, celle qui peut faire l'objet d'un échange marchand. Elle couvre, comme le souligne l'article L. 410-1 du Code de commerce, l'ensemble des «activités de production, de distribution et de services».

A RETENIR

Ni l'existence d'une réglementation spécifique à un secteur d'activité (banque, audiovisuel...) ni l'absence de but lucratif (mutuelles) n'excluent l'application des règles de concurrence.

Ainsi, les associations nationales de football, qui, selon les statuts de la FIFA, sont tenues de participer aux compétitions organisées par elle, doivent lui reverser un pourcentage de la recette brute de chaque match international et sont reconnues propriétaires des droits exclusifs de diffusion et de transmission des manifestations sportives concernées, exercent une activité économique. Il en est de même pour l'activité d'agent de joueurs de football qui consiste à mettre en rapport régulièrement et contre rémunération un joueur et un club, en vue de la conclusion d'un contrat de travail, ou deux clubs, en vue de la conclusion d'un contrat de transfert ou pour l'organisme privé qui délivre des certificats en contrepartie d'une rémunération sur la base de la demande réelle du marché, sans disposer d'aucun pouvoir décisionnel susceptible de se rattacher à l'exercice de prérogatives de puissance publique.

II. Les actes étatiques peuvent-ils relever des règles européennes de concurrence ?

A RETENIR

En principe, les articles 101 et 102 TFUE ne visent que les entreprises. Il ressort toutefois de la combinaison de ces textes avec les articles 3, b) TFUE (établissement de règles de concurrence nécessaires au fonctionnement du marché intérieur) et 4 TUE (abstention de mesure susceptible de mettre en péril la réalisation des objectifs de l'Union), qu'un État membre ne peut prendre ou maintenir en vigueur des mesures, qu'elles soient de nature législative ou réglementaire, qui élimineraient l'effet utile des articles 101 et 102. Contraires au droit européen, ces réglementations sont dépourvues

d'efficacité. Un État ne saurait donc faciliter l'exploitation abusive d'une position dominante, favoriser la conclusion d'une entente ou renforcer les effets d'un comportement anticoncurrentiel. Les autorités européennes condamnent également les actes par lesquels un État retire à sa propre réglementation son caractère étatique en déléguant à des opérateurs privés la responsabilité de prendre des décisions d'intervention économique.

Il en va ainsi de la réglementation nationale en vertu de laquelle le prix de services de transport de marchandises par route pour le compte d'autrui ne peut être inférieur à des coûts minimaux d'exploitation, fixés par un organisme, composé principalement de représentants des opérateurs économiques concernés, qui n'est pas tenu d'agir pour la défense de l'intérêt général. En revanche, tel n'est pas le cas de la création d'une commission composée d'opérateurs dès lors que celle-ci ne rend que des avis consultatifs, le maire étant le seul détenteur du pouvoir d'autorisation. Un État membre ne retire pas davantage à sa réglementation son caractère étatique en déléguant à des opérateurs privés la responsabilité de prendre des décisions d'intervention économique du seul fait qu'avant de déterminer le prix d'une prestation, il entend les représentants de ces derniers. Un ordre professionnel peut aussi, sans contrevenir aux articles 101 TFUE et 4 TUE, être chargé par la législation nationale d'établir un projet de tarif pour les honoraires de ses membres dès lors que l'État n'a pas renoncé à exercer son pouvoir, l'entrée en vigueur du projet étant subordonnée à l'approbation du ministre de la Justice qui a le pouvoir de le faire amender, et que les honoraires seront liquidés par les autorités judiciaires sur la base de ce tarif, ce qui démontre que l'État n'a pas renoncé à exercer son pouvoir. De même, ne constituent pas des ententes les avis d'une commission municipale statuant sur les autorisations d'ouverture de commerce lorsque les représentants des organisations économiques au sein de la commission sont minoritaires et n'interviennent qu'à titre d'expert et que la commission est tenue de statuer dans l'intérêt général.

III. Les personnes publiques relèvent-elles des règles de concurrence ?

PLAN

Le sort des personnes publiques est réglée de façon distincte en droit européen et en droit français :

- l'article 106 TFUE soumet les entreprises publiques aux règles de concurrence, tout en leur réservant un traitement de faveur ;
- l'article L. 410-1 du Code de commerce prévoit l'application des règles de concurrence à toutes activités économiques «y compris lorsqu'elles sont le fait de personnes publiques, notamment dans le cadre de conventions de délégation de service public» mais l'article L. 420-4 prévoit l'exemption des pratiques «qui résultent de l'application d'un texte législatif ou d'un texte réglementaire pris pour son application (v. infra).

A. Droit européen

A RETENIR

L'article 106, paragraphe 1, TFUE dispose que les États membres ne doivent pas édicter ou maintenir en faveur des entreprises publiques ou titulaires de droits spéciaux ou exclusifs des mesures contraires aux règles du traité.

Ce principe de prohibition est tempéré par l'article 106, paragraphe 2, TFUE, qui soustrait partiellement certaines entreprises publiques au domaine d'application du droit de la concurrence. Il s'agit des entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général ou présentant le caractère d'un monopole fiscal lors de «l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie».

L'article 106 TFUE, paragraphe 3, donne à la Commission le pouvoir de veiller à l'application par les États membres des dispositions de l'article 106 TFUE et lui permet de leur adresser des décisions ou des directives en cas de non-respect.

La Commission dispose donc d'un large pouvoir d'appréciation qui lui laisse la possibilité de choisir entre l'action en manquement et la décision sur le fondement de l'article 106 TFUE, paragraphe 3, sans commettre de détournement de procédure. La Commission n'est pas tenue d'exercer, à la demande d'un particulier, le pouvoir de surveillance du respect des règles de concurrence par les États membres, qu'elle tient de l'article 106 TFUE, paragraphe 3.

PLAN

Il faut distinguer entre :

- les entreprises publiques ou investies d'un droit exclusif ;
- les entreprises chargées d'une mission d'intérêt général ou présentant le caractère d'un monopole fiscal.

1. Entreprises publiques ou investies d'un droit exclusif

A RETENIR

Pour qu'une infraction à l'article 106, paragraphe 1, TFUE appliqué en combinaison avec l'article 102, soit constituée, il faut qu'une mesure étatique fausse la concurrence en créant une inégalité des chances entre opérateurs économiques et qu'un abus de position dominante soit identifié.

Il suffit qu'un abus réel ou potentiel soit susceptible de résulter de la mesure étatique en cause. Si **le simple fait de créer une position dominante par l'octroi de droits exclusifs, au sens de l'article 106, paragraphe 1, TFUE n'est pas incompatible avec l'article 102**, un État membre enfreint les interdictions posées par ces deux dispositions lorsque l'entreprise en cause est amenée, par le simple exercice des droits exclusifs qui lui sont conférés, à exploiter sa position dominante de façon abusive ou lorsque ces droits sont susceptibles de créer une situation dans laquelle cette entreprise est amenée à commettre de tels abus. Ainsi, une réglementation nationale, qui confère des droits exclusifs à une entreprise, est incompatible avec l'article 106 TFUE, lorsqu'elle la place nécessairement

dans une situation de conflit d'intérêts, implique une rupture de l'égalité des chances à son profit ou crée une situation dans laquelle cette entreprise n'est manifestement pas en mesure de satisfaire la demande, même si cette incapacité n'est pas de nature structurelle. De même, elle ne doit pas permettre à une entreprise, détentrice de droits exclusifs, d'appliquer des conditions discriminatoires ou de monopoliser un marché connexe de celui sur lequel elle détient une position dominante.

2. Entreprises chargées d'une mission d'intérêt général ou présentant le caractère d'un monopole fiscal

A RETENIR

Pour que les règles du Traité ne soient pas applicables à une entreprise chargée d'un service d'intérêt économique général, il suffit que l'application de ces règles fasse échec à l'accomplissement, en droit ou en fait, des obligations particulières qui incombent à cette entreprise.

La dérogation aux règles de concurrence prévue par l'article 106, paragraphe 2, s'interprète strictement. L'entreprise doit gérer un service d'intérêt économique général en vertu d'un acte de puissance publique. La notion de service d'intérêt économique général désigne une activité qui présente des caractères qui la distinguent d'autres activités de la vie économique. Seules les obligations, qui présentent un lien avec la mission d'intérêt économique général dont est chargée l'entreprise, et qui visent directement à contribuer à la satisfaction de cet intérêt, justifient une dérogation aux règles de concurrence. L'entreprise n'est cependant pas tenue d'établir que l'application des règles de concurrence aurait nécessairement pour effet de compromettre sa viabilité. L'État membre, sur lequel pèse la charge de la preuve de la réunion des conditions d'application de l'article 106 TFUE n'a pas non plus à démontrer positivement que seules les mesures qu'il a prises étaient de nature à permettre à l'entreprise d'accomplir sa mission.

La restriction doit être proportionnée à l'objectif à atteindre : elle doit seulement permettre à l'entreprise en cause d'accomplir sa mission dans des conditions économiquement équilibrées. Une entreprise chargée d'un service d'intérêt général peut ainsi imposer le paiement d'une taxe à des opérateurs privés si les recettes dégagées n'excèdent pas le montant nécessaire pour compenser les pertes de l'exploitation du service, et si elle y est elle-même assujettie lorsqu'elle fournit le même service. En revanche, elle ne peut se réserver une exclusivité à des fins uniquement commerciales. La dérogation n'est pas non plus applicable lorsque les pratiques adoptées par l'entreprise chargée d'une mission d'intérêt économique général affectent le développement des échanges dans une mesure contraire à l'intérêt de l'Union.

B. Droit français

A RETENIR

L'application des règles de la concurrence aux personnes publiques a donné lieu à de vifs débats en droit français, traditionnellement extrêmement protecteur de l'intervention publique, qui se sont déroulés sur fond de conflit de compétences entre ordre judiciaire et ordre administratif, ce dernier tentant en quelque sorte de regagner le terrain

perdu lors de l'adoption de l'ordonnance de 1986.

La Cour d'appel de Paris a défendu avec vigueur sa compétence en soutenant à l'origine qu'elle était compétente pour appliquer les règles de l'ordonnance de 1986 à toute personne publique qui se soumettait au jeu de la concurrence même en vue de l'accomplissement d'une mission d'intérêt général. Mais le Tribunal des conflits a affirmé la solution contraire dans un arrêt du 6 juin 1989 (LawLex023340), en considérant que l'organisation d'un service public n'est pas constitutive d'une activité de production, de distribution et de services. Pour le Tribunal des conflits, les actes de dévolution du service public ne sont pas en eux-mêmes susceptibles de porter atteinte au libre jeu de la concurrence. Ils se situent donc en dehors du champ de l'article L. 410-1 du Code de commerce, qui ne vise que les activités. Le Tribunal appliquait ainsi le critère classique de l'acte administratif, c'est-à-dire celui pris en exécution de prérogatives de puissance publique, dont le contrôle relève uniquement de l'ordre administratif. Il ajoutait cependant qu'il revenait aux juridictions de l'ordre intéressé de vérifier la validité de l'acte de dévolution du service public au regard des dispositions de l'ordonnance. Au principe d'inapplicabilité de l'ordonnance du 1er décembre 1986, le Tribunal des conflits substituait ainsi en réalité une déclaration d'incompétence des autorités ordinaires de concurrence.

Par trois arrêts en date du 3 novembre 1997 (V. LawLex022885), le Conseil d'État s'est, pour la première fois, reconnu compétent pour apprécier la légalité d'actes administratifs au regard de l'ordonnance du 1er décembre 1986.

PLAN

Il faut distinguer entre :

- les actes ressortissant à la compétence réservée ;
- les actes détachables.

1. Compétence réservée

A RETENIR

Le juge administratif considère que les actes relatifs à l'organisation du service public échappent aux autorités de concurrence et relèvent de la compétence exclusive des juridictions administratives.

Les actes ressortissant à la compétence réservée comprennent, en dehors des actes d'organisation du service public au sens strict, les actes de police administrative, les actes de gestion du domaine public, les actes de dévolution d'un marché public et, plus généralement, l'ensemble des actes s'inscrivant dans le cadre de l'exécution d'une mission de service public. Il en va ainsi, notamment, des décisions de refus d'inscription d'infirmiers au tableau de l'ordre, prises par des conseils départementaux dans le cadre des missions de service public du conseil de l'ordre des infirmiers, au moyen de prérogatives de puissance publique. En revanche, dès lors que la personne publique ou chargée d'une mission de service public intervient dans le secteur concurrentiel, la compétence des autorités de

concurrence retrouve son empire, l'existence d'une homologation ministérielle ou d'une délégation de service public étant indifférente. Enfin, la compétence réservée n'exclut pas l'applicabilité des règles de concurrence aux actes administratifs susceptibles d'avoir une incidence sur un marché. Le Conseil d'État a même étendu son contrôle aux actes de police administrative, et plus particulièrement au pouvoir du maire de réglementer l'affichage publicitaire. Désormais, **les règles de concurrence ne sont plus seulement applicables aux personnes publiques lorsqu'elles se comportent comme des opérateurs privés, mais également lorsque leurs actes, quelle qu'en soit la nature, produisent une incidence sur l'exercice d'activités de production, de distribution ou de services.**

2. Actes détachables

A RETENIR

Pour concilier l'incompétence des autorités spécialement chargées d'appliquer le droit de la concurrence avec l'applicabilité des règles du Livre IV du Code de commerce, les juridictions administratives ont redécouvert la théorie des actes détachables.

Dans certaines hypothèses, les autorités de concurrence redeviennent compétentes, même à l'égard des personnes dont les actes peuvent relever de la compétence réservée.

Le Conseil d'État distingue ainsi entre les actes qui, tendant à l'organisation du service public, mettent en cause des prérogatives de puissance publique, qui relèvent de la compétence des juridictions administratives, et ceux qui sont «détachables» de la mission de service public, qui ressortissent de l'Autorité de la concurrence sous le contrôle du juge judiciaire.

La frontière entre acte détachable et acte couvert par le pouvoir d'organisation du service public est assez imprécise. Les autorités de contrôle n'adoptent pas toujours la même définition de l'acte détachable : tantôt elles font prévaloir les modalités de l'acte, tantôt les finalités qu'il poursuit. Ainsi, le Conseil de la concurrence a considéré que l'activité de fourniture de renseignements météorologiques, parce qu'elle s'effectue en contrepartie du versement d'un prix, relève de sa compétence. La Cour d'appel parvient à la même conclusion en soulignant que la direction de la météorologie nationale est un fournisseur exclusif de renseignements météorologiques. En revanche, la Cour de cassation a exclu la compétence judiciaire en considérant que l'information en cause a pour objet d'assurer la sécurité des passagers et n'est pas commercialisée auprès du grand public.

Quelques lignes de fond se dégagent toutefois. Les effets anticoncurrentiels d'une pratique prouvent parfois par eux-mêmes son caractère détachable. **L'Autorité de la concurrence et les juridictions judiciaires considèrent généralement que lorsque l'activité en cause s'effectue contre rémunération, implique la conclusion de contrats de droit privé, relève d'une activité de service et implique de prendre position sur une question marchande ou s'exerce par son financement et les moyens mis en œuvre dans les mêmes conditions qu'une entreprise privée offrant un service financé par la publicité et le partenariat d'entreprise, elle relève de leur compétence.** Enfin, le Tribunal des conflits et le Conseil d'État attachent en principe une plus grande importance aux conditions d'adoption de l'acte, ce qui les conduit à retenir assez facilement qu'un acte

unilatéral manifeste l'exercice de prérogatives de puissance publique. Ainsi, la légalité des actes passés à l'occasion d'une procédure de passation pour une délégation de service public relève de la compétence du juge administratif et le comportement de l'entreprise, qui se positionne sur ce marché par sa réponse à l'appel d'offres, de celle de l'Autorité de la concurrence. Selon la Cour de cassation, l'intervention du juge administratif pour apprécier la régularité d'un acte administratif dans le cadre d'un appel d'offres n'empêche pas, en effet, l'Autorité de connaître des comportements susceptibles de constituer des pratiques anticoncurrentielles mises en œuvre lors de la réponse des entreprises. En revanche, le juge des référés précontractuels n'est pas compétent pour connaître d'un éventuel abus de position dominante commis à l'occasion d'une procédure de passation de délégation de service public.

IV. Les accords collectifs relèvent-ils des règles de concurrence ?

A RETENIR

Les accords conclus dans le cadre de négociations collectives entre partenaires sociaux en vue d'atteindre des objectifs de politique sociale ne relèvent pas, en raison de leur nature et de leur objet, des règles de concurrence.

Tel est le cas, en droit européen, lorsqu'ils prévoient l'affiliation obligatoire à un régime de remboursement complémentaire de frais de soins de santé pour l'ensemble des entreprises du secteur concerné sans dispense possible ou se limitent strictement à régir les conditions d'emploi et de travail. En droit français, la qualification d'acteur économique est, selon la jurisprudence, exclue lorsque les syndicats parties à une entente n'exercent sur le marché qu'une activité ponctuelle. En revanche, les autorités de contrôle soumettent sans ambiguïté au droit de la concurrence les accords non négociés ou conclus entre d'autres organisations, ou encore qui poursuivent une autre finalité que l'amélioration des conditions d'emploi et de travail.

TITRE II

Ententes**INTRODUCTION**

I. Système de contrôle**II. Règles françaises spécifiques**

- A. Départements et territoires d'outre-mer
- B. Transports public particulier de personnes

TITRE II

Ententes

INTRODUCTION

I. Système de contrôle

A RETENIR

L'article 101 TFUE déclare «incompatibles avec le marché intérieur et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées [...] qui ont pour objet ou pour effet de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché intérieur [...]». L'article L. 420-1 du Code de commerce prohibe toutes les formes de concertation qui «ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché [...]».

Le principe général est illustré par une liste, non limitative, d'exemples. Les ententes sont prohibées notamment lorsqu'elles tendent à fixer les prix, limiter la production, répartir les marchés, appliquer des conditions discriminatoires, imposer des contrats liés ou restreindre l'accès au marché.

Ce principe d'interdiction n'est pas absolu. Lorsque les autorités de contrôle constatent que l'entente renforce la concurrence ou contribue suffisamment au progrès économique, elles écartent la prohibition (art. 101 TFUE, paragraphe 3 ; art. L. 420-4 C. com.)

II. Règles françaises spécifiques

A. Départements et territoires d'outre-mer

Le régime des départements et régions d'outre-mer (DROM) se différencie fortement de celui des pays et territoires d'outre-mer (PTOM). Il est de jurisprudence constante que les DROM sont soumis sans discussion possible au droit de la concurrence puisqu'il s'agit de régions et départements français en vertu de l'article 73 de la Constitution. Même si ce texte prévoit que la réglementation peut être adaptée pour tenir compte de leurs spécificités géographiques, économiques et démographiques, une telle adaptation n'a pas été jugée utile dans le domaine de la concurrence. En revanche, le droit de la concurrence métropolitain n'est pas applicable dans les PTOM, en vertu du principe de spécialité législative.

La loi 2012-1270 du 20 novembre 2012 relative à la régulation économique outre-mer modifie cette approche. Elle a pour objectif de favoriser la concurrence dans les territoires ultra-marins afin d'orienter les prix à la baisse et résoudre les phénomènes récurrents de crise qui touchent ces territoires. Le texte concerne non seulement les départements et régions mais aussi les pays et territoires d'outre-mer (art. L. 410-3 et s.).

A RETENIR

L'article L. 420-2-1 du Code de commerce prohibe dans les collectivités ultramarines «les accords ou pratiques concertées ayant pour objet ou pour effet d'accorder des

droits exclusifs d'importation à une entreprise ou à un groupe d'entreprises».

En vertu de ce texte, un fournisseur ne peut ni maintenir au-delà du 22 mars 2013, ni désigner un importateur exclusif dans une collectivité d'outre-mer. La sanction applicable peut-être infligée tant à celui qui accorde l'exclusivité qu'à celui qui en bénéficie.

Un cas d'exemption individuelle est prévu pour ces accords à l'article L. 420-4, III : «les accords ou pratiques concertées dont les auteurs peuvent justifier qu'ils sont fondés sur des motifs objectifs tirés de l'efficacité économique et qui réservent aux consommateurs une partie équitable du profit qui en résulte» ne tombent pas sous le coup de l'interdiction. Sur le fondement de l'article L. 464-2, les entreprises pourront proposer des engagements de nature à mettre un terme aux préoccupations de concurrence soulevées par les pratiques susceptibles d'être prohibées sur le fondement de l'article L. 420-2-1.

A RETENIR

Aux termes de l'article L. 752-27 du Code de commerce, lorsqu'une entreprise ou un groupe d'entreprises exploitant un ou plusieurs magasins de commerce de détail détiennent une position dominante, qui soulève des préoccupations de concurrence du fait de prix ou de marges élevés, l'Autorité de la concurrence peut faire connaître ses préoccupations de concurrence à l'entreprise ou au groupe d'entreprises en cause, qui peut dans un délai de deux mois lui proposer des engagements dans les conditions prévues pour ceux de l'article L. 464-2.

A défaut de proposition d'engagements ou si ceux-ci sont insuffisants pour mettre un terme à ses préoccupations de concurrence, l'Autorité peut lui enjoindre de modifier, compléter ou résilier, dans un délai déterminé qui ne peut excéder deux mois, tous accords et tous actes par lesquels s'est constituée la puissance économique qui permet les pratiques constatées en matière de prix ou de marges. Elle peut également lui enjoindre de procéder à une cession d'actifs si cette dernière constitue la seule solution pour garantir une concurrence effective.

B. Transport public particulier de personnes

A RETENIR

Comme la loi Lurel avant elle, la loi du 29 décembre 2016 relative à la régulation du secteur du transport public particulier de personnes prohibe à l'article L. 420-2-2 une nouvelle pratique anticoncurrentielle sans qu'il soit nécessaire de démontrer son objet ou son effet anticoncurrentiel. Le texte, applicable depuis le 1er mars 2017, y compris aux accords conclus avant son entrée en vigueur, interdit tant les accords et les pratiques concertées que les pratiques unilatérales qui ont pour objet ou pour effet «d'interdire ou de limiter substantiellement la possibilité pour une entreprise qui exécute des prestations de transport public particulier de personnes ou des services occasionnels de transport collectif de personnes effectués au moyen de véhicules légers : 1° de recourir simultanément à plusieurs intermédiaires ou acteurs de mise en relation avec des clients en vue de la réalisation de ces prestations ; 2° [...] de commercialiser sans intermédiaire les services de transport qu'elle exécute ; 3° de faire la promotion, au moyen de signes extérieurs sur le véhicule, d'une ou plusieurs offres de transport, y compris celles qu'elle commercialise sans intermédiaire».

A l'instar de l'article L. 420-2-1, le texte pose une interdiction de principe, mais l'assortit d'une faculté d'exemption, lorsque les parties peuvent justifier que les accords ou pratiques en cause «sont fondés sur des motifs objectifs tirés de l'efficacité économique et qui réservent aux consommateurs une partie équitable du profit qui en résulte» (C. com., art. L. 420-4, III). La loi du 29 décembre 2016 ajoute par ailleurs un deuxième alinéa au sein du III de l'article L. 420-4 pour permettre aux ministres de l'Economie et des Transports, par arrêté conjoint, de reconnaître que les accords ou pratiques qui ont pour objet de favoriser l'apparition d'un nouveau service, sont fondés sur des motifs objectifs tirés de l'efficacité économique et réservent aux consommateurs une partie équitable du profit qui en résulte, pour une durée ne pouvant excéder cinq ans.

PLAN

Nous envisagerons successivement :

- le principe de contrôle des ententes (Chapitre 1) ;
- les applications du principe (Chapitre 2).

CHAPITRE I Principe

SECTION 1

Prohibition

I. Restriction de concurrence

- A. Existence d'une concurrence susceptible d'être restreinte
- B. Définition du marché concerné
- C. Objet ou effet anticoncurrentiel
- D. Seuil de sensibilité

II. Concertation

- A. Accord
- B. Décision d'association d'entreprises
- C. Pratique concertée
- D. Infraction complexe
- E. Preuve de la concertation

III. Pluralité d'entreprises

- A. Participants à l'entente
- B. Accords intragroupe
- C. Accords de représentation et de sous-traitance

SECTION 2

Exonération

I. Droit européen

- A. Règle de raison
- B. Exemption

II. Droit français

- A. Règle de raison
- B. Exemption

CHAPITRE I Principe

SECTION 1

Prohibition

PLAN

Une entente comporte trois éléments constitutifs :

- une restriction de concurrence ;
- qui a pour origine une collusion ;
- mise en œuvre par une pluralité d'entreprises.

I. Restriction de concurrence

PLAN

Pour déterminer l'existence d'une restriction de concurrence, il faut en principe caractériser :

- une concurrence susceptible d'être restreinte ;
- un marché concerné ;
- un objet ou effet anticoncurrentiel ;
- le dépassement d'un seuil de sensibilité.

A. Existence d'une concurrence susceptible d'être restreinte

A RETENIR

Les autorités de concurrence considèrent traditionnellement qu'aucune restriction ne peut apparaître sur un marché sur lequel la concurrence est déjà complètement supprimée indépendamment de l'action des participants à une entente.

Tel est le cas lorsque le jeu de la concurrence est éliminé par l'effet de l'intervention publique. Une législation nationale, qui exclut toute possibilité de concurrence, constitue, selon la Cour de justice, une cause exonératoire de responsabilité.

Même lorsqu'elle a, par nature, un objet manifestement contraire à l'article 101 TFUE, une entente ne peut être sanctionnée qu'à la condition que la loi ait laissé subsister une «dose de concurrence» suffisante sur le marché. En effet, dès lors qu'il subsiste, en dépit de l'intervention publique, une zone de concurrence réelle, actuelle ou potentielle, sur ce marché ou sur des marchés voisins, l'entente tombe sous le coup de la prohibition.

Il en est ainsi :

- lorsque des producteurs, en dépit de l'interdiction légale de vendre à un prix supérieur à un prix maximum, conservent la possibilité de créer un écart de prix entre leurs produits et ceux de leurs concurrents ;
- lorsque la réglementation des prix en cause n'empêche pas la concurrence par l'in-

novation.

La seule absence de monopole légal sur un marché ne suffit pas à conclure à l'existence d'une concurrence susceptible d'être restreinte : encore faut-il qu'il existe des possibilités réelles et concrètes - et non seulement théoriques et abstraites - pour les entreprises de se faire concurrence ou pour un nouvel entrant de pénétrer le marché et concurrencer les entreprises qui y sont établies. Toutefois, il n'est pas nécessaire de démontrer la certitude d'une telle entrée ni que celle-ci sera couronnée de succès.

B. Définition du marché concerné

1. Principes

PLAN

Identifier les principes qui gouvernent la définition du marché implique de répondre à quatre questions :

- La définition du marché est-elle nécessaire ?
- Existe-t-il une seule définition de marché possible ?
- Quels rapports la définition du marché entretient-elle avec l'élasticité de la demande ?
- Quels rapports la définition du marché entretient-elle avec l'élasticité de l'offre ?

a. Nécessité

A RETENIR

Les autorités de contrôle considèrent traditionnellement que la seule existence de l'entente laisse présumer la volonté des participants d'organiser ou de renforcer leur pouvoir de monopole. Aussi la délimitation du marché concerné ne revêt-elle pas en droit des ententes la même importance qu'en droit de la domination.

Il suffit que le secteur en cause soit délimité avec assez de précision pour qualifier les comportements observés et les imputer aux opérateurs qui les ont mis en œuvre.

Toutefois, la définition du marché est nécessaire :

- pour apprécier le pouvoir économique d'une entente, qui est directement fonction de la part de marché contrôlée par ses participants, afin de vérifier si la pratique qui produit un effet sensible sur la concurrence (V. infra) ;
- pour vérifier si des pratiques, qui, isolément n'affectent pas le jeu de la concurrence de manière suffisamment significative, ne sont pas susceptibles d'aboutir à un tel résultat par un effet cumulatif ;
- pour déterminer le degré de responsabilité de chaque participant, notamment en cas d'infraction complexe (V. infra).

Cependant, une pratique qui revêt en soi un objet anticoncurrentiel (V. infra) relève automatiquement de la prohibition sans qu'il soit nécessaire de définir de manière précise les marchés en cause.

b. Relativité

L'existence de différentes définitions de marché possibles n'empêche pas la constatation d'une entente illicite dès lors que les participants à la concertation détiennent une position forte, voire très forte, sur chacun de ces marchés. De même, la segmentation du marché est inutile lorsque la restriction demeure sensible quelles que soient les définitions retenues.

c. Définition du marché et élasticité de la demande

Selon la Communication du 9 décembre 1997 sur la définition du marché concerné, le marché de produits en cause comprend tous les produits et/ou services que le consommateur considère comme interchangeables ou substituables en raison de leurs caractéristiques, de leur prix et de l'usage auquel ils sont destinés. Parmi les méthodes disponibles pour mesurer l'interchangeabilité, les autorités européennes utilisent parfois le test d'élasticité croisée de la demande, qui consiste à mesurer le rapport existant entre la fluctuation du prix d'un produit et les ventes d'un autre. La question posée est de savoir si les consommateurs se tourneraient vers des produits de substitution facilement accessibles ou vers des fournisseurs implantés ailleurs, en cas d'augmentation légère (de 5 à 10 %), mais permanente, des prix des produits considérés dans les territoires concernés (test du monopoleur hypothétique ou SSNIP - *small but significant and non transitory increase in price* -). Le prix à prendre en considération est le prix courant sur le marché considéré.

d. Définition du marché et élasticité de l'offre

La substituabilité peut également s'analyser du côté de l'offre lorsque celle-ci a des effets équivalents à ceux de la substitution du côté de la demande en termes d'immédiateté et d'efficacité. Des produits sont substituables du côté de l'offre lorsque les fournisseurs ont la faculté de réorienter leurs productions vers les produits ou services des offreurs concernés, sans coût ou risque insupportable. Si de lourds investissements ou des révisions stratégiques sont nécessaires pour y parvenir, la substituabilité sera écartée. La conversion doit, en outre, pouvoir s'effectuer dans un délai raisonnable.

2. Marché de produits ou de services

Les caractéristiques du produit, en vertu desquelles il serait particulièrement apte à satisfaire des besoins constants et serait peu interchangeable avec d'autres produits, représentent un critère primaire de délimitation du marché, qui peut être corrigé par d'autres facteurs.

PLAN

Les critères les plus fréquemment retenus pour définir un marché de produits ou de services sont :

- la nature du produit ou du service ;
- ses conditions d'utilisation ;
- sa méthode de commercialisation.

a. Nature du produit ou du service

A RETENIR

Un produit ou un service se définit par ses qualités, ses propriétés, son prix, ses conditions ou normes de fabrication et son image. Ces caractéristiques ne sont pas appréciées en elles-mêmes mais compte tenu des comportements concrets des consommateurs. Des produits qui répondent à des besoins différents appartiennent à des marchés distincts.

Le degré d'interchangeabilité en vue d'un même usage se mesure eu égard aux caractéristiques objectives des produits en cause. Le format, la qualité de reproduction, la maniabilité et la gamme d'accessoires, le niveau de couverture proposé, la longueur, le type de carrosserie et la puissance, notamment celle du moteur, la vitesse, la robustesse et le triage, ou les capacités de stockage et de livraison, ainsi que les services auxiliaires constituent des qualités objectives, qui permettent de délimiter le marché pertinent.

Les caractéristiques techniques ne suffisent pas toujours pour conclure que deux produits appartiennent ou non au même marché. **Lorsqu'il existe un lien suffisamment fort entre des produits, au point de pouvoir les considérer comme complémentaires, ils peuvent, malgré leurs différences, appartenir au même marché.** Le concept de «cuisine intégrée» délimite un marché spécifique car il représente un tout pour le consommateur. L'ensemble des prestations funéraires, y compris la marbrerie, appartient au même marché dans la mesure où le comportement réel des utilisateurs ou des offreurs rend indissociables ces prestations de services distinctes. Ces décisions demeurent cependant exceptionnelles et les autorités de concurrence ont généralement tendance à distinguer autant de marchés que de produits, même lorsque ces derniers sont associés à la satisfaction d'un même besoin. Ainsi, le fait que des produits alimentaires liquides nécessitent des modes de conditionnement et des appareillages propres, que des vaccins répondent à des utilisations différentes, que la vente de glace au détail suppose de posséder un congélateur fourni gratuitement par le fabricant suffit à identifier des marchés de produits distincts. Pareillement, en dépit de l'appartenance de l'activité d'émission au marché biface des systèmes de paiement, les services d'émission et d'acquisition diffèrent et s'adressent à des clientèles distinctes. En effet, dans le cadre d'un marché biface, l'une des faces peut constituer le marché pertinent et l'autre un marché connexe distinct, l'interaction entre elles ne constituant qu'un élément de contexte à prendre en considération pour l'analyse des effets anticoncurrentiels sur le marché pertinent. De même, les autorités de contrôle ne peuvent décider que le marché des montres de luxe ou de prestige et celui de leurs pièces de rechange constituent un même marché sans démontrer qu'une augmentation modérée des prix des pièces de rechange par un producteur déterminé provoquerait un déplacement de la demande vers les montres des autres producteurs, rendant une telle augmentation non rentable.

Le prix constitue une caractéristique essentielle du produit. La différence des prix pratiqués permet ainsi de distinguer le marché de l'itinérance mobile nationale de celui de l'itinérance internationale.

La technique de production utilisée peut également représenter un facteur d'identi-

cation du marché. Tel est le cas sur le marché des glaces où les glaces individuelles, qui sont des produits finis nécessitant technologie et savoir-faire, se distinguent des glaces en boîte, produits semi-finis qui n'acquiescent leurs caractéristiques propres qu'au moment de la division en portion. De même, les produits commercialisés sous label ne sont pas substituables aux autres produits dans la mesure où ils répondent à des normes très strictes de qualité et ne se situent pas dans la même gamme de prix. Plus spécifiquement, les autorités de concurrence considèrent que chaque lot d'un marché public soumis à une procédure d'appel d'offres constitue un marché distinct. Toutefois, la différence de technique de production ne suffit à distinguer deux marchés de référence qu'à la condition qu'elle soit déterminante pour le consommateur.

Le goût d'un produit constitue un élément de différenciation. Le cantal qui présente a priori les mêmes caractéristiques que l'edam, le gouda ou la tomme de Savoie, n'appartient pas au même marché car il n'a pas le même goût.

L'image de marque du produit ou sa notoriété permettent aussi dans certains cas d'identifier un marché distinct. L'investissement du fabricant en termes de publicité et de qualité de distribution peut conférer à ses produits une aura d'exclusivité et de prestige qui les rend différents de produits comparables. Ainsi, les produits cosmétiques de luxe, les droits de diffusion des compétitions de football ou les appareils photographiques reflex à miroir de format moyen constituent des marchés spécifiques en raison de leur image et de leur réputation.

Enfin, l'existence de barrières réglementaires à l'entrée d'un produit ou d'un service donné constitue un critère de délimitation du marché concerné. Il en est ainsi pour le marché des services ferroviaires, qui caractérise un sous-marché distinct au sein des transports ferroviaires en raison de son cadre réglementaire spécifique ou du marché de gros de l'accès à l'itinérance nationale pour les services de communication pour lequel une licence est obligatoire.

b. Conditions d'utilisation du produit ou du service

A RETENIR

Des produits, qui servent au même usage, sont destinés aux mêmes clients et distribués dans des présentations identiques appartiennent en principe au même marché. Toutefois, des produits similaires peuvent caractériser des marchés distincts selon les utilisations auxquelles ils sont destinés.

Le mode de consommation des glaces - sur le lieu d'achat ou au domicile de l'acheteur - ou de la bière - vendue au détail ou consommée dans un débit de boisson - constitue un critère essentiel de définition du marché. Il en est de même dans le domaine des transports selon que les déplacements sont effectués pour des raisons professionnelles ou pour des loisirs, ou dans celui des médicaments, selon leur usage thérapeutique.

c. Méthode de commercialisation

A RETENIR

La spécificité de la méthode de commercialisation peut créer une insubstituabilité du produit aux yeux des utilisateurs. La délimitation du marché doit donc tenir compte des

modalités de la distribution : présentation du produit, quantités distribuées, canaux et méthodes utilisées.

Ainsi, le marché de la distribution de la bière dans les débits de boisson constitue un marché distinct de celui du commerce de détail en raison du service supplémentaire fourni pour une consommation sur place. Il en est de même pour les glaces en conditionnement individuel, à l'italienne ou servies dans les restaurants, qui nécessitent des installations, un personnel et un espace différents (TPICE, 8 juin 1995, aff. T-9-93, Schöller Lebensmittel, LawLex023824). En revanche, la forme juridique sous laquelle s'exerce l'activité de distribution importe peu. Dès lors, le marché coopératif ne constitue pas un sous-marché pertinent au sein du marché plus vaste du commerce de détail en grande surface de produits de consommation. Généralement l'existence de canaux de distribution différents ne suffit pas, à lui seul, à distinguer deux marchés de produits ou services.

3. Marché géographique

PLAN

Le marché géographique se définit :

- à partir de certains critères ;
- qui déterminent son étendue.

a. Critères

A RETENIR

Le marché géographique doit être circonscrit à la zone qui présente des conditions de concurrence homogènes et similaires, notamment au regard de la demande, des dispositions tarifaires et du coût du transport des produits.

Ainsi, le marché géographique du ciment se limite à un rayon de 100 à 200 km autour de l'usine de production. Un découpage peut cependant être réalisé au sein d'une zone homogène dès lors que la pratique incriminée produit des effets sur un territoire plus restreint : les marchés de la commercialisation des voitures particulières ou de la réalisation d'ouvrages de construction se limitent à l'État membre concerné.

Les frontières d'un marché géographique sont parfois directement liées à la **nature du produit ou du service**. L'existence d'un seul standard mondial pour chaque type de produit peut permettre d'identifier un marché mondial. À l'inverse, les différences d'équipements standards et optionnels sont susceptibles de limiter le marché géographique au territoire national. Il en est de même pour les services bancaires de détail dès lors que les volumes financiers et la monnaie impliquée conduisent les particuliers et petites entreprises à n'avoir accès qu'aux instituts de crédit de leur État membre. La spécificité des négociations commerciales avec la grande distribution dans chaque pays permet de définir un marché géographique national.

L'importance du **coût du transport** par rapport au prix du produit constitue généralement un facteur essentiel de délimitation du marché. Le faible coût du transport peut

conférer à un marché une dimension mondiale, alors que la part importante du coût du transport dans le prix, comme dans le cas du sucre cristallisé industriel en Grande-Bretagne ou du ciment, conduit à définir un marché national ou régional.

Enfin, les dimensions du marché peuvent varier sous l'influence de **barrières réglementaires**. Ainsi, les politiques administratives ou d'approvisionnement qui fixent les prix des médicaments, ou imposent des quotas sur le marché du sucre, confèrent aux marchés concernés une dimension nationale.

b. Étendue

La Communication du 9 décembre 1997 concernant la définition du marché en cause aux fins du droit européen de la concurrence n'identifie pas un espace minimal en deçà duquel un territoire ne peut constituer un marché géographique de référence. **Généralement, le marché retenu en droit européen sera de dimension soit nationale, soit européenne.** Ainsi, les coûts de transport supplémentaires générés pour traverser la Manche, la majoration de prix standard requise pour couvrir le coût du transport maritime vers l'Irlande du Nord, et l'absence d'installation de raffinage et de production dans cette région limitent le marché géographique du sucre blanc cristallisé industriel et au détail à la Grande-Bretagne.

De même, l'article L. 420-1 du Code de commerce, qui ne comporte aucune précision quant à l'étendue du marché concerné, est susceptible de s'appliquer à des marchés géographiques très restreints. Une délimitation plus étroite que le marché national est possible, en particulier lorsque des compétences réglementaires et budgétaires sont exercées au niveau local dans la plupart des États membres. **En droit français, le marché sera le plus souvent local ou national.** Un marché de la boulangerie limité à une petite agglomération (en l'espèce, une localité de 13 500 habitants) peut constituer un marché pertinent. De même, le déménagement portant sur des opérations individualisées de faible ou moyenne importance, les prestations de travail temporaire résultant de l'aménagement des sites olympiques ou les prestations de manutention portuaire, bien qu'effectués à une échelle purement locale, ont été retenus comme marchés de référence. En revanche, le marché de la labellisation des gîtes et chambres d'hôtes en milieu rural est national, car le label est accordé par des organismes nationaux ou qui disposent de filiales en France, couvrant l'ensemble du territoire.

Plus rarement, les autorités de concurrence ont retenu un marché de dimension mondiale. Tel est le cas pour les tubes de sondage en acier sans soudure en raison de la faiblesse des coûts de transport par rapport au prix, de l'existence d'un seul standard mondial pour chaque type de produit et de l'importance du commerce entre l'Europe et le reste du monde.

C. Objet ou effet anticoncurrentiel

A RETENIR

L'article 101 TFUE, paragraphe 1, prohibe les ententes qui ont «pour objet ou pour effet» de restreindre la concurrence. L'article L. 420-1 diffère de l'article 101 TFUE en ce qu'il prohibe non pas les pratiques ayant pour objet ou pour effet de restreindre la concurrence, mais celles ayant pour objet ou pouvant avoir pour effet d'entraîner une

restriction. La différence des règles ne conduit pas à une différence de résultat. L'alternative ainsi posée revêt une double signification, procédurale et substantielle. D'abord, il n'est pas nécessaire que les autorités de contrôle attendent qu'un comportement restrictif ait produit son effet pour déclencher la prohibition. La règle vaut quelle que soit la nature de la pratique en cause. Ensuite, elle revêt, dans certains cas, une signification spécifique : certains comportements sont jugés si anticoncurrentiels qu'ils justifient une prohibition *per se*, c'est-à-dire automatique.

PLAN

Nous examinerons successivement :

- la double signification de l'alternative objet/effet ;
- la portée du contexte de la restriction.

1. Double signification

PLAN

L'alternative de l'objet ou de l'effet anticoncurrentiel revêt aujourd'hui une double signification :

- procédurale : elle permet d'intervenir sans attendre qu'un effet se produise ;
- substantielle : elle permet de sanctionner certaines restrictions sans apprécier leurs effets.

a. Signification procédurale

Les autorités de concurrence ne distinguent pas toujours entre les conditions d'objet et d'effet anticoncurrentiel, et soulignent leur caractère alternatif. Parfois, elles ont paru établir un ordre de priorité entre elles. Lorsque l'objet de l'accord ne présente pas un degré de nocivité suffisant à l'égard de la concurrence, compte tenu du contexte économique dans lequel il doit être appliqué, l'appréciation de sa validité s'effectuera au regard des effets (CJCE, 30 juin 1966, aff. 56-65, Société Technique Minière (L.T.M.) contre Maschinenbau Ulm, LawLex024155). Cet ordre n'a cependant rien d'absolu. Tout dépend de la méthode utilisée : lorsque les autorités de contrôle recourent à une preuve inductive, comme c'est généralement - mais pas nécessairement - le cas en matière de pratique concertée, elles constatent les effets restrictifs avant même d'établir l'existence de la concertation ; en revanche, lorsque les agissements anticoncurrentiels sont formalisés dans une convention, elles utilisent une méthode déductive et examinent d'abord et parfois même exclusivement les clauses du contrat.

L'accord est illicite dès lors que son objet est anticoncurrentiel, que les restrictions soient ou non effectives. Le fait qu'il n'ait pas été mis à exécution importe peu.

L'identification d'une pratique anticoncurrentielle par son objet permet aux autorités européennes d'intervenir à son encontre, sans attendre que l'entente ait produit un effet sur le marché (CJCE, 13 juillet 1966, aff. 56-64, Consten et Grundig, LawLex024154). Dans ce cas, l'appréciation des effets potentiels de l'infraction permet seulement de fixer le montant de l'amende en tenant compte des répercussions du comportement sur le

marché concerné. Plus généralement, les effets concrets produits par un accord anticoncurrentiel permettent d'apprécier la gravité d'une infraction incriminée sur le seul fondement de son objet anticoncurrentiel.

1) Objet anticoncurrentiel

Pour déterminer si un accord relève de la prohibition, il y a lieu de s'attacher à la teneur de ses dispositions et aux buts objectifs qu'il vise à atteindre. Un accord peut donc être considéré comme ayant un objet restrictif même s'il n'a pas pour seul objectif de restreindre la concurrence, mais poursuit également d'autres objectifs légitimes. L'objet anticoncurrentiel d'un accord dépend de circonstances objectives, comme sa teneur ou ses modalités concrètes de mise en œuvre, et non des intentions subjectives des parties. L'objet de la pratique est anticoncurrentiel dès lors que la concertation est concrètement apte, compte tenu du contexte économique et juridique dans lequel elle s'inscrit, à empêcher, restreindre ou fausser le jeu de la concurrence sur le marché intérieur. La question de savoir si et dans quelle mesure un tel effet se produit réellement ne peut avoir d'importance que pour calculer le montant des amendes et évaluer le droit à des dommages-intérêts. L'objet anticoncurrentiel peut exister en l'absence de volonté de porter atteinte à la concurrence. La démonstration de l'intention anticoncurrentielle ne nécessite donc pas que les parties aient eu conscience d'enfreindre les règles de concurrence, dès lors qu'elles ne pouvaient ignorer la nature anticoncurrentielle de leur conduite. Les parties doivent avoir voulu l'entente, mais il n'est pas nécessaire qu'elles aient eu l'intention de porter atteinte à la concurrence ; il suffit qu'elles n'aient pu ignorer le caractère anticoncurrentiel de leur conduite.

2) Effet anticoncurrentiel

L'effet anticoncurrentiel s'apprécie dans le cadre d'un marché. Toutefois, une restriction de concurrence peut être constatée même si l'effet se produit sur un marché différent de celui sur lequel l'entreprise est établie. Ainsi, l'entreprise dont le rôle consiste à organiser des réunions ou à fournir des services dans le cadre d'accords anticoncurrentiels peut relever de la prohibition en qualité de facilitateur d'entente, même si les participants à l'entente sont actifs sur un marché distinct de celui sur lequel elle opère elle-même.

Pour tomber sous le coup de la prohibition, il n'est pas nécessaire que la restriction porte atteinte à une situation de concurrence existante (concurrence actuelle), il suffit qu'elle empêche le jeu d'une concurrence future (concurrence potentielle). Ainsi, la preuve de l'existence d'effets sensibles potentiels ou réels sur la concurrence d'un accord de règlement amiable et sa qualification de « restriction par effet » n'implique pas qu'il soit constaté que, en l'absence de celui-ci, soit le fabricant de médicaments génériques partie à cet accord aurait probablement obtenu gain de cause dans la procédure relative au brevet de procédé en cause, soit les parties auraient probablement conclu un accord de règlement amiable moins restrictif. Il existe différents degrés de probabilité d'atteinte à la concurrence potentielle. L'atteinte à la concurrence potentielle est toujours sanctionnée lorsqu'elle est certaine. Il en va généralement ainsi en cas de création ab initio d'une concession exclusive : à moins de supposer qu'aucune autre entreprise n'aurait pu assurer la distribution de ses produits, le producteur qui fait appel à un distributeur exclusif porte nécessairement atteinte à la concurrence qui aurait pu exister entre distributeurs.

Le droit européen va parfois au-delà, en prohibant des atteintes à la concurrence potentielle purement éventuelles. Ainsi, lorsque les autorités européennes interdisent des accords de coopération ou de création d'une filiale commune parce qu'ils restreignent la concurrence qui aurait pu exister sur le marché si chacune des parties avait exercé seule l'activité mise en commun, elles incriminent une restriction à la concurrence potentielle purement éventuelle dès lors que les parties n'étaient pas présentes sur le marché avant la mise en œuvre de la coopération. Il suffit, selon la Commission, qu'en raison de leur expérience et de leur compétence, les sociétés mères aient pu être «tentées» de se concurrencer directement en ce qui concerne le produit en cause, bien qu'elles aient abandonné dans ce domaine toute recherche individuelle en raison de l'importance du capital, des compétences et des délais qu'aurait exigé la mise au point d'une production commercialement viable, pour qu'un effet anticoncurrentiel puisse être constaté.

Même si le consentement des parties doit être actuel, la prohibition est applicable à une entente qui a cessé d'être en vigueur dès lors qu'elle poursuit ses effets au-delà de sa cessation formelle. Les autorités de contrôle s'intéressent davantage aux résultats économiques des accords qu'à leur forme juridique.

b. Restriction par objet

1) Notion

A RETENIR

Les autorités de contrôle définissent les restrictions par objet comme des restrictions qui sont tellement susceptibles d'avoir des effets négatifs sur la concurrence, qu'il est inutile de démontrer qu'elles ont des effets concrets sur le marché car elles ont, par nature, la capacité de restreindre le jeu de la concurrence.

Selon la Cour de justice, les restrictions par objet sont celles qui, intrinsèquement, poursuivent un objectif dont la nature même revêt une gravité ou un degré de nocivité tel que leur impact négatif sur le fonctionnement de la concurrence apparaît sans aucun doute possible et, donc, sans qu'il soit nécessaire d'en mesurer les effets potentiels, ni a fortiori sensibles sur le marché (CJCE, 11 sept. 2014, aff. C-382-12 P, Groupement des cartes bancaires). Relèvent de cette catégorie les «ententes injustifiables» ou «*hardcore cartels*» visés par la Recommandation de l'OCDE de 1998, c'est-à-dire les accords, pratiques ou arrangements entre concurrents «visant à fixer des prix, procéder à des soumissions concertées, établir des restrictions ou des quotas à la production, ou à partager ou diviser des marchés par répartition de la clientèle, de fournisseurs, de territoires ou de lignes d'activité». Dans sa Communication sur l'application de l'article 81, paragraphe 3, CE [101, paragraphe 3, TFUE], la Commission énumère plusieurs exemples de restrictions par objet : la fixation des prix et le partage du marché, ainsi que les «restrictions caractérisées» interdites par les règlements d'exemption et leurs lignes directrices.

Pour constater une restriction par objet, le juge de l'Union se fonde avant tout sur l'expérience qui révèle que certains comportements collusoires entraînent nécessairement des réductions de la production et des hausses de prix, aboutissant à une mauvaise répartition des ressources au détriment des consommateurs. Néanmoins, même en l'absence d'expérience en la matière, comme pour les pratiques nouvelles telles que les accords de «*pay for delay*» dans le domaine pharmaceutique, il demeure possible, pour

caractériser une restriction par objet, d'effectuer un examen individuel et circonstancié de l'accord au regard de son contenu, de sa finalité et de son contexte. A l'issue d'un tel examen, l'accord conclu entre le fabricant d'un médicament princeps et des fabricants de médicaments génériques a été considéré comme entraînant une restriction par objet.

EXEMPLES

Quelles restrictions peuvent être qualifiées de restrictions par objet ?

- les boycotts, même s'ils ne produisent qu'un impact limité sur le marché ;
- les offres de couverture ;
- les ententes de répartition de marchés ;
- les stratégies de dénigrement qui visent à retarder l'arrivée sur le marché de médicaments génériques ;
- les accords de *pay-for-delay* lorsque les transferts de valeurs qu'ils prévoient n'ont d'autre contrepartie que l'engagement du génériqueur de ne pas entrer sur le marché et de cesser sa contestation du brevet ;
- les pratiques de différenciation tarifaire ou de blocage et de surveillance des importations tendant à empêcher des revendeurs alternatifs de se développer et de faire jouer la concurrence par les prix ;
- les ententes horizontales de prix ;
- les échanges d'informations sur les prix futurs ;
- les pratiques verticales d'imposition de prix de revente ;
- les conditions d'accès et d'exclusion discriminatoires, non transparentes et non objectives au sein d'un groupement professionnel ;
- les accords de commercialisation entre concurrents au sein d'une structure commune qui donne lieu à des accords de prix, des échanges d'informations et de répartition de marchés ;
- l'interdiction des ventes passives ou des ventes par internet ;
- l'interdiction d'exporter ;
- l'exigence d'un diplômé en pharmacie présent sur les lieux de vente pour la commercialisation de produits dermo cosmétiques.

2) Régime

A RETENIR

La Commission a expressément exclu les restrictions par objet du champ d'application de la Communication *de minimis* adoptée le 30 août 2014. L'article L. 464-6-2 dresse, à l'instar des textes européens, une liste de restrictions caractérisées, pour lesquelles la détention par les participants d'une part de marché en deçà du seuil de sensibilité n'empêche par leur poursuite.

Selon les autorités de contrôle, l'examen du contexte économique et juridique dans

lequel s'inscrit une restriction de concurrence par objet n'a pas à être détaillé et peut se limiter à ce qui est strictement nécessaire à la preuve de son existence.

Lorsque des entreprises se prévalent des effets pro-concurrentiels de leur accord, le juge doit en tenir compte en tant qu'élément du contexte de cet accord aux fins de la qualification de restriction par objet, dans la mesure où ils sont susceptibles de remettre en cause l'appréciation globale du degré suffisamment nocif de la pratique concernée à la condition d'être avérés, pertinents, propres à l'accord et suffisamment importants.

Par principe, la restriction caractérisée est exclue de l'exemption par catégorie. Est-elle cependant susceptible, dans certaines circonstances, de bénéficier d'une exemption individuelle ? La Commission apporte une réponse nuancée à la question. L'accord qui contient une restriction caractérisée étant présumé relever de l'article 101, paragraphe 1, elle estime qu'il est peu probable qu'il remplisse les conditions de l'article 101, paragraphe 3. Toutefois, elle réserve aux entreprises «la possibilité de démontrer l'existence d'effets favorables à la concurrence en vertu de l'article 101, paragraphe 3, dans un cas donné».

Les autorités de contrôle françaises écartent la qualification de restriction par objet au titre de la règle de raison même lorsque la pratique porte sur la fixation des prix ou la répartition du marché, dès lors qu'elle poursuit un objectif légitime. Selon l'Autorité de la concurrence, le caractère éventuellement opaque et discriminatoire des conditions de référencement de fournisseurs au sein du réseau mis en place par des organismes complémentaires d'assurance maladie ne relève pas de l'article L. 420-1, dès lors qu'elles sont objectivement justifiées par des considérations légitimes, consistant dans la fourniture aux assurés de produits et services de qualité à des prix compétitifs. Cependant, après avoir considéré que l'adoption par l'ensemble des banques françaises d'une commission interbancaire pour le traitement des chèques ne caractérisait pas une restriction par objet dès lors qu'elle poursuivait un objectif légitime, la compensation des pertes de trésorerie résultant de l'accélération du traitement des chèques, la Cour d'appel de Paris est revenue sur cette position. Elle a considéré qu'à la date de la négociation de la commission, les banques ne mesuraient pas l'effectivité des pertes invoquées pour la fonder, de sorte qu'elles ne pouvaient justifier d'un intérêt légitime, et que le coût de la commission était nécessairement répercuté sur les prix. La Cour de cassation a censuré cette approche : selon elle, la recherche du maintien des équilibres financiers entre les banques ne constitue une restriction de concurrence par objet que si elle conduit à une cristallisation de la structure du marché. En outre, le constat d'une restriction par objet ne peut, en l'absence d'expérience acquise en matière de commissions interbancaires, reposer sur un principe général de répercussion, par tout opérateur économique, de tout élément de coût sur les prix finals. En revanche, dans le cadre d'un contrat de distribution sélective, la Cour d'appel de Paris a refusé de reconnaître que les propriétés des produits dermocosmétiques, le souci d'assurer un conseil personnalisé au consommateur ou celui de lutter contre la contrefaçon ou les phénomènes de parasitisme, puissent légitimer l'interdiction de vendre sur internet.

2. Contexte de la restriction

a. Principe

A RETENIR

Pour vérifier si un accord porte atteinte à la concurrence, les autorités de concurrence tiennent compte du «cadre réel» dans lequel le jeu de la concurrence s'exerce, ce qui implique «de prendre en considération notamment la nature et la quantité limitée ou non des produits faisant l'objet de l'accord, la position et l'importance du concédant et celles du concessionnaire sur le marché des produits concernés, le caractère isolé de l'accord litigieux ou, au contraire, la place de celui-ci dans un ensemble d'accords, la rigueur des clauses destinées à protéger l'exclusivité ou, au contraire, les possibilités laissées à d'autres courants commerciaux sur les mêmes produits par le moyen de réexportations et d'importations parallèles».

Lors de cette appréciation, les Lignes directrices concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du Traité [101, paragr. 3, TFUE] imposent d'appliquer le «counterfactual test», en examinant «le jeu de la concurrence dans le cadre réel où il se produirait à défaut de l'accord litigieux». Selon la Commission, il convient de vérifier (1) si l'accord restreint la concurrence réelle ou potentielle qui aurait existé en son absence (concurrence intermarques) et/ou (2) si l'accord restreint la concurrence réelle ou potentielle qui aurait existé en l'absence de la ou des restrictions contractuelles en cause (concurrence intramarque). L'examen du jeu de la concurrence en l'absence des mesures en cause doit être effectué sur le même marché que celui sur lequel la Commission a constaté l'existence d'effets restrictifs, et non sur un marché connexe. En outre, le principe d'interprétation d'un accord en fonction de son contexte et de ses objectifs ne doit pas conduire la Commission à apprécier un contrat dont le libellé est suffisamment clair. Enfin, lorsque la Commission a établi que l'accord en cause revêt un objet restrictif, elle n'est pas tenue d'apprécier la situation concurrentielle en son absence, à plus forte raison lorsque le scénario proposé s'apparente à une appréciation des effets de l'accord sur le marché.

b. Théorie de l'effet cumulatif

A RETENIR

La théorie de l'effet cumulatif consiste à prendre en considération pour apprécier l'effet anticoncurrentiel, non seulement l'accord incriminé, mais l'ensemble des accords parallèles liant d'autres fournisseurs à leurs distributeurs respectifs sur le marché concerné. Cette doctrine ne revêt qu'un caractère subsidiaire, et s'applique que lorsqu'un accord ne satisfait pas à la condition de sensibilité. Elle comporte aujourd'hui deux volets. D'abord, les autorités de contrôle vérifient si un ensemble d'accords similaires a pour effet de fermer l'accès du marché concerné (effet de blocage). Peu importe que ces accords, pris individuellement, ne soient pas susceptibles de restreindre sensiblement la concurrence, dans la mesure où leurs effets demeureraient en deçà des seuils définis par la Commission. Ensuite, la théorie de l'effet cumulatif ne peut jouer qu'à l'égard des ententes qui contribuent significativement à l'effet cumulé de fermeture du marché résultant d'un ensemble d'accords identiques (CJCE, 28 fév. 1991, aff. C-239-89, Delimitis, LawLex023996).

D'abord développé par la Cour de justice, le critère de la contribution significative à l'ef-

fet cumulatif a été consacré par la Commission. La Communication sur les accords d'importance mineure prévoit que les accords d'un distributeur ou d'un fournisseur dont la part de marché n'excède pas 5 % ne contribuent pas significativement à un effet cumulatif de verrouillage résultant d'accords conclus par plusieurs fournisseurs ou distributeurs.

Pour apprécier la contribution d'un accord à l'effet de fermeture du marché, les autorités de contrôle tiennent compte de l'effet produit par l'ensemble du réseau du fournisseur. La position de marché du fournisseur, le degré de dépendance a priori des points de vente, la nature et la durée des accords restrictifs constituent autant de facteurs d'appréciation du caractère significatif de la contribution d'un accord à un effet cumulatif. Sur les marchés de la distribution de carburant ou de la fourniture de bière, seuls les contrats qui excèdent la durée moyenne des contrats habituellement conclus sur le marché ont ainsi été jugés anticoncurrentiels. Parfois, les autorités de contrôle fractionnent le réseau d'un même fournisseur pour ne sanctionner que les contrats qui contribuent significativement au cloisonnement du marché.

La doctrine de l'effet cumulatif tend à renforcer l'efficacité du contrôle, dans la mesure où elle permet de faire varier la sévérité de celui-ci en fonction du degré de concentration du marché sur lequel l'entente intervient. D'un point de vue juridique, la méthode employée est toutefois critiquable, même si le juge européen a tempéré sa portée en exigeant, pour que la prohibition s'applique, que l'accord qui lui est soumis contribue suffisamment à l'effet cumulatif constaté. D'abord, elle est un facteur d'insécurité juridique dans la mesure où elle place les entreprises parties à une entente dans l'impossibilité de prévoir exactement les conséquences juridiques de leur engagement, sauf à se livrer à un examen de l'ensemble du marché, par définition aléatoire. Ensuite, elle peut conduire à traiter de façon différente des comportements similaires du seul fait qu'ils interviennent sur des marchés distincts ou sur le même marché à des dates différentes. Ces conséquences sont difficilement conciliables avec une norme qui ne viserait qu'à policer le comportement des entreprises. Elles traduisent la «structuralisation» du droit des ententes, le comportement des entreprises étant de plus en plus réduit à n'être que le facteur de déclenchement d'un contrôle ayant pour objet le maintien de la structure concurrentielle du marché sur lequel ce comportement intervient.

D. Seuil de sensibilité

1. Contenu

a. Droit européen

A RETENIR

Dans la mesure où la restriction de concurrence doit être de nature à produire un effet sur le marché, les autorités européennes considèrent généralement que seules les entraves suffisamment importantes ou «sensibles» intéressent le droit de la concurrence. S'inspirant de sa pratique décisionnelle, la Commission détermine, dans la Communication du 30 août 2014, un «seuil de sensibilité».

Aux termes de ce texte, les accords entre entreprises qui affectent le commerce entre États membres ne restreignent pas sensiblement la concurrence au sens de l'article 101 TFUE, paragraphe 1 :

a) si la part de marché cumulée détenue par les parties à l'accord ne dépasse 10 % sur aucun des marchés en cause affectés par ledit accord, lorsque l'accord est passé entre des entreprises qui sont des concurrents existants ou potentiels sur l'un quelconque de ces marchés (accords entre concurrents), ou

b) si la part de marché détenue par chacune des parties à l'accord ne dépasse 15 % sur aucun des marchés en cause affectés par l'accord, lorsque l'accord est passé entre des entreprises qui ne sont pas des concurrents existants ou potentiels sur aucun de ces marchés (accords entre non-concurrents).

La Commission assortit ces seuils de deux exceptions :

- les seuils sont abaissés à 5 % lorsque, sur le marché en cause, la concurrence est restreinte par l'effet cumulatif de verrouillage de réseaux parallèles d'accords similaires, que ces accords soient horizontaux ou verticaux. L'effet cumulatif de verrouillage n'est vraisemblable que si plus de 30 % du marché en cause est couvert par des accords similaires.

- le dépassement de 2 points au cours de deux années civiles successives des seuils indiqués (5, 10 et 15 %) n'a aucun effet restrictif.

La part de marché contrôlée par les participants à l'accord ne constitue pas le seul indice de mesure de la sensibilité. La Communication ne s'applique pas lorsque l'accord en cause constitue une restriction par objet tel que définie par la Cour de justice. Il s'agit notamment, aux termes de la Communication, des accords, qui, directement ou indirectement, 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. Sont également exclues du champ de la Communication les restrictions caractérisées énumérées dans les règlements d'exemption par catégorie que la Commission considère comme des restrictions par objet.

Par entreprises «parties à l'accord», il faut entendre non seulement les entreprises parties mais aussi celles qui leur sont liées, c'est-à-dire celles qui disposent d'un pouvoir de contrôle sur les parties (entreprises contrôlantes), celles qui sont contrôlées par les parties (entreprises contrôlées) et celles dans lesquelles plusieurs de ces entreprises disposent d'un contrôle commun. Le seuil de sensibilité tend ainsi à saisir, au-delà de l'importance des effets restrictifs de l'accord concerné, la puissance économique des groupes auxquels les entreprises parties à l'accord appartiennent, ainsi que le degré de concentration du marché sur lequel l'entente est mise en œuvre.

b. Droit français

A RETENIR

À l'instar du droit européen, le droit français a, à la suite de nombreuses tergiversations jurisprudentielles, adopté un seuil *de minimis* par voie législative. L'ordonnance du 25 mars 2004 a introduit deux nouveaux articles dans le Code de commerce.

L'article L. 464-6-1 crée un non-lieu à poursuivre facultatif pour les ententes qui ne concernent pas un marché public, et lorsque la part de marché cumulée des parties à l'accord ou à la pratique ne dépasse pas :

- 10 % si l'entente concerne des concurrents existants ou potentiels (accord horizontal) ;
- 15 % si l'accord ou la pratique est mis en œuvre par des non-concurrents (accord vertical).

Ces seuils sont identiques à ceux fixés par la Commission européenne dans sa Communication du 30 août 2014. Le texte français ne comporte pas en revanche le seuil de 5 % prévu par la Communication en cas d'effet cumulatif de verrouillage.

Des exceptions qui concernent des restrictions de concurrence caractérisées sont définies à l'article L. 464-6-2 du Code de commerce. La règle *de minimis* ne s'applique pas aux accords de prix, aux accords limitant la production ou les ventes, aux accords de répartition de marchés ou de clients, aux interdictions de ventes passives. La distribution sélective fait l'objet, en outre, de deux dispositions particulières. Pour que la règle *de minimis* s'applique, les distributeurs ne doivent pas subir de restrictions de ventes en tant que détaillants à l'exception de celles concernant la commercialisation à partir d'un lieu non autorisé, et les livraisons croisées doivent être permises, que les distributeurs soient situés au même stade ou à un stade différent du commerce. Ces dispositions étant plus favorables aux entreprises, elles sont d'application immédiate.

L'ordonnance 2008-1161 du 13 novembre 2008 portant modernisation de la régulation de la concurrence a fixé un seuil de sensibilité propre aux affaires de faible importance. Lorsque les pratiques anticoncurrentielles affectent un marché de dimension locale et ne sont pas susceptibles d'affecter le commerce entre États membres, que le chiffre d'affaires individuel n'excède pas 50 millions d'euro et que le chiffre d'affaires cumulé est inférieur à 100 millions d'euro, le ministre de l'Économie peut enjoindre à ces entreprises de cesser l'infraction et leur proposer une transaction dont le montant ne peut être supérieur à 75 000 euro ou 5 % du dernier chiffre connu en France si cette valeur est plus faible. La loi Hamon a porté le seuil de chiffre d'affaires cumulé à 200 millions d'euro, et le montant maximum de la transaction à 150 000 euro.

La Cour d'appel de Paris estime que l'emploi du verbe «peut» dans l'article L. 464-6-1 ainsi que la faculté pour les autorités nationales de ne pas appliquer la communication *de minimis* en raison de son défaut de force contraignante permettent à l'Autorité de la concurrence de poursuivre des pratiques sans avoir à se justifier sur les parts de marché détenues par les entreprises.

2. Portée

A RETENIR

En pratique, les autorités de concurrence ne reconnaissent qu'une portée limitée aux seuils ainsi définis. Le seul dépassement du seuil de sensibilité prévu dans la Communication sur les accords d'importance mineure ne confère pas automatiquement un caractère restrictif à l'accord. À l'inverse, des restrictions de concurrence en soi peu sensibles ont déjà été incriminées.

Fréquemment, les autorités de contrôle tempèrent la portée de la référence aux parts de marché contrôlées par les entreprises en se fondant sur les caractéristiques intrinsèques

des comportements anticoncurrentiels. Dans d'autres hypothèses, elles modifient les conclusions tirées de la puissance économique des parties à l'entente en tenant compte du degré de concentration du marché sur lequel l'entente produit ses effets. À la théorie de la sensibilité absolue se substitue ainsi celle de la sensibilité relative, dans le cadre de laquelle le caractère sensible de l'entrave est fonction non seulement de la puissance économique des entreprises, auteurs des pratiques restrictives, mais également de la gravité des comportements anticoncurrentiels adoptés et de la structure concurrentielle des marchés affectés. Loin de correspondre à la présentation traditionnelle du seuil de sensibilité selon laquelle celui-ci ne constituerait qu'une illustration de la règle *de minimis non curat praetor* (le prêteur ne s'occupe pas des causes insignifiantes), la pratique du contrôle révèle au contraire une tendance à transformer le critère de l'importance de l'effet anticoncurrentiel en véritable règle d'appréciation de l'entente.

La portée des seuils de sensibilité fixés par la Commission est à coup sûr limitée lorsque la communication est invoquée devant une autorité ou une juridiction nationale. Selon la Commission, «bien que dépourvue de force contraignante à leur égard, la présente communication entend aussi donner des indications aux juridictions et aux autorités de la concurrence des États membres pour l'application de l'article 101 du traité». Pour la Cour de justice, par la communication *de minimis*, la Commission ne fait que s'autolimiter dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation sans pour autant lier les juridictions et autorités des États membres, les seuils ne constituant que des indices parmi d'autres susceptibles de permettre à l'autorité de déterminer le caractère sensible ou non d'une restriction par référence au cadre réel où se place l'accord (CJUE, 13 déc. 2012, aff. C-226-11, Expedia Inc., LawLex122445).

II. Concertation

PLAN

L'article 101, paragraphe 1, TFUE vise expressément :

- les accords ;
- les décisions d'associations d'entreprises ;
- les pratiques concertées.

À la différence du TFUE, le Code de commerce ne vise pas de façon spécifique les décisions d'associations d'entreprises. En droit français, les décisions collectives adoptées par des groupements professionnels sont purement et simplement assimilées à des pratiques collusives, les organes de direction desdits groupements étant considérés comme les mandataires de leurs membres. Il ne fait aucun doute que les consignes, directives ou recommandations adressées par des syndicats professionnels à leurs adhérents ou même à des entreprises tierces représentent des ententes au sens de l'article L. 420-1 au même titre que les accords conclus entre les entreprises dans le cadre de ces organisations professionnelles. Il en va de même des décisions ou recommandations diffusées par les instances ordinales, du moins lorsqu'elles «ne constituent pas des actes de puissance publique [...] susceptibles, à ce titre, de recours devant le juge administratif».

Tant en droit européen que français, la pratique a ajouté aux catégories légales une no-

tion nouvelle destinée à faciliter la preuve de la concertation : l'infraction complexe.

PLAN

Nous examinerons successivement :

- l'accord ;
- la décision d'association d'entreprises ;
- la pratique concertée ;
- l'infraction complexe ;
- la preuve de la concertation.

A. Accord**PLAN**

Pour qu'un accord existe au sens des règles de concurrence, deux conditions doivent être satisfaites :

- un consentement réel ;
- un consentement libre.

1. Consentement réel**A RETENIR**

Un accord au sens des règles de concurrence est un concours de volontés par lequel l'un des participants au moins renonce à son autonomie de comportement sur le marché. La forme de l'accord est indifférente : il peut être bilatéral ou multilatéral, écrit ou oral, exprès ou tacite. Il en va de même de sa nature juridique : peu importe qu'il s'agisse d'un contrat de vente, d'entreprise, de société, d'une transaction...

Pour que l'accord existe, il faut que le consentement des participants soit réel, c'est-à-dire manifeste de façon certaine l'adhésion des parties à l'accord. Il n'est pas nécessaire que l'accord constitue un contrat obligatoire et valide, ni qu'il soit juridiquement contraignant à l'égard des parties et sanctionné par des procédures d'exécution, dès lors que les participants se considèrent tenus, juridiquement, factuellement ou moralement, d'adopter le comportement qu'ils ont défini. Le défaut d'exécution ou de respect de l'accord est sans incidence sur sa nature anticoncurrentielle : la participation, même passive, à des réunions périodiques entre concurrents peut suffire à établir l'accord, lorsqu'elle laisse entendre que l'entreprise souscrit à l'objet des discussions et se comportera en conséquence. Il est indifférent que le représentant de l'entreprise qui a signé l'accord soit incompétent, ne dispose pas d'un mandat formel, travaille pour deux structures ou n'ait pas informé les associés ou gérants de ses actions, dès lors qu'il était autorisé à agir pour son compte. En revanche, lorsque le représentant de l'entreprise est un prestataire indépendant, celle-ci ne peut être tenue de ses actes que s'il a agi sous sa direction ou son contrôle ou si elle avait connaissance des objectifs anticoncurrentiels poursuivis par ses concurrents et le prestataire et entendait y contribuer par son propre comportement, ou si elle pouvait raisonnablement les prévoir et était prête à en accepter le risque.

Le consentement se déduit de l'accord lui-même, ainsi que du but qu'il poursuit. Si la notion d'accord est objective et ne tient pas compte des motifs réels qui déterminent le comportement adopté, elle implique cependant la constatation directe ou indirecte de l'élément subjectif qui caractérise la notion même d'accord : une prise de décision conjointe, l'engagement d'appliquer une politique commune, d'atteindre un objectif, ou d'adopter un comportement déterminé. L'objet de l'accord doit être suffisamment déterminé et précis. Le fait pour des parties d'envisager la conclusion d'un accord ou de mener des pourparlers n'est donc pas a priori susceptible d'être qualifié d'accord. Il n'en va autrement que si les négociations visent à restreindre la concurrence

L'accord, au sens du droit de la concurrence, implique seulement que les parties se soient entendues sur un plan qui limite ou est susceptible de limiter leur liberté commerciale en déterminant les lignes de leur action ou de leur abstention réciproque sur le marché. Ainsi, des règles de bon voisinage, d'usage et d'éthique, une politique de protection territoriale absolue ou d'augmentations simultanées et uniformes des prix sur un marché, un *gentlemen's agreement*, des circulaires ou des instructions, des factures constituent une entente prohibée dès lors qu'ils lient des participants conscients du caractère illicite de leur accord.

Une déclaration unilatérale de volonté n'est pas constitutive d'une entente. Ainsi l'existence d'un accord ne peut être déduite de la seule connaissance par des grossistes de la volonté de leur fabricant de réduire ses livraisons et d'empêcher les importations parallèles. De ces expressions de volontés unilatérales, il faut distinguer les actes qui n'ont que l'apparence de l'unilatéralité. Le fait pour un fournisseur de faire figurer des clauses restrictives de concurrence dans ses conditions générales de vente, ou de porter systématiquement la mention «exportation interdite» sur ses factures, constitue un accord dans la mesure où les commandes répétées des clients, passées sans protestation de leur part à des conditions identiques, établissent leur acceptation tacite.

De même, la définition de sa politique de distribution par le fournisseur peut être considérée comme au moins implicitement acceptée par ses distributeurs. La seule appartenance au réseau impliquait à l'origine l'acceptation implicite par les distributeurs de la politique générale suivie par le fabricant ou le fournisseur. Désormais, les mesures adoptées par le promoteur du réseau dans le cadre des relations contractuelles qu'il entretient avec ses revendeurs ne perdent leur caractère unilatéral que si le consentement de ces derniers est établi (TPICE, 3 déc. 2003, aff. T-208-01, Volkswagen, LawLex034396). Le consentement suppose une invitation, non équivoque, adressée par la tête de réseau, qui s'insère dans un ensemble de relations contractuelles continues régies par un accord général préétabli, et la mise en œuvre de la politique du concédant sur le terrain par les membres du réseau.

La question du caractère unilatéral d'un refus d'agrément au sein d'un réseau de distribution sélective est également très débattue. Les arrêts les plus récents rendus par le juge de l'Union militent pour la reconnaissance du caractère unilatéral d'une telle décision, en l'absence de preuve d'un acquiescement exprès ou tacite des autres membres du réseau, solution consacrée par le Tribunal de commerce de Paris. Néanmoins, une série d'arrêts ultérieurs de la Cour d'appel de Paris, fondés sur une très ancienne décision de la Cour de justice, ont retenu qu'un refus d'agrément constituait une entente entre le fournisseur

et les autres membres du réseau. Si les juges parisiens n'ont pas, dans ces décisions, considéré que l'«accord» présentait un caractère anticoncurrentiel, soit parce qu'il ne poursuivait pas d'objet anticoncurrentiel mais caractérisait simplement la sanction d'une faute contractuelle, soit parce qu'il ne produisait pas, par son caractère isolé, d'effet anticoncurrentiel, un risque de condamnation existait. Saisie de la question, l'Autorité de la concurrence s'est alignée sur la position de la Cour d'appel de Paris. Cette solution, qui s'affranchit du standard de preuve du consentement à l'entente imposé par la jurisprudence européenne la plus récente, ne peut être approuvée. C'est sans doute la raison pour laquelle la Cour d'appel de Paris estime aujourd'hui qu'un refus d'agrément ne relève pas du droit des ententes en l'absence de preuve d'un accord de volontés entre la tête de réseau et ses distributeurs tendant à l'éviction du candidat. Selon le juge, le refus d'agrément revêt bien la nature d'un acte unilatéral.

2. Consentement libre

A RETENIR

Qu'il soit ou non tacite, l'accord de volontés qui caractérise l'entente suppose que le consentement des participants soit libre. Aucun accord de volontés n'existe lorsque la concertation n'est que la conséquence d'une réglementation publique ou de son exécution et si, à défaut de celle-ci, «la coopération litigieuse, ou bien n'aurait pas eu lieu, ou bien aurait eu lieu sous une forme différente».

L'accord doit être imposé par les autorités publiques, par l'exercice de pressions irrésistibles, telles que la menace de l'adoption de mesures étatiques susceptibles de leur faire subir des pertes importantes, auxquelles les parties ne doivent pas pouvoir échapper pour que l'absence de restriction de concurrence soit reconnue. La consultation préalable, l'approbation, ou la ratification de l'accord par l'Administration n'ont aucune incidence sur l'existence de l'accord. Le fait que la concertation ait été encouragée ou menée directement avec les autorités nationales n'est pas non plus susceptible de justifier la conclusion d'accords contraires aux règles européennes de concurrence.

A RETENIR

De même, l'accord n'est pas formé lorsque les participants agissent sous la menace d'une violence économique d'origine privée, à condition toutefois que les pressions exercées soient irrésistibles.

Tel est le cas des entreprises en position de dépendance économique qui adoptent sous l'effet de pressions un comportement contraire à leur propre intérêt.

La liberté du consentement a longtemps été présumée dans le cadre d'un réseau de distribution. Les pressions exercées à l'encontre des distributeurs ne faisaient pas obstacle à l'existence de l'accord. Seule une opposition expresse de la part des distributeurs destinataires de l'injonction était susceptible de renverser la présomption d'accord. L'accord entre le distributeur et la tête de réseau ne peut désormais être constaté en l'absence de preuve d'une communication de la politique restrictive aux membres du réseau et de preuve de sa mise en application.

B. Décision d'association d'entreprises

A RETENIR

Le fait qu'une décision - acte unilatéral - émane d'une «association d'entreprises», c'est-à-dire d'un groupement d'entités économiques distinctes, suffit à lui conférer un caractère collusif. La forme juridique qu'emprunte l'association est indifférente. Il n'est pas requis que l'association d'entreprises poursuive un but lucratif, ni qu'elle soit dotée de la personnalité morale.

L'appartenance à une association d'entreprises suppose l'acceptation de ses règles et décisions. L'entreprise, qui se soumet au règlement général, peut être considérée comme participante à un accord.

Son absence aux réunions de l'association ne peut l'exonérer, en l'absence d'acte de dissentiment. De même, la circonstance que le comportement de l'entreprise soit connu, autorisé ou encouragé par les autorités nationales est sans influence sur l'applicabilité des règles de concurrence.

1. Forme de l'association

Peu importe qu'elle rassemble des personnes physiques ou morales, regroupe d'autres associations d'entreprises, ou participe à l'exécution d'une mission de service public. Ni l'appartenance d'un opérateur économique à une profession libérale strictement encadrée, ni le caractère intellectuel, technique ou spécialisé de la prestation fournie ne permettent d'exclure l'application des règles de concurrence.

Pour qu'une association ou une association d'associations relève de la prohibition, il n'est pas nécessaire qu'elle ait une activité commerciale propre : il faut et il suffit que les effets répréhensibles visés par le texte soient susceptibles de découler de l'activité de ses membres.

2. Notion de décision

Une décision d'association d'entreprises constitue plus une modalité d'accord qu'une forme particulière de concertation. Les autorités de contrôle différencient nettement les statuts, qui caractérisent des accords entre entreprises, du règlement intérieur et des mesures contraignantes, qui constituent des décisions d'association d'entreprises. Les circulaires et recommandations émises dans le cadre d'associations d'entreprises sont des décisions, indépendamment de leur nature juridique et de leur caractère obligatoire, dès lors qu'elles sont conformes aux statuts, portées à la connaissance des membres de l'association, acceptées et appliquées par ces derniers.

C. Pratique concertée

1. Notion

A RETENIR

À côté des accords et des décisions d'associations d'entreprises, l'article 101 TFUE vise de façon spécifique, mais sans les définir, les pratiques concertées. L'article L. 420-1 prohibe quant à lui les «actions concertées». L'étymologie des termes «pratique

concertée» ou «action concertée» renvoie à l'observation des similitudes de comportement sur le marché. En créant une notion de pratique concertée distincte de celle d'accord, les textes visaient à empêcher que les entreprises ne contournent l'application de la prohibition, en s'entendant sur des modalités contraires à la concurrence et non assimilables à un accord définitif, l'objectif étant que tout opérateur économique détermine de manière autonome la politique qu'il entend suivre sur le marché.

La pratique concertée résulte de la conjonction de deux éléments constitutifs reliés entre eux par un lien de causalité : un fait générateur - la coordination entre les parties réalisée par une prise de contact - et un résultat - la coopération résultant de la coordination et consistant en une modification des conditions normales de marché. Il faut et il suffit qu'il y ait eu «prise de contact directe ou indirecte entre les opérateurs, ayant pour objet ou pour effet soit d'influencer le comportement sur le marché d'un concurrent actuel ou potentiel, soit de dévoiler à un tel concurrent le comportement que l'on est décidé à adopter, ou que l'on envisage de tenir soi-même sur le marché», ce qui ne se confond pas avec une adaptation intelligente aux conditions du marché. La pratique concertée est constituée «lorsque les parties n'ont pas convenu ou décidé à l'avance entre elles ce que chacune fera sur le marché, mais que, en toute connaissance de cause, elles adoptent un mécanisme collusoire qui encourage ou facilite la coordination de leur comportement commercial ou se rallient à un tel mécanisme».

La pratique concertée ne suppose ni un accord définitif ou prémédité ni nécessairement la preuve de comportements parallèles. Elle doit être distinguée d'un simple comportement parallèle dépourvu de tout élément de concertation, même s'il en constitue un indice sérieux. Par opposition au caractère plus structuré de l'accord, la pratique concertée n'exige pas l'élaboration d'un «plan», mais englobe les formes les plus variées de «prises de contact» - même de simples conversations ou négociations - dont la finalité anticoncurrentielle suffit à caractériser la pratique, quels que soient ses effets concrets.

2. Manifestations

A RETENIR

La pratique concertée est constituée lorsqu'une prise de contact directe ou indirecte a eu lieu entre opérateurs. Cette prise de contact peut notamment se réaliser au cours de réunions entre concurrents. Si la participation à une réunion ne constitue pas en soi une pratique illicite, il suffit que l'objet de la réunion soit anticoncurrentiel pour qu'une pratique concertée puisse être constatée.

Tel est le cas lorsque la réunion traduit la volonté commune des entreprises en cause de se comporter sur le marché d'une manière déterminée, influence le comportement de chacun sur le marché et dévoile le comportement que chaque producteur envisage d'adopter. Il en va de même de la réunion au cours de laquelle aucun accord n'a été conclu, mais un accord préalable évoqué. La faiblesse du nombre de réunions entre les entreprises concernées ne constitue pas un élément déterminant. La participation d'une entreprise à une seule réunion, statutaire ou non, établit son adhésion aux pratiques. Il n'est pas nécessaire, pour qualifier une entreprise de partie à l'entente, qu'elle ait connu

l'objet réel d'une réunion avant sa tenue, qu'elle ait activement participé aux réunions, ni que celles-ci soient suivies d'effet, car seule une distanciation publique du contenu des rencontres peut permettre à une entreprise de s'exonérer de sa responsabilité.

La participation à la collusion n'implique aucun engagement formel d'adopter un comportement particulier. L'incitation peut être implicite et être déduite de la simple transmission de plaintes d'un autre intervenant du marché. En effet, il n'est pas nécessaire, pour établir une pratique concertée, de démontrer qu'un participant s'est formellement engagé, à l'égard d'un ou plusieurs autres, à adopter tel ou tel comportement ou que les concurrents ont fixé en commun leur comportement futur sur le marché ; il suffit qu'à travers sa déclaration d'intention le participant ait éliminé ou, à tout le moins, substantiellement réduit l'incertitude quant au comportement à attendre de sa part sur le marché.

La finalité collusive de la pratique concertée peut consister dans le fait de récolter des informations sur le comportement décidé ou envisagé des concurrents. Aussi les échanges d'informations entre concurrents constituent-ils l'une des manifestations essentielles de cette forme de collusion. Ils sont contraires aux règles de concurrence lorsqu'ils correspondent à un mécanisme de coordination du comportement d'opérateurs concurrents, grâce à l'élimination de toute incertitude sur le comportement futur suivi par chacun d'eux. Les entreprises qui participent à de tels échanges sont présumées, sauf preuve contraire, tenir compte des informations échangées pour adapter leurs comportements respectifs, dès lors qu'elles demeurent actives sur le marché considéré.

Enfin, un alignement sur un comportement qu'elle sait concerté manifeste une adhésion suffisante pour que l'entreprise concernée puisse être considérée comme partie à l'entente.

D. Infraction complexe

A RETENIR

Des pratiques concertées et des accords qui s'inscrivent dans le cadre d'une concertation globale, concrétisée en particulier par une succession de réunions entre entreprises concurrentes, caractérisent une «infraction complexe» unique, qui peut être qualifiée d'accord et de pratique concertée.

La double qualification n'implique pas que les comportements en cause présentent simultanément et cumulativement les caractères d'un accord et d'une pratique concertée. L'infraction complexe permet de saisir un ensemble d'éléments de fait, les uns pouvant être qualifiés d'accord, les autres, de pratique concertée. La notion d'infraction complexe facilite la tâche des autorités de contrôle qui n'ont pas à qualifier ni à imputer séparément les différents comportements s'inscrivant dans le cadre d'un accord d'ensemble. Elle a aussi l'avantage de maintenir la distinction figurant dans les textes entre l'accord et la pratique concertée. Elle rend, en revanche, la défense des entreprises beaucoup plus difficile et institue, dans certains cas, une véritable responsabilité du fait d'autrui.

PLAN

Une infraction complexe :

- est une infraction unique ;
- qui requiert un certain degré d'implication ;
- et rend les participants collectivement responsables.

1. Infraction unique

A RETENIR

L'entente complexe désigne non seulement le plan global de ce qui a été convenu, mais aussi sa mise en œuvre, sur la base d'un mécanisme et d'un objectif communs. Dès lors qu'ils ont le même objet anticoncurrentiel, concernent les mêmes produits ou services, s'étendent au même champ géographique, utilisent les mêmes procédures et réunissent les mêmes opérateurs, les réunions, tables rondes, contacts bilatéraux ou multilatéraux réguliers et en principe secrets qui en constituent le cadre caractérisent une infraction unique, qui, généralement, se poursuit sur une longue durée.

Il n'est pas nécessaire de vérifier si les différents comportements qui composent l'infraction complexe présentent un lien de complémentarité, même si l'existence d'un tel lien entre des échanges distincts peut constituer un indice de leur inscription dans un plan d'ensemble. Il importe peu également que les pratiques aient lieu sur deux marchés distincts ou que les participants ne soient pas concurrents les uns des autres sur tous les marchés concernés par l'infraction, dès lors qu'elles s'insèrent dans un plan global. Il n'est pas non plus indispensable que le moment de l'adhésion ou du retrait de l'accord soit le même pour tous les opérateurs. Enfin, les incidents, modifications ou variations d'intensité de la concertation, qui peuvent survenir au cours de la mise en œuvre de l'entente, n'en altèrent pas le caractère continu. L'infraction ne cesse qu'au moment où prend fin le dernier engagement convenu d'un commun accord. L'infraction unique peut être continue ou répétée.

L'infraction est continue lorsque les entreprises n'ont pas interrompu leur participation à la pratique. La Commission peut présumer que la participation d'une entreprise à l'infraction ne s'est pas interrompue, même si elle ne détient pas de preuves de l'entente pour certaines périodes déterminées, dès lors que les différents actes qui en constituent la manifestation poursuivent une même finalité et s'inscrivent dans un plan commun. Ainsi, l'absence de preuve de la participation d'une entreprise aux réunions anticoncurrentielles au cours d'une année de la période infractionnelle, n'empêche pas de considérer qu'elle n'a pas interrompu sa participation à l'infraction lorsqu'elle a assisté à la réunion de l'année précédente, dont les effets se sont poursuivis au cours de l'année en cause, ainsi qu'à celle de l'année suivante, sans se distancier publiquement des discussions illicites qui se sont tenues. De même, la poursuite d'arrangements régionaux ou nationaux pendant une phase de suspension du volet paneuropéen de l'entente permet de conclure à l'absence d'interruption de l'infraction, dès lors que chacun de ces volets fait partie du même plan d'ensemble. Le fait que les manifestations de l'entente interviennent à des périodes différentes, éventuellement séparées par des laps de temps plus ou moins longs, ne remet pas

en cause l'existence de l'infraction continue. Ainsi, l'écoulement de neuf mois entre deux réunions n'équivaut pas à une interruption de l'infraction. Toutefois, les réunions ne doivent pas être trop espacées : l'infraction perd son caractère continu lorsque les deux séries de réunions auxquelles une entreprise a assisté sont séparées par un intervalle de temps de presque seize mois. En matière d'accords de partage de marché, le juge retient que l'absence de manifestations de l'accord pendant de longues périodes n'exclut pas la qualification d'infraction continue, dès lors qu'à la différence des accords de prix ce type d'accord ne nécessite pas de réunions régulières. Lorsque ses conditions sont réunies, la notion d'infraction continue permet d'infliger une amende pour l'ensemble de la période infractionnelle, même si la participation d'une entreprise n'est pas établie sur un certain laps de temps, dès lors qu'à aucun moment elle ne s'est distanciée publiquement du contenu des accords. Dans tous les cas, le fait que les contacts et réunions qui constituent le support des pratiques poursuivies aient eu lieu dans un espace de temps relativement court n'affecte pas la qualification d'infraction unique et continue.

L'infraction est répétée lorsqu'elle s'est interrompue, puis a repris selon les mêmes caractéristiques. Ainsi, lorsqu'une entreprise a interrompu sa participation à l'entente pendant deux années, sans que l'autorité de contrôle ne dispose d'aucun élément susceptible d'établir la continuité des échanges au cours de cette période, l'infraction doit être qualifiée de répétée s'il existe un objectif unique poursuivi par elle avant et après l'interruption, qui peut être déduit de l'identité des objectifs des pratiques en cause, des produits concernés, des entreprises qui ont pris part à la collusion, des modalités principales de sa mise en œuvre, des personnes physiques impliquées pour le compte des entreprises et du champ d'application géographique des pratiques. Dans l'hypothèse d'une absence de participation de l'entreprise aux réunions collusoires pendant une ou des durées significatives, la Commission ne peut constater l'existence d'une infraction continue en se fondant uniquement sur son absence de distanciation : elle pourra néanmoins retenir la qualification d'infraction répétée en cas de reprise du comportement infractionnel. Dans ce cas, les autorités de contrôle ne pourront pas imposer d'amende pour la période pendant laquelle l'infraction a été interrompue.

2. Degré d'implication requis

A RETENIR

Pour qu'une entreprise soit tenue responsable d'une entente globale, il faut établir soit qu'elle a participé directement, pendant la période considérée, à tous les éléments de l'entente, soit, si elle n'a participé directement qu'à un ou plusieurs éléments constitutifs, qu'elle savait ou devait nécessairement savoir que sa participation à certains éléments de l'entente s'inscrivait dans un plan global dont elle connaissait la portée ou qu'elle pouvait raisonnablement prévoir tout en étant prête à en accepter le risque.

Dans la seconde hypothèse, lorsque l'autorité de concurrence relève la connaissance du plan global par l'entreprise, elle n'est pas tenue de vérifier également si l'entreprise pouvait raisonnablement prévoir les comportements en cause et en avait accepté le risque : les deux conditions sont alternatives. Lorsque l'infraction est imputée à une entreprise unique constituée de plusieurs entités, l'autorité n'est pas tenue d'établir la connaissance

par chacune d'elles de l'existence des éléments d'une infraction unique à laquelle elles n'ont pas participé, car leur connaissance découle de leur intégration économique. Une entreprise ne peut en revanche être réputée avoir participé à une infraction unique, complexe et continue, même si elle était présente à des réunions anticoncurrentielles, lorsqu'il n'est pas établi qu'elle avait connaissance des autres volets de l'entente. Ainsi, l'entreprise qui n'a participé qu'à des accords bilatéraux ne peut voir sa responsabilité engagée au titre d'une entente globale lorsqu'elle pouvait tout au plus suspecter des pratiques anticoncurrentielles ponctuelles, mais non l'existence d'un objectif général de stabilisation du marché concerné. De même, la seule identité d'objet entre l'entente globale et des réunions ou contacts bilatéraux auxquels une entreprise a participé ou le fait qu'elle a eu des contacts avec des entreprises impliquées, ne suffisent pas à démontrer qu'elle en a eu connaissance. L'autorité de concurrence ne peut déduire la participation d'une entreprise à un volet de l'entente du seul fait que des informations la concernant ont été évoquées au cours d'une réunion, dès lors que celles-ci peuvent constituer des estimations réalisées par les participants à partir de données dont ils disposaient ensemble ou qu'ils ont pu recueillir auprès de leurs clients. Cependant, si l'absence de connaissance, par une entreprise, de tous les volets d'une infraction globale exclut qu'elle puisse en être tenue responsable dans son ensemble, cette circonstance n'empêche pas de lui imputer la responsabilité des comportements auxquels elle a pris part.

Seule une distanciation publique permettrait à l'entreprise qui a participé à des réunions anticoncurrentielles de s'exonérer de sa responsabilité.

EXEMPLES

Ne suffisent pas à manifester sa distanciation de l'entente :

- l'attitude passive de l'entreprise ou le fait de ne pas se conformer au résultat de réunions à caractère manifestement anticoncurrentiel ;
- le fait de donner des instructions internes indiquant la volonté de l'entreprise de ne pas s'aligner sur ses concurrents ;
- le fait de coopérer de manière moins visible ;
- le fait d'espacer les contacts, d'utiliser l'entente à son profit en ne respectant pas pleinement les prix convenus, à moins que le non-respect des accords par l'entreprise en cause soit systématique ;
- le fait de cesser de venir aux réunions et de prendre part aux discussions illicites ou de quitter brutalement la réunion ;
- le fait d'indiquer à un autre participant que l'entreprise envisage de retarder la mise en œuvre de l'accord ou de traverser une période de désaccord ou de crise ;
- le fait d'observer le silence pendant les réunions en cause.

En revanche :

- lorsque l'entente n'est pas conclue dans le cadre d'une réunion, mais au travers d'un système informatique, l'entreprise n'est pas tenue de se distancier à l'égard de

tous les participants, qu'elle ne connaît pas nécessairement, mais peut se contenter d'adresser une objection claire et explicite à l'administrateur du système.

L'entreprise doit clairement faire savoir qu'elle prend ses distances vis-à-vis de l'entente notamment en la dénonçant aux autorités administratives ou démontrer qu'elle a indiqué à ses concurrents qu'elle participait à ces réunions dans une optique différente de la leur et que son retrait a été compris comme étant définitif par les autres participants à l'entente. Tel n'est pas le cas lorsqu'ils continuent de l'inviter à des réunions après la déclaration invoquée pour justifier son retrait du mécanisme infractionnel ou interprètent son affirmation selon laquelle les accords n'ont plus de sens pour elle comme le signe de sa volonté de parvenir à de nouvelles modalités d'entente.

Cependant, lorsque l'entreprise se voit reprocher non sa participation à des réunions anticoncurrentielles individuelles, mais à une infraction qui s'étend sur plusieurs années, l'absence de distanciation publique ne constitue qu'un élément parmi d'autres à prendre en considération pour établir qu'elle a effectivement continué de participer à une infraction ou, au contraire, cessé de le faire.

3. Responsabilité collective

A RETENIR

L'entreprise partie à une entente globale est individuellement responsable des comportements mis en œuvre par les autres participants, quels que soient la durée et le degré de sa propre participation.

L'absence de certains opérateurs à certaines réunions, le fait de ne pas avoir pris l'initiative des contacts anticoncurrentiels, le non-respect de l'entente, les rivalités, voire les tricheries, n'empêchent pas de constater leur égale implication dans une infraction globale : les entreprises sont responsables du fait d'autrui. Le degré, variable, de participation à l'entente n'est pris en considération qu'au stade de la sanction. Néanmoins, des entreprises arrivées tardivement dans le cercle des réunions anticoncurrentielles, à un moment où les discussions en cause présentaient un caractère quasi public, à plus forte raison lorsque celles-ci ne les concernaient que très marginalement, ne peuvent être considérées comme ayant participé à une infraction complexe.

E. Preuve de la concertation

PLAN

Le système probatoire retenu en droit de la concurrence soulève quatre questions :

- Quelle est la signification du principe de liberté de la preuve ?
- Quelle est la portée d'un parallélisme de comportement ?
- Quelle est la nature des facteurs corroborants ?
- Sur qui pèse la charge de la preuve ?

1. Principe de liberté de la preuve

A RETENIR

Le principe de liberté de la preuve pour établir l'infraction permet à l'autorité de concurrence de choisir le mode d'administration de la preuve. La valeur probante des éléments de preuve dépend de leur crédibilité.

Les preuves documentaires constituent le mode de preuve privilégié des autorités de concurrence. Aussi, selon une jurisprudence constante, aucune preuve de l'absence d'autre justification n'est-elle nécessaire pour constater une entente lorsque sa révélation ne procède pas d'un parallélisme de comportement mais de preuves documentaires établissant un accord de volontés. La preuve peut être apportée par des documents - télex, télécopies, notes internes, comptes-rendus de réunions, ou les correspondances écrites ou électroniques échangées entre les entreprises. Aucun principe du droit de l'Union ne s'oppose à ce que la Commission se fonde, pour conclure à l'existence d'une infraction à l'article 101, paragraphe 1, TFUE, sur une seule pièce, pourvu que la valeur probante de celle-ci ne fasse pas de doute et qu'elle établisse à elle seule de manière certaine l'existence de l'infraction. En droit français, un document unique, qui n'est conforté par aucun élément extrinsèque autre que les explications de son auteur, ne suffit pas à apporter la preuve d'une entente. Le principe de la présomption d'innocence s'oppose à ce que le seul envoi d'un message électronique, support de la pratique concertée, suffise à établir la preuve que ses destinataires ont nécessairement eu connaissance de son contenu. Une conversation et un courriel ne peuvent pas non plus être qualifiés de preuves sérieuses, précises et concordantes de la connaissance de l'étendue d'une infraction par une entreprise lorsque l'ambiguïté des termes employés laisse planer un doute sur leur interprétation, qui doit profiter à cette dernière.

«Selon les règles générales en matière de preuve, la crédibilité et, partant, la valeur probante d'un document dépend de son origine, des circonstances de son élaboration, de son destinataire et de son contenu». La valeur probante d'un document sera d'autant plus élevée qu'il aura été rédigé par un témoin direct des faits et sera contemporain de ceux-ci. Ainsi, des notes prises au cours d'une réunion anticoncurrentielle par l'un des participants présenteront une valeur probante très élevée et n'auront pas à être corroborées par d'autres pièces même si elles émanent d'un demandeur de clémence, tandis que des comptes-rendus rédigés peu de temps après la réunion sur le fondement d'informations obtenues d'un participant, par une personne qui n'y était pas présente, revêtiront une valeur probante moindre. En revanche, des courriels échangés entre les participants à une réunion, qui reprennent les notes prises à cette occasion, présentent une valeur probante très élevée.

La valeur probante d'un document ne peut être remise en cause du fait que son origine est inconnue, ni qu'il n'a pas été trouvé dans les locaux de la requérante mais dans ceux d'autres entreprises incriminées, ni qu'il a déjà été utilisé dans une première affaire, ni *a fortiori* qu'il aurait été fourni à la suite d'une demande de renseignements et non de manière spontanée. Si une note manuscrite qui n'est pas individualisée et ne permet pas d'identifier une réunion particulière ne peut établir, à elle seule, la concertation, le fait

qu'une entreprise ne soit pas mentionnée dans un document n'empêche pas de prouver sa participation à une entente dès lors que celle-ci est établie par d'autres documents. A l'inverse, la seule mention d'une entreprise dans les notes prises par un tiers au cours d'une réunion anticoncurrentielle ne suffit pas à en faire une participante à l'infraction.

A défaut de preuves documentaires, ce qui est fréquent dans le cas des cartels secrets, l'existence de l'infraction peut, selon la formule rituelle, être établie à partir d'un « faisceau d'indices graves, précis et concordants ». La preuve résulte de la concordance des indices, quelle que soit la valeur de chacun pris isolément. Un engagement d'abstention réciproque entre deux producteurs concurrents peut ainsi être constaté à partir d'un ancien accord exprès de répartition des marchés, de leurs relations complètes de coopération, de la nécessité pour chacun d'appliquer la même politique que l'autre et de l'existence de contacts fréquents en vue de coordonner leur stratégie globale.

La preuve peut être apportée par des conversations téléphoniques, des témoignages ou les déclarations faites par les entreprises elles-mêmes. Dans cette hypothèse, la jurisprudence européenne accorde une valeur probante particulièrement élevée à celles qui, cumulativement : i) sont fiables, ii), sont faites au nom d'une entreprise, iii) proviennent d'une personne tenue de l'obligation professionnelle d'agir dans l'intérêt de cette entreprise, iv) vont à l'encontre des intérêts du déclarant, v) proviennent d'un témoin direct des circonstances qu'elles rapportent et, iv) ont été fournies par écrit, de manière délibérée et après mûre réflexion. Si selon le juge, une certaine méfiance est de mise à l'égard de dépositions volontaires des principaux participants à une entente illicite, étant donné la possibilité que ces derniers minimisent l'importance de leur contribution à l'infraction et maximisent celle des autres, le fait d'introduire une demande de clémence ne crée pas nécessairement une incitation à présenter des éléments de preuve déformés. En effet, toute tentative d'induire l'autorité de concurrence en erreur pourrait remettre en cause la sincérité ainsi que la qualité de la coopération apportée par le demandeur et affecter l'issue de la demande. Le fait que l'autorité considère ultérieurement que le demandeur de clémence ne mérite pas la réduction maximale du montant de l'amende ne signifie pas que les preuves qu'il a fournies ne sont pas fiables, mais seulement qu'elles n'ont pas apporté une valeur ajoutée significative par rapport à d'autres déjà en sa possession. De même, le fait qu'une entreprise lui ait remis de nouveaux documents à un stade très avancé de la procédure administrative ne constitue ni un indice ni une preuve de leur absence d'authenticité, mais témoigne au contraire de sa coopération tout au long de la procédure. La crédibilité des pièces et déclarations fournies par une entreprise dans le cadre d'une demande de clémence n'est pas davantage remise en cause par le fait que celle-ci soit présentée après l'échec d'une procédure de transaction. La valeur probante d'une déclaration est particulièrement élevée lorsqu'il s'agit d'une réponse donnée au nom de l'entreprise en tant que telle, et non par un membre de son personnel, et qu'elle résulte d'une investigation interne menée par l'entreprise et a été soumise par un avocat qui avait l'obligation professionnelle d'agir dans l'intérêt de cette entreprise.

2. Parallélisme de comportement

A RETENIR

En l'absence de preuve directe de concertation, le droit de la concurrence admet la preuve par présomption, c'est-à-dire, la possibilité d'établir l'existence d'une pratique concertée (fait inconnu) à partir de l'observation de comportements parallèles des entreprises sur le marché (fait connu). Toutefois, le parallélisme de comportement est insuffisant à lui seul à caractériser une pratique concertée.

Ainsi, la seule coïncidence entre des rabais accordés à certains grossistes par des producteurs concurrents n'établit pas la concertation. De fait, des facteurs tels que la volatilité du cours des matières premières ou la transparence du marché, lorsqu'elle permet une veille concurrentielle permanente par les opérateurs, peuvent expliquer des hausses similaires de prix à des dates proches, résultant de stratégies individuelles. De même, le simple alignement sur les prix d'un concurrent ne suffit pas à établir l'existence d'une pratique concertée, notamment lorsque les conditions proposées à la clientèle diffèrent sensiblement quant à leur contenu et à leur calendrier. En revanche, le parallélisme de comportement constitue un indice sérieux de pratique concertée, qui permet d'établir l'existence d'une entente lorsqu'il est corroboré par d'autres facteurs.

3. Facteurs corroborants

A RETENIR

Les autorités de concurrence utilisent deux types de preuves complémentaires pour inférer l'existence d'une entente de la constatation de comportements parallèles sur le marché : soit elles corroborent le parallélisme en établissant l'absence d'autre explication possible que la concertation ; soit elles recourent à des indices positifs de concertation, à eux seuls insuffisants, mais qui, conjointement aux comportements parallèles, permettent d'établir le concours de volontés.

Un parallélisme de comportement révèle une pratique concertée anticoncurrentielle lorsqu'il est conforté par d'autres éléments démontrant la concertation, tels que des prises de contact ou des échanges d'informations. Les indices doivent être suffisamment précis et concordants pour permettre d'inférer l'existence d'une collusion. Il en est ainsi de la signature par des prestataires concurrents d'un barème de prix, de la présence régulière d'un fabricant à des réunions avec ses concurrents, ou d'une prise de contacts entre représentants d'entreprises concurrentes compte tenu de leur niveau de responsabilité. En revanche, le simple fait qu'un employé d'une société ayant participé à une entente soit mis à disposition d'une autre ne saurait impliquer, en soi, que cette dernière devient automatiquement membre de l'entente.

Les autorités de concurrence peuvent aussi constater l'existence de la concertation en établissant l'absence d'autre explication possible au parallélisme de comportement, telle qu'une interdépendance oligopolistique. La recherche d'une autre explication n'est pas nécessaire lorsque la concertation est établie par des preuves documentaires, qui démontrent l'existence d'un accord de volontés. Dans certains cas, les autorités de contrôle prouvent la concertation en établissant soit qu'elle ne s'explique pas par la structure du

marché, soit, plus généralement, qu'elle ne correspond pas à l'intérêt individuel des entreprises. En matière de prix, le parallélisme de comportement ne saurait, selon la Commission, résulter de décisions autonomes lorsque les intérêts des opérateurs en cause sont divergents, voire opposés. Toutefois, la preuve de l'entente n'est pas apportée lorsque l'explication du parallélisme de comportement par la concertation n'est pas la seule plausible. Ainsi, un échange d'informations sur les quantités livrées ne suffit pas à démontrer une entente de quotas lorsque l'existence d'un contrat de licence de brevet le justifie. L'existence d'une explication alternative ne suffit à contester la qualification de l'infraction que lorsque la Commission ne s'est appuyée que sur la conduite des entreprises sur le marché pour parvenir à cette conclusion. La présomption selon laquelle les entreprises ayant participé à une concertation et demeurant actives sur le marché tiennent compte des informations échangées avec leurs concurrents pour déterminer leur comportement sur ce marché ne peut être renversée par la seule production de données relatives aux volumes de vente et aux prix pratiqués par l'entreprise concernée ou établissant la diminution des prix durant la période infractionnelle. Le recours à la preuve de l'absence d'autre explication a connu de nouveaux développements depuis la réception, par les autorités françaises, de la théorie des prix prédateurs. Dans la décision Béton prêt à l'emploi (LawLex023036), le Conseil de la concurrence considère que la pratique parallèle de prix de prédation constitue en elle-même une preuve suffisante de l'entente car, n'étant pas compatible avec l'intérêt individuel des entreprises qui la mettent en œuvre, elle ne peut s'expliquer autrement que par une concertation : une entreprise qui choisit de vendre un produit à un prix inférieur à son coût variable augmente délibérément ses pertes par rapport à celles qu'elle enregistrerait si elle s'abstenait de vendre le produit. L'on ne saurait se cacher que l'admission de la non-correspondance à l'intérêt individuel des entreprises au titre de preuve complémentaire d'un parallélisme de comportement constitue un procédé probatoire ambigu et extrêmement dangereux pour la sécurité juridique des entreprises.

4. Charge de la preuve

A RETENIR

En cas de litige sur l'existence d'une infraction aux règles de concurrence, il appartient en principe à la Commission d'apporter la preuve des infractions qu'elle constate. Toutefois, la charge de la preuve peut être aisément renversée. Les autorités de concurrence se fondent parfois sur une présomption simple d'objet illicite pour établir la concertation.

Ainsi, l'absence presque totale de comptes-rendus, officiels ou internes, de réunions entre concurrents, la participation à des réunions à caractère manifestement anticoncurrentiel, la présence de concurrents actifs sur le marché à des réunions régulières et sur une longue période font présumer l'objet illicite de la concertation.

III. Pluralité d'entreprises

PLAN

La pluralité d'entreprises étant une condition d'existence de l'entente, il convient :

- d'identifier les participants à l'entente ;
- d'établir les conditions auxquelles les accords intragroupe échappent à la prohibition ;
- de vérifier dans quelle mesure des accords de représentation ou de sous-traitance sont susceptibles de constituer des ententes.

A. Participants à l'entente

A RETENIR

Lorsqu'un groupement est partie à une entente, il convient d'identifier les entreprises auxquelles sera imputé le comportement anticoncurrentiel. L'imputation de l'entente aux membres du groupement peut être automatique.

En effet, l'appartenance à une association d'entreprises suffit à démontrer l'acceptation de ses règles et décisions restrictives de concurrence en l'absence d'acte public de dissentiment. Les autorités de concurrence considèrent aussi que les entreprises qui délèguent une tâche relevant d'un comportement restrictif à un organe commun ou restreignent leur liberté commerciale en vue des décisions de cet organe restreignent la concurrence par l'intermédiaire de ce dernier.

B. Accords intragroupe

A RETENIR

La Commission et la Cour de justice ont rapidement pris position en faveur de l'exclusion du comportement interne à un groupe de sociétés du champ d'application de l'article 101 TFUE. Le Tribunal (TPICE, 12 janv. 1995, aff. T-102-922, LawLex023849), approuvé par la Cour de justice (CJCE, 24 oct. 1996, aff. C-73-95P, LawLex023781), a considéré, dans l'arrêt Viho, que bien qu'un accord contribue «à maintenir et à cloisonner les différents marchés nationaux» et à «contrecarrer un des objectifs fondamentaux de la réalisation du Marché commun», il n'entre pas dans le champ d'application de l'article 101 TFUE, paragraphe 1, dès lors qu'il est conclu au sein d'un groupe de sociétés, entre une société mère et ses filiales entièrement contrôlées.

La détention du pouvoir de contrôle de la société mère dans la filiale ne suffit cependant pas à constituer la situation de dépendance requise pour soustraire l'accord intragroupe du domaine de l'article 101 TFUE. Encore faut-il que la société mère ait effectivement exercé son pouvoir. La condition d'exercice effectif est interprétée de façon relativement large dans la mesure où la Cour précise que l'absence d'autonomie de la filiale doit être constatée eu égard à «la détermination de sa ligne d'action sur le marché».

A RETENIR

Le droit français consacre aussi le principe de l'immunité des accords intragroupe. Mais celui-ci supporte une exception importante dans le domaine des soumissions concertées.

Confirmant la jurisprudence traditionnelle du Conseil de la concurrence, le juge a considéré que l'article L. 420-1 est applicable lorsque différentes entreprises appartenant au même groupe de sociétés coordonnent leurs offres tout en se présentant vers l'extérieur comme des concurrents dans le seul but de tromper le maître de l'ouvrage. Tel n'est pas le cas des sociétés réunies au sein d'un groupement d'entreprises solidaires pour soumissionner à un marché qui nécessite la mise en œuvre de techniques particulières, dès lors que le maître de l'ouvrage était dès l'origine informé du mode d'organisation juridique retenu.

C. Accords de représentation et de sous-traitance**A RETENIR**

Selon la Cour de justice, les agents ne constituent pas, en principe, des entreprises au sens de l'article 101, paragraphe 1, à moins qu'ils n'agissent en toute indépendance.

Un agent automobile qui assume des risques substantiels indissociables de cette activité est un intermédiaire indépendant soumis au respect des règles européennes de concurrence au même titre que l'exploitant d'une station-service, autonome par rapport à son fournisseur s'il assume une proportion non négligeable de risques financiers et commerciaux concernant la vente des carburants. Au contraire, l'agent qui ne supporte pas les risques associés au défaut de livraison, aux livraisons défectueuses ou à l'insolvabilité des clients, ne finance pas les stocks et n'engage pas d'investissements spécifiques, même s'il assume certains frais accessoires, négligeables ou limités, forme une unité avec son mandant (TPICE, 15 sept. 2005, aff. T-325-01, Daimler Chrysler AG, LawLex059900). L'exercice d'une double représentation par un agent ne suffit pas à remettre en cause l'unité économique qu'il constitue avec l'un de ses mandants, lorsqu'il ne se livre pas personnellement à des transactions considérables sur le marché concerné en qualité de négociant indépendant.

Dans ses lignes directrices sur les restrictions verticales, la Commission déclare l'article 101, paragraphe 1, inapplicable aux contrats d'agence par lesquels l'agent commercial s'engage à négocier ou conclure des contrats, pour le compte d'une personne - le commettant -, soit en son nom propre, soit au nom de cette personne, à condition que l'agent n'ait pas la charge des risques financiers ou commerciaux et qu'il ne soit pas propriétaire des biens contractuels et ne fournisse aucun service contractuel lui-même. Le fait que l'agent supporte les risques propres au contrat laisse supposer qu'il possède la qualité de distributeur indépendant. Les lignes directrices énumèrent les critères dont il doit être tenu compte pour déterminer si l'agent n'assume aucun risque financier ou commercial. La présence de certaines clauses au contrat constitue un indice de la dépendance de l'agent : limitations quant au territoire sur lequel l'agent peut vendre ces biens ou ser-

vices, limitations quant aux clients auxquels l'agent peut vendre ces biens ou services, fixation par le commettant des prix et conditions auxquels l'agent doit vendre ou acheter ces biens ou services. Toutefois, même si le commettant assume tous les risques, le contrat d'agence recèle un risque de collusion, notamment lorsqu'un certain nombre de commettants font appel aux mêmes agents et empêchent collectivement d'autres commettants de recourir à ces mêmes agents, ou se servent de ces agents pour s'entendre sur une stratégie commerciale ou pour s'échanger des informations sensibles sur le marché.

A RETENIR

Les autorités européennes estiment que les règles de concurrence sont également inapplicables aux contrats de sous-traitance lorsque le sous-traitant «n'apparaît pas comme un offreur indépendant sur le marché».

Tel est notamment le cas lorsque l'exécution du contrat de sous-traitance implique l'utilisation par le sous-traitant de droits de propriété industrielle, connaissances techniques ou procédés de fabrication détenus par le donneur d'ordres. Toutefois, dans la mesure où le sous-traitant est en principe une entreprise indépendante, seules les clauses justifiées par la relation de dépendance existant entre le sous-traitant et le donneur d'ordres sont susceptibles de bénéficier de l'immunité.

A RETENIR

Les autorités françaises de concurrence considèrent qu'en l'absence d'autonomie commerciale vis-à-vis de son mandant, un agent commercial ne peut se rendre coupable d'une pratique de boycott en concertation avec ce dernier. De même, s'agissant de la sous-traitance, elles estiment que lorsqu'un opérateur recourt à des tiers pour exécuter une prestation qui s'incorpore à sa propre activité, l'activité concernée échappe aux règles de concurrence.

SECTION 2**Exonération****PLAN**

La prohibition est écartée tant en droit européen qu'en droit français lorsque le bilan de l'entente est positif :

- soit au terme d'une appréciation effectuée dans le cadre de la règle de raison ;
- soit en vertu d'une exemption octroyée sur le fondement de l'article 101, paragraphe 1, TFUE ou L. 420-4 du Code de commerce.

A RETENIR

Si l'exemption joue un rôle essentiel en droit européen alors que la règle de raison se voit de plus en plus contestée, la situation est inverse en droit français où la règle de raison a connu un développement très important au détriment de l'exemption qui ne

joue pratiquement plus aucun rôle.

I. Droit européen

A. Règle de raison

1. Développement et contestation

Depuis la fin des années 1970, en particulier après l'arrêt Metro (CJCE, 25 oct. 1977, aff. 26-76, LawLex024119), on a vu se développer en droit européen un système d'appréciation extrêmement favorable de certaines restrictions de concurrence que les auteurs ont baptisé «règle de raison», à l'instar de la *rule of reason* américaine. Identique dans son principe, la règle de raison revêt cependant une portée très différente de son homologue américaine, puisqu'elle n'est pas d'application générale, mais se limite à certains cas particuliers.

A RETENIR

La règle de raison permet d'accorder un traitement de faveur à certains comportements anticoncurrentiels, en appréciant exclusivement leurs effets dans le cadre de l'article 101 TFUE, paragraphe 1, et en évitant ainsi de soumettre d'abord la pratique à cette règle avant de l'exonérer éventuellement sur le fondement de l'article 101 TFUE, paragraphe 3.

Seulement, ce raccourci n'est possible que dans la mesure où il apparaît très clairement que l'atteinte à la concurrence constatée est compensée par les effets bénéfiques déterminés par l'entente, et à la condition également que l'accord ne contienne pas de restrictions patentes, comme la fixation des prix, la répartition du marché, ou le contrôle des débouchés.

Le Tribunal semble avoir voulu porter un coup d'arrêt au développement de la règle de raison en affirmant que «l'existence d'une telle règle n'a, en tant que telle, pas été confirmée par le juge communautaire» (TPICE, 18 sept. 2001, aff. T-112-99, *Metropole Television*, LawLex023535). Selon le juge européen, la reconnaissance de la règle de raison remettrait en cause la structure normative de l'article 101 TFUE, dont le paragraphe 3 perdrait tout effet utile. L'examen du caractère objectivement nécessaire d'une restriction de concurrence ne saurait impliquer une mise en balance de ses effets pro- et anticoncurrentiels, hors du cadre de l'article 101, paragraphe 3. Dès lors, la jurisprudence, qui semble appliquer la règle de raison, s'inscrirait plutôt dans un courant d'appréciation *in concreto* de l'accord, qui implique, au-delà de l'analyse de ses clauses, de tenir compte du cadre réel dans lequel l'accord produit ses effets. La prétendue règle de raison se réduirait à la prise en considération du contexte économique et juridique. L'affirmation du Tribunal, récemment approuvée par la Cour de justice (CJUE, 30 janv. 2020, aff. C-307/18, *Generius (UK) Ltd*, LawLex20132), ne rend pas compte de la réalité : indépendamment du fait qu'une appréciation contextuelle de la restriction peut en elle-même déjà être considérée comme une manifestation de la règle de raison, il est incontestable qu'une telle règle a été consacrée par les autorités européennes qui n'ont pas hésité à justifier des restrictions de concurrence sur le fondement de la théorie des

restrictions accessoires, de l'état de nécessité, de l'intérêt public ou du bilan économique.

2. Contenu

PLAN

L'application de la règle de raison peut être fondée sur :

- le caractère accessoire des restrictions ;
- l'état de nécessité ou l'intérêt public ;
- le bilan économique de l'entente.

a. Restrictions accessoires

A RETENIR

Si l'opération principale couverte par l'accord ne restreint pas la concurrence, il n'est plus nécessaire d'examiner la compatibilité des restrictions individuelles contenues dans l'accord, dans la mesure où elles sont accessoires.

En droit européen, la notion de restriction accessoire vise toute restriction qui est directement liée et nécessaire à la réalisation d'une opération principale. La nécessité s'apprécie de manière objective et implique un contrôle de proportionnalité. Selon la Cour de justice, l'opération principale doit s'avérer impossible et non seulement plus difficilement réalisable ou moins profitable sans la restriction accessoire (CJUE, 11 sept. 2014, C-382-12 P, Groupement cartes bancaires, LawLex14878). Une restriction mise en œuvre non dans le cadre de l'accord principal ni même à l'occasion de sa conclusion, mais plusieurs années après celle-ci, ne peut donc être considérée comme accessoire. Pour réfuter le caractère accessoire d'une restriction, la Commission peut procéder à une analyse contrefactuelle consistant à vérifier l'existence d'alternatives réalistes et moins attentatoires à la concurrence que la restriction en cause. La durée et le champ d'application matériel et géographique de la restriction ne doivent, en outre, pas excéder ce qui est nécessaire pour la réalisation de l'opération principale. Ainsi, une clause de non-concurrence qui est nécessaire au transfert de la valeur commerciale d'une entreprise ou à la période de démarrage d'une entreprise commune et qui est limitée dans le temps et dans l'espace constitue une restriction accessoire. Il en est de même pour les clauses d'exclusivité ou de priorité. En revanche, une clause de non-concurrence ne peut être qualifiée de restriction accessoire lorsqu'elle subsiste en dépit de la renonciation des parties à la mise en œuvre de l'opération principale ou n'est pas nécessaire à sa réalisation en raison d'un cadre légal suffisamment protecteur. De même, des clauses de non-contestation et de non-commercialisation ne peuvent être considérées comme des restrictions accessoires à un accord de règlement amiable en matière de brevet que si elles reflètent la reconnaissance de la validité du brevet par chacune des parties et à condition que leur portée se limite à celle du brevet en cause.

b. État de nécessité/Intérêt public

A RETENIR

Une stratégie défensive peut-elle constituer une cause d'exonération ? La jurisprudence européenne semble l'admettre dans certains cas. Une entente ne peut trouver sa justification dans le seul comportement anticoncurrentiel des concurrents. Mais elle peut être justifiée par l'existence d'un état de nécessité, qui, comme la légitime défense, suppose une situation d'urgence, la menace d'un danger actuel ou imminent et la réponse à cette menace par un acte nécessaire et proportionné.

Une réelle menace doit peser sur l'entreprise et sa survie ne doit pas pouvoir être assurée par un autre moyen. Les autorités de concurrence se montrent plus réticentes à l'égard des cartels de crise, qui ne pourraient éventuellement être exonérés que dans le cadre d'une exemption individuelle, mais qui sont susceptibles de constituer une circonstance atténuante en cas d'infliction d'amende.

c. Bilan économique

A RETENIR

La règle de raison ne peut en principe pas s'appliquer à une entente qui, par nature, a un objet anticoncurrentiel, quels que soient les objectifs poursuivis. Elle ne peut être mise en œuvre que dans la mesure où il apparaît très clairement que l'atteinte à la concurrence constatée est compensée par ses effets bénéfiques.

L'appréciation *in concreto* d'un accord qui consiste à analyser la situation de la concurrence en l'absence d'accord et à vérifier son impact concret sur la concurrence s'inscrit dans ce cadre. Ainsi, la clause qui empêche toute concurrence entre entreprises dans une zone d'exclusivité n'élimine pas la concurrence dès lors qu'un appel d'offres concurrentiel sera effectué après l'expiration d'une durée contractuelle de cinq ans. Tel est aussi l'effet de la clause résolutoire à mi-parcours stipulée dans un accord de licence qui oblige le licencié à payer une redevance pendant toute la durée du contrat. Enfin, la diffusion et l'échange d'informations entre concurrents peuvent être neutres, voire positifs, du point de vue concurrentiel, lorsque la structure de l'offre est atomisée. Plus spécifiquement, pour apprécier les effets positifs, ou proconcurrentiels, qui justifieraient la pratique, les autorités européennes établissent parfois un véritable bilan économique, en particulier dans le domaine des accords verticaux. Le juge européen a ainsi considéré que la concession d'une licence exclusive ouverte, qui n'interdit pas les importations parallèles ni les licences pour d'autres territoires, mais permet la diffusion d'une nouvelle technologie, n'est pas en soi incompatible avec le Traité et que l'ensemble des clauses restrictives incluses dans un contrat de franchise en vue d'assurer la protection du savoir-faire transmis ou la préservation de l'identité et de la réputation du réseau ne constituent pas des restrictions de concurrence au sens de l'article 101 TFUE, paragraphe 1. De même, la Commission estime que la création d'une entreprise commune entre non-concurrents ne restreint pas la concurrence si l'accord se limite à prévoir ce qui est nécessaire pour garantir le démarrage et le bon fonctionnement de l'entreprise. Dans tous les cas, l'appréciation favorable des autorités de contrôle est justifiée par le fait que la restriction de concurrence est le moyen de l'apparition de nouveaux concurrents sur le marché et demeure à l'évidence

accessoire par rapport à l'objectif légitime dont elle permet la réalisation. La distribution sélective constitue le domaine d'élection de la règle de raison. Le fondement de son application est ici spécifique : la distribution sélective ne contribue pas à augmenter la concurrence sur le marché, mais à améliorer le service rendu au consommateur grâce à la sélection des distributeurs par le fournisseur. Dans son dernier état, cette règle de raison « à l'européenne » a fini par revêtir une forme très différente de la règle de raison américaine, les critères utilisés visant plus à assurer l'objectivité de la sélection des distributeurs qu'à mesurer l'impact de la restriction de concurrence. L'adoption du règlement d'exemption par catégorie concernant l'application de l'article 101 TFUE, paragraphe 3, aux accords verticaux ne produit, en théorie, aucune conséquence sur la règle de raison : un règlement ne peut abroger une jurisprudence. Il demeure néanmoins que la règle de raison aura vraisemblablement moins l'occasion de s'appliquer spécialement en dessous du seuil de 30 % de part de marché qui définit le domaine de l'exemption par catégorie.

B. Exemption

PLAN

Il existe deux types d'exemption en droit européen :

- l'exemption individuelle ;
- l'exemption par catégorie.

1. Exemption individuelle

A RETENIR

L'article 101, paragraphe 3, TFUE déclare le paragraphe 1 inapplicable lorsque l'entente (i) contribue à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique (ii) tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, (iii) sans imposer aux entreprises des restrictions non indispensables pour atteindre ces objectifs, (iv) et en ne leur donnant pas la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause.

La Commission a élaboré des lignes directrices relatives à l'application de l'article 101 TFUE, paragraphe 3, qui fixent une méthodologie pour l'application de cette disposition fondée sur l'approche économique qui a été introduite et développée dans les lignes directrices sur les restrictions verticales, sur les accords de coopération horizontale, et sur les accords de transfert de technologie. Le texte rappelle que, en vertu de l'article 1er du règlement 1-2003 du 16 décembre 2002, aucune décision préalable n'est nécessaire pour constater l'inapplicabilité de l'article 101 TFUE, paragraphe 1, lorsque les conditions du paragraphe 3 sont réunies.

L'entreprise qui souhaite bénéficier d'une exemption au titre de l'article 101 TFUE, paragraphe 3, doit apporter la preuve qu'elle remplit les quatre conditions cumulatives. Selon la Commission, les effets positifs et négatifs d'une entente ne peuvent, en principe, se compenser que lorsqu'ils interviennent sur le même marché. Toutefois, l'exemption individuelle peut être accordée même lorsque les conséquences bénéfiques se produisent sur un marché géographique différent de celui sur lequel l'entente déploie ses effets. Lors

de l'évaluation au regard de l'article 101, paragraphe 3, d'une restriction accessoire jugée non objectivement nécessaire à la réalisation de l'opération principale, il ne peut être tenu compte que des avantages objectifs qui découlent spécifiquement de la restriction, et non de ceux générés par l'opération principale.

L'exemption est accordée pour une durée limitée qui peut aller de trois à plus de dix ans. La durée de l'exemption dépend de différents facteurs, tels que le temps nécessaire à la pénétration d'un marché, à la création d'un produit, à l'utilisation d'une technique nouvelle, au transfert d'une technologie ou le temps requis pour garantir un approvisionnement, limiter l'atteinte à la concurrence, ou permettre l'amortissement des investissements dans le secteur en cause.

Les entreprises concernées peuvent librement proposer des engagements de faire ou de ne pas faire qui répondent aux spécificités propres du marché sur lequel elles opèrent, tels que l'engagement d'adopter une comptabilité séparée, de céder une partie de leurs actifs, de reporter la mise en œuvre de l'accord, de renoncer à faire valoir un droit, de ne pas procéder à des subventions croisées ou à des ventes liées, de ne pas discriminer les tiers à l'accord.

La violation des engagements pris en contrepartie de l'exemption d'un accord n'entraîne le retrait de l'exemption que si, du point de vue de la réalisation globale de l'objet des engagements, elle est patente et grave, a eu des effets néfastes graves et importants sur un tiers, lui a occasionné des dommages graves et irréparables ou encore témoigne, par son caractère répété, de la persistance du non-respect des conditions.

La Commission assortit parfois ses décisions d'exemption de conditions et charges, qui imposent au bénéficiaire de l'exonération des obligations de faire ou de ne pas faire (cession d'actifs, ouverture d'accès à une infrastructure, report de la mise en œuvre de l'accord, obligation de confidentialité, limitation du champ de la coopération, politique de prix, etc.), ou confèrent à la Commission la possibilité d'exercer un contrôle continu de l'accord exempté au moyen d'obligations d'information et de soumission à contrôle. La Commission dispose en la matière d'un pouvoir discrétionnaire. Elle peut souverainement choisir d'assortir sa décision d'exemption de charges plutôt que de conditions. Elle a également le pouvoir de modifier ou de révoquer sa décision si les bénéficiaires abusent de leur exemption, ou s'ils en demandent l'abrogation.

PLAN

Pour bénéficier d'une exemption, l'entente doit satisfaire à quatre conditions cumulatives, deux positives et deux négatives :

- contribuer au progrès économique en réalisant des gains d'efficacité ;
- réserver une part équitable du profit aux utilisateurs ;
- sans imposer de restrictions non indispensables ;
- ni porter atteinte à la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause.

a. Contribution au progrès économique / Gains d'efficacité

Selon le paragraphe 3 de l'article 101 TFUE, le paragraphe 1 ne s'applique pas lorsque l'entente contribue «à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique». Bien qu'ils ne soient pas expressément visés, les services sont bien sûr également couverts par cette disposition. La contribution au progrès économique que la Commission identifie à des «gains d'efficacité» peut être localisée dans le secteur de la production ou de la distribution et bénéficier, au-delà, à l'économie générale.

De nombreux accords entre concurrents (accords de recherche-développement, de spécialisation, de coopération, de création d'entreprise commune...) sont susceptibles d'entraîner une amélioration du processus productif (gains d'efficacité réalisés sur les coûts). Il en va ainsi lorsque l'accord favorise l'introduction d'un produit ou d'une technologie nouvelle sur le marché, permet l'entrée ou le développement d'un concurrent nouveau, ou réduit les coûts de fabrication et augmente la productivité grâce à la concentration de la production ou de la recherche, l'allongement des séries (intégration d'actifs, économies d'échelle ou de gamme) ou l'élimination des productions déficitaires. **L'avantage productif peut également être qualitatif (gains d'efficacité qualitatifs)** et consister notamment en un élargissement de la gamme, une amélioration de la qualité, une standardisation des produits, une couverture minimale contre les sinistres, une commercialisation plus rapide de nouveaux services planétaires, une amélioration des facilités de paiement transfrontalier, un accroissement de fréquence du service ou la fourniture de services spéciaux. **Enfin, l'amélioration peut résulter d'une meilleure organisation de la production ou d'une meilleure adaptation de celle-ci à la demande** (coordination des investissements en vue d'éviter la création de capacités de production excessives, réduction des surcapacités, ou meilleure utilisation des capacités existantes).

Les accords verticaux (accords de distribution ou d'achat exclusif, de distribution sélective, de franchise...) améliorent en principe la distribution en entraînant des gains d'efficacité quantitatifs ou qualitatifs. Un accord de distribution exclusive ou sélective permet une meilleure organisation du réseau, facilite l'entretien par le distributeur d'un stock plus important, encourage les efforts de promotion, et est souvent la condition de la mise en place par le distributeur d'un service d'après-vente et de garantie. Un accord d'approvisionnement exclusif entraîne une meilleure planification des ventes, diminue les coûts de distribution, et facilite la promotion des produits et la pénétration des marchés. Un accord de franchise est le moyen pour le franchiseur d'établir un réseau avec des investissements limités et pour les franchisés d'accéder plus facilement au marché.

Parfois, l'avantage procuré par l'entente est considéré comme bénéficiant à l'économie générale. Il en va ainsi dans le cas des accords de licence de brevet ou de savoir-faire, qui conditionnent la mise en œuvre de nouvelles techniques ou processus de fabrication, des accords de recherche-développement des accords de répartition des ressources en cas de pénurie, ou encore des accords de coordination des investissements en vue d'éviter les excès de capacités de production ou de réduire les surcapacités existantes.

Lorsqu'elles examinent la contribution au progrès économique, les autorités européennes ne se bornent pas à dresser un bilan économique de l'entente en évaluant exclusivement

ses avantages du point de vue de l'efficacité économique immédiate, telle que la réduction des coûts, mais tiennent parfois compte de considérations plus générales, telles que la protection du petit commerce, de la santé, de l'éthique sportive, de l'environnement ou de l'emploi, l'existence d'une crise dans le secteur, la capacité d'innovation, l'intérêt public ou la lutte contre le parasitisme.

b. Profit réservé aux utilisateurs

L'entente ne peut bénéficier d'une exemption qu'à la condition de «[réserver] aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte». L'exigence signifie que la contribution au progrès économique ne doit pas être appréciée uniquement du point de vue des entreprises participantes - le plus souvent les producteurs -, mais qu'elle doit également tenir compte des effets de l'accord au niveau de la demande exprimée par les entreprises clientes ou les consommateurs finals.

Il ne suffit donc pas que l'accord entraîne des gains de productivité pour que l'exonération soit octroyée ; il faut encore que ceux-ci se traduisent par une baisse des prix, actuelle ou même potentielle. Des prix plus bas ne représentent toutefois pas le seul moyen d'accroître la satisfaction de l'utilisateur. La mise sur le marché de produits nouveaux, l'amélioration des produits ou des conditions de distribution, l'extension et la densification du réseau, une meilleure information des consommateurs, la création d'un service après-vente ou une réduction des délais de livraison peuvent également être pris en considération. La condition de profit réservé aux utilisateurs, au sens de l'article 101 TFUE, paragraphe 3, peut être remplie même si tous les membres de la catégorie de consommateurs pertinente ne bénéficient pas de la pratique litigieuse, ou si les effets bénéfiques se sont produits dans d'autres États membres que ceux dans lesquels les parties à l'entente sont établies.

Plus la restriction de concurrence est grande, plus les gains d'efficacité et leurs répercussions sur les consommateurs doivent être importants. La mesure du profit réservé aux utilisateurs peut être fondée sur des projections et se satisfaire de simples présomptions. Dans le cas d'accords de restructuration, les autorités de contrôle admettent ainsi la compensation des pertes immédiates (hausse des prix, fermeture d'unités de production) par les profits escomptés (disponibilité de ressources supplémentaires, assainissement du secteur). De même, elles considèrent que l'intensification du jeu de la concurrence par la pénétration de nouveaux concurrents entraîne en principe un accroissement de la satisfaction du consommateur. Plus généralement, la seule constatation d'une pression concurrentielle sur le marché concerné ou de la puissance d'achat des partenaires de l'entente conduit les autorités de contrôle à conclure que les parties à l'entente ne peuvent retenir par-devers elles les profits dérivés de celle-ci. **La Commission considère qu'il est davantage probable que les consommateurs perçoivent une partie équitable des gains d'efficacité réalisés sur les coûts lorsque ceux-ci concernent les coûts variables plutôt que les coûts fixes.** L'entente ne serait toutefois pas considérée comme procurant un avantage suffisant aux utilisateurs si certains consommateurs de l'Union étaient privés des bénéfices qu'elle procure, ou si elle entraînait une suppression totale de la concurrence par les prix même en cas de maintien de la concurrence par le service. Dans une telle hypothèse, le consommateur n'aurait en effet plus le choix entre l'achat du produit au prix le plus bas et son acquisition à un prix plus élevé incluant la rémunération du ser-

vice. Selon la Commission, si un accord restrictif est susceptible d'entraîner une hausse des prix, celle-ci doit être entièrement compensée par un relèvement de la qualité.

c. Caractère indispensable de la restriction

Une restriction qui a pour objectif d'améliorer la production, la distribution ou de promouvoir le progrès économique bénéficie de l'exemption de l'article 101 TFUE, paragraphe 3, lorsqu'elle s'avère non seulement indispensable à la réalisation d'un tel but mais encore nécessaire. **Cette condition implique que non seulement l'accord restrictif proprement dit soit raisonnablement nécessaire pour réaliser les gains d'efficacité, mais aussi chacune des restrictions de concurrence qui en découlent.**

Une restriction de concurrence revêt un caractère nécessaire si davantage de gains d'efficacité sont générés avec l'accord ou la restriction qu'en son absence. Il ne doit pas exister d'autre moyen économiquement réalisable et moins restrictif permettant de les réaliser. Il est également tenu compte du degré d'indépendance des parties : la restriction est indispensable si les parties individuellement ne peuvent pas obtenir les mêmes gains. Ainsi, l'accord qui permet de réaliser un gain de temps ou une réduction des coûts ou qui améliore la qualité peut être jugé nécessaire. Il en est de même de l'accord qui assure la rationalisation des activités dans un secteur atteint par de graves surcapacités structurelles. En revanche, l'accord qui a pour objet d'évincer un concurrent du marché ne peut être exempté au motif qu'il contribuerait au progrès économique en faisant obstacle à l'exercice prétendument illégal d'une activité économique, dès lors qu'il existe des moyens moins restrictifs pour aboutir à ce résultat, tel le dépôt d'une plainte auprès des autorités compétentes. De même, des accords entre grands constructeurs et fournisseurs qui limitent les remises accordées aux petits constructeurs imposent des restrictions non indispensables à la réalisation des avantages économiques recherchés et ne peuvent bénéficier d'une exemption individuelle. Enfin, selon le juge de l'Union, la diffusion d'informations trompeuses relatives à un médicament ne saurait être considérée comme « indispensable », au sens de l'article 101, paragraphe 3, TFUE. La restriction doit en outre être proportionnée.

Une fois le caractère nécessaire de l'accord constaté, les autorités de concurrence apprécient la nature indispensable de chacune des restrictions accessoires. La condition est remplie si l'absence de la restriction supprime ou réduit substantiellement les gains d'efficacité qui résultent de l'accord ou rend leur réalisation improbable. L'appréciation s'effectue dans le cadre réel de l'accord et doit notamment tenir compte de la structure du marché, des risques économiques liés à l'accord et des incitations qu'ont les parties. Ainsi, une clause de non-concurrence revêt un caractère accessoire lorsqu'elle a pour objet d'empêcher la fuite des idées et stratégies en cours de développement d'une entreprise commune, de partager le savoir-faire ou les risques liés à des investissements conséquents, et que sa durée est limitée à ce qui est nécessaire au but poursuivi.

d. Absence d'élimination de la concurrence

L'article 101, paragraphe 3, TFUE apporte une précision importante : en aucun cas, une entente ne peut bénéficier d'une exemption lorsqu'elle donne aux entreprises concernées la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence. Les textes déterminent ainsi un seuil de prohibition au-delà duquel l'exemption

ne peut jamais être accordée, alors même que l'accord concerné remplirait les autres conditions de la dérogation.

Bien que la disposition rattache formellement l'absence de possibilité d'élimination de la concurrence à l'entente, l'appréciation s'effectue en réalité par rapport à la puissance économique des entreprises qui y sont parties, c'est-à-dire à la part de marché qu'elles contrôlent, ce qui implique de procéder à la définition du marché concerné. **L'examen de la pratique des autorités de contrôle révèle que les décisions qui concluent à l'existence d'une possibilité d'élimination de la concurrence visent en principe des ententes dont les membres contrôlent ensemble des parts de marché supérieures à 70 %, se situant le plus souvent entre 80 et 90 % du marché concerné.** Le seuil de puissance économique ainsi défini ne revêt toutefois qu'une portée relative. Aux yeux de la Commission, la détention d'une part de marché sensiblement inférieure à 70 % peut dans certains cas entraîner une élimination de la concurrence. À l'inverse, il est possible que, même en dépassant ce seuil, une entente puisse bénéficier d'une exemption. Les tempéraments pris en considération sont tirés soit du comportement des entreprises, soit de la structure du marché.

La Commission tempère parfois la portée du seuil de prohibition en procédant à une évaluation qualitative de l'importance de la restriction fondée sur les caractéristiques intrinsèques de l'entente. Dans de nombreuses décisions, les autorités européennes contrebalancent les conclusions tirées de l'importance de la part de marché contrôlée par les membres de l'entente par la prise en considération du degré de nocivité des clauses de l'accord. Bien que l'entente regroupe des entreprises contrôlant la quasi-totalité d'un marché, la Commission considère qu'elle n'entraîne aucune élimination de la concurrence dès lors que les clauses de l'accord ne suppriment pas complètement leur liberté d'action. Tel est le cas lorsque l'accord conduit à une différenciation des produits existants, que la protection territoriale n'est pas absolue, que subsiste une liberté dans la fixation des prix, ou que l'accès des tiers sur le marché reste libre. C'est ainsi que, à propos d'une entente visant à l'organisation exclusive de foires et regroupant la plupart des membres d'une profession, la Commission conclut à l'absence d'élimination de la concurrence en relevant que l'exposition en cause n'est que biennale et que les participants peuvent dans certaines conditions obtenir l'autorisation d'exposer ailleurs au cours de l'année pendant laquelle elle se tient. De même, la Commission estime que le remplacement d'une clause d'exclusivité d'achat par un engagement de couverture à 25 % suffit à écarter le risque d'élimination de la concurrence bien que les membres du groupement d'achat en cause contrôlent 80 % du marché concerné. À l'inverse, elle considère qu'une clause de protection territoriale absolue, qui interdit aux concessionnaires et grossistes établis en dehors d'un territoire d'écouler les produits couverts par l'exclusivité sur ce territoire, serait susceptible d'éliminer la concurrence indépendamment de la position de marché des entreprises concernées.

Dans certaines décisions, les autorités européennes atténuent la portée des conclusions tirées de l'importance de la part de marché des entreprises parties à l'entente en prenant en considération le degré de concentration du marché sur lequel l'entente intervient. La Commission souligne ainsi que deux entreprises contrôlant moins de 25 % du marché n'ont pas la possibilité d'éliminer la concurrence non seulement parce que leur propre

puissance économique est limitée, mais également du fait qu'il existe sur ce marché, à côté d'environ vingt-cinq petits producteurs, plusieurs fabricants en mesure d'exercer une concurrence effective dont l'un détient une part de marché presque double de celle de l'entente. De même, elle estime qu'une entente, loin de favoriser une élimination de la concurrence sur le marché considéré, peut conduire à une diminution de son degré de concentration lorsqu'elle réduit les conséquences de l'asymétrie des tailles respectives des entreprises présentes sur ce marché. À l'inverse, les autorités européennes considèrent qu'une entente ne regroupant que des entreprises peu puissantes tend à éliminer la concurrence lorsqu'elle intervient sur un marché fortement concentré et participe d'un effet cumulatif. L'exemption est accordée à l'accord conclu sur un marché sur lequel subsiste un nombre suffisant de concurrents forts, disposant d'un savoir-faire équivalent, d'une capacité financière assise, et qui conservent la faculté d'agir de façon autonome, mais refusée à l'accord de prix entre producteurs concurrents, qui conduit à supprimer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause, compte tenu de la structure concentrée du marché composé de vingt-neuf producteurs dont au moins dix-neuf dépendent les uns des autres par le jeu de liaisons financières.

L'accord vertical réciproque entre concurrents n'entraîne pas d'élimination de la concurrence lorsqu'il ne se substitue à aucune concurrence existante mais est axé sur le développement d'un service nouveau. Appliquant la théorie des industries juvéniles au droit de la concurrence, la Commission accepte parfois que, sur le marché d'un produit nouveau, la concurrence actuelle soit entièrement supprimée afin de permettre à des entreprises qui n'y auraient pas eu accès d'y pénétrer et de devenir des concurrents à l'échéance de l'entente ; dans ce cas, la concentration provisoire du marché devient le moyen de sa déconcentration future.

Dépassant le cadre du marché concerné par l'entente, la Commission étend parfois son analyse aux marchés se trouvant en rapport avec celui-ci, en tenant compte du contre-poids éventuel que les partenaires commerciaux de l'entente sont susceptibles de lui opposer. Elle considère ainsi qu'une entente entre offreurs contrôlant entre 70 et 80 % d'un marché n'équivaut pas à une élimination de la concurrence dès lors que «du côté de la demande, on est en présence d'une structure très serrée».

Enfin, l'importance des formes de concurrence affectées est parfois susceptible de modifier l'appréciation. Aussi, lorsque la concurrence par les prix est complètement éliminée pour une partie des produits en cause, la Commission vérifie-t-elle si «les autres éléments sur lesquels s'exerce la concurrence, tels que les stocks, la spécialisation, le service et l'exécution des commandes» ne sont pas de nature à contrebalancer cette appréciation, alors même que l'entente en cause regroupe des entreprises contrôlant environ 70 à 80 % du marché concerné. Plus généralement, les autorités européennes estiment que le maintien de la concurrence par la qualité pourrait pour certains types de produits compenser une élimination de la concurrence par les prix à condition toutefois que celle-ci ne soit pas totale.

2. Exemption par catégorie

a. Premiers règlements

L'exemption peut être accordée, par voie de règlement, sur le fondement de l'article 101, paragraphe 3, TFUE qui prévoit que l'article 101, paragraphe 1, peut être déclaré inapplicable à des «catégories» d'accords.

La Commission a fait largement usage de cette possibilité d'exemption collective. Sur habilitation du Conseil, elle a ainsi adopté dans le domaine de la distribution et de la propriété intellectuelle plusieurs règlements. Elle a également mis en œuvre l'autorisation du Conseil à l'égard des accords de normalisation, de recherche-développement et de spécialisation.

A RETENIR

Tous ces règlements comportaient des caractéristiques communes. D'abord, ils subordonnaient souvent l'exemption à la condition que les entreprises participant à l'entente ne dépassent pas certains seuils de puissance économique. Ensuite, ils distinguaient généralement trois types de clauses contractuelles : les clauses noires, blanches et grises.

Les premières ne bénéficiaient pas de l'exemption par catégorie (par ex. accords d'achat exclusif, de distribution exclusive ou de franchise conclus entre fabricants concurrents, clauses de protection territoriale absolue insérées dans certains contrats de distribution qui interdisent les importations parallèles de territoire à territoire, ou clauses limitant la liberté de fixation des prix du franchisé ou du licencié). Les clauses blanches étaient celles qui ne portaient pas atteinte à la concurrence (par exemple celles visant à maintenir l'identité et la réputation du réseau dans le cadre d'une franchise, ou justifiées par l'exploitation du brevet dans un accord de licence de brevet). Les clauses grises représentaient l'ensemble des clauses qui, comme la clause d'exclusivité ou d'interdiction de concurrence active en dehors de la zone concédée, sont restrictives de concurrence mais bénéficient de l'exemption par catégorie. Ces règlements ont été progressivement jugés trop lourds, trop directifs et, finalement, trop «juridiques».

b. Règlements «nouvelle génération»

Conscientes des difficultés soulevées par les règlements traditionnels, qui s'apparentaient parfois à de véritables contrats-types, les autorités européennes ont décidé d'élaborer des règles d'exemption plus souples en supprimant les clauses blanches et grises ainsi que la fameuse règle du «tout ou rien» (selon laquelle une clause anticoncurrentielle non exemptée suffisait à faire tomber l'exemption) et en les remplaçant par des seuils de puissance économique, calculés en parts de marché, en deçà desquels l'accord est exempté.

A RETENIR

Désormais, les règlements ne dressent plus de listes de clauses exemptées, mais se contentent d'identifier des clauses qui, même si les seuils de parts de marché ne sont pas dépassés, empêchent l'exemption. Les clauses noires privent l'accord dans sa totalité du bénéfice de l'exemption. Les clauses rouges s'opposent à l'exemption d'une obligation déterminée sans remettre en cause l'exemption du contrat dans son

ensemble.

PLAN

Nous examinerons successivement :

- les règlements relatifs aux restrictions verticales ;
- les règlements relatifs aux restrictions horizontales ;
- la portée de l'exemption par catégorie.

1) Restrictions verticales

Le 22 décembre 1999, a été adopté le règlement 2790-1999 sur l'application de l'article 81, paragraphe 3, du Traité CE à des catégories d'accords verticaux qu'accompagnaient des Lignes directrices. Ce règlement constituait un premier aboutissement de la réforme des règles de concurrence entreprise par la Commission en vue d'améliorer la sécurité juridique des entreprises et d'alléger la charge de travail des autorités européennes.

Le champ d'application du règlement était très large puisqu'il visait virtuellement tous les accords verticaux, c'est-à-dire tous les accords entre entreprises situées à des niveaux différents de la chaîne de production et de distribution et dont l'objet était l'achat, la vente ou la revente de certains biens et services. Il remplaçait les règlements d'exemption 1983-83, 1984-83 et 4087-88 concernant respectivement la distribution exclusive, l'approvisionnement exclusif et la franchise, couvrait les accords relatifs aux biens et services non destinés à la revente, et faisait tomber la distribution sélective - qui relevait jusque-là exclusivement de la règle de raison - dans son champ d'application. Seule la distribution automobile en était exclue, les spécificités du secteur justifiant, selon la Commission, le maintien d'un régime particulier. Le nouveau règlement donnait plus de liberté aux entreprises. Le retour à la liberté contractuelle était cependant un facteur d'incertitude juridique. Pour apprécier la validité de leur accord, les entreprises étaient tenues de se référer aux lignes directrices, bien que celles-ci, comme l'a rappelé la Cour de justice, n'aient aucune valeur juridique.

A RETENIR

Le règlement 2790-1999 a été remplacé par le règlement 330-2010 le 20 avril 2010, entré en vigueur dès le 1er juin 2010, accompagné de nouvelles Lignes directrices. Le texte fixe un double seuil de part de marché. Pour bénéficier de l'exemption, il faut désormais que la part de marché tant du fournisseur que du distributeur ne dépasse pas 30 %, la part de marché de ce dernier étant calculée sur le marché de l'approvisionnement des produits ou services contractuels en cause (Lignes directrices, pt 23), sous réserve que l'accord ne contienne pas de clauses noires (clauses de prix minimum ou de prix fixe, clauses conférant une protection territoriale absolue, clauses prohibant les livraisons croisées entre distributeurs sélectifs, etc. : art. 4) et respecte certaines prescriptions (conditions relatives à l'obligation de non-concurrence contractuelle et post-contractuelle, interdiction des clubs de marques dans la distribution sélective : art. 5).

En d'autres termes, le règlement pose une présomption de légalité pour ces accords.

Au-delà de ce seuil, s'il n'est pas possible de présumer qu'un accord vertical entraîne généralement des avantages objectifs de nature à compenser les inconvénients qui en résultent pour la concurrence, un tel accord ne peut pas non plus être présumé relever du paragraphe 1 de l'article 101 ou ne pas remplir les conditions du paragraphe 3 (Règl. 330-2010, cons. 9). La position de la Commission s'assouplit aussi à l'égard des restrictions caractérisées. Si la présence de telles restrictions au sein d'un accord peut laisser présumer son caractère anticoncurrentiel, cette présomption est désormais réfutable (Lignes directrices, pt 47). L'exemption sera accordée s'il est établi que l'introduction d'une clause noire dans l'accord produit des gains d'efficacité et que les conditions posées à l'article 101 TFUE, paragraphe 3, sont réunies. La prohibition des prix minimum imposés n'est plus absolue. Un prix de vente imposé peut, selon les lignes directrices, ne pas avoir pour effet de restreindre la concurrence et produire des gains d'efficacité (pt 223). Cependant, selon la Cour, il n'y a pas lieu de donner une interprétation large aux dispositions faisant entrer un accord dans le champ de l'exemption par catégorie dès lors que l'entreprise peut toujours demander une exemption individuelle.

Si la restriction des ventes sur internet demeure interdite, la Commission reconnaît aux promoteurs de réseaux de distribution sélective le droit d'imposer des normes de qualité pour l'utilisation du site internet comme pour la vente en magasin ou la publicité.

Par ailleurs, les redevances d'accès initial versées par les fournisseurs qui permettent d'accéder au réseau et rémunèrent les services rendus par le distributeur pendant une certaine période sont exemptées en deçà du seuil de 30 %. Au-delà, elles sont susceptibles de conduire à une éviction anticoncurrentielle car elles incitent le fournisseur à n'écouler ses produits que par l'intermédiaire d'un seul distributeur et constituent une barrière à l'entrée pour les autres distributeurs (pts 204 s.). Il en est de même pour les accords de gestion par catégorie ou de *category management* (pts 209 s.).

Si les entreprises détiennent plus de 30 % de parts de marché, l'accord ne pourra bénéficier que d'une exemption individuelle. L'exemption est désormais rétroactive et vaut dès la conclusion de l'accord. Lorsque le règlement n'est pas applicable, les lignes directrices doivent permettre aux entreprises de vérifier la compatibilité de leur accord avec les dispositions de l'article 101, paragraphe 1.

Enfin, outre une faculté de retrait ou de déclaration d'inapplicabilité à l'initiative de la Commission, le règlement 1-2003 permet aux États membres de retirer une exemption sur leur propre territoire dès lors que ce dernier constitue un marché géographique distinct et que l'accord exempté comporte des effets incompatibles avec les conditions prévues par l'article 101, paragraphe 3, notamment lorsque la concurrence est restreinte de manière significative du fait d'un effet cumulatif. Ce pouvoir de retrait national risque de conduire à une application variable du droit de la concurrence.

La Commission a renoncé à substituer purement et simplement le nouveau règlement général au règlement automobile 1400-2002, qui est arrivé à expiration le 31 mai 2010. Elle a préféré appliquer des régimes juridiques différents à la distribution (prorogation du règlement automobile pour trois ans, puis application du règlement général) et à l'après-vente. Selon la Commission, l'existence d'un marché distinct de l'après-vente automobile, sur lequel une concurrence effective est fonction du degré d'in-

teraction entre les réparateurs agréés dépendant d'un réseau et les opérateurs agréés indépendants, oblige à prévoir des conditions d'exemption particulières, notamment pour assurer la sécurité des utilisateurs finals et garantir l'accès des réparateurs à des intrants essentiels, tels que les pièces de rechange et les informations techniques (cons. 13). Ces spécificités nécessitent d'imposer «des exigences plus strictes concernant certains types de restrictions graves de la concurrence susceptibles de limiter l'approvisionnement et l'utilisation de pièces de rechange sur le marché de l'après-vente automobile» (cons. 15). Aussi a-t-elle adopté, dans le nouveau règlement automobile 461-2010 du 27 mai 2010, une solution originale qui consiste à soumettre, pour l'essentiel, l'après-vente aux conditions du règlement général 330-2010 et à des dispositions spécifiques au secteur de l'automobile. Autrement dit, les accords qui portent sur l'après-vente doivent, pour bénéficier de l'exemption par catégorie, satisfaire aux conditions décrites au règlement 330-2010 et ne pas contenir de restrictions caractérisées énumérées à l'article 5 du règlement 461-2010. En pratique, les contrats de réparation agréée bénéficieront rarement de l'exemption par catégorie car, selon la Commission, chaque marque possède sur le marché des pièces et de l'après-vente une part de marché supérieure à 30 %, à l'exception des véhicules utilitaires et des poids lourds, pour lesquels la Commission semble admettre qu'il pourrait n'exister qu'un seul marché de la vente et de l'après-vente dans la mesure où les acheteurs se déterminent généralement en fonction du coût global d'achat et d'entretien des biens professionnels concernés.

2) Restrictions horizontales

Dans le même temps, la Commission a également révisé les textes relatifs aux accords horizontaux en adoptant deux règlements relatifs, l'un aux accords de spécialisation, l'autre aux accords de recherche et développement, ainsi que des lignes directrices. Ces textes, qui reflètent la nouvelle politique de la Commission en matière d'exemption par catégorie, ont été remplacés par deux nouveaux règlements - le règlement 1217-2010 du 14 décembre 2010, relatif aux accords de recherche et développement (R&D), le règlement 1218-2010 du 14 décembre 2010, relatif aux accords de spécialisation - complétés par des Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 aux accords de coopération horizontale.

A RETENIR

Comme les précédents, ces règlements posent une présomption de légalité en faveur des accords entre concurrents en deçà d'un seuil de part de marché de 25 % pour les accords de R&D et de 20 % pour les accords de spécialisation.

Au-delà de ces seuils, les accords horizontaux ne sont pas présumés contraires à l'article 101, paragraphe 1. Les textes déterminent, également, les restrictions qui ne sont pas exemptées. Constituent notamment des clauses noires : pour les accords de spécialisation, les clauses de prix, de limitation de la production ou des ventes, de répartition de marché et de quotas de produits (Règl. 1218-2010, art. 4) ; pour les accords de recherche et développement, les clauses limitant les activités, les clauses de non-contestation, de fixation de prix et de répartition de marchés (Règl. 1217-2010, art. 5).

Les lignes directrices s'appliquent aux accords qui n'entrent pas dans le champ d'applica-

tion des règlements, ainsi qu'à certaines autres formes de coopération entre concurrents (par ex. : achats groupés, commercialisation en commun). Comme pour les restrictions verticales, elles doivent permettre aux parties d'apprécier la compatibilité de l'accord avec l'article 101, paragraphe 1, TFUE compte tenu du contexte économique, du pouvoir de marché des parties, ainsi que de facteurs structurels permettant de mesurer l'effet d'une coopération entre entreprises. Elles définissent ainsi un cadre analytique applicable à l'appréciation de chaque accord (pt 1.2). Les accords horizontaux étant fréquemment l'occasion d'échanges d'informations, ceux-ci font désormais l'objet d'un traitement spécifique dans les lignes directrices qui posent des principes généraux d'appréciation, transposables à l'analyse de toute restriction horizontale (pt 2). En vertu des lignes directrices, il n'est pas nécessaire d'examiner les effets réels sur la concurrence des accords qui ont pour objet de restreindre la concurrence par la fixation des prix, la limitation de la production ou encore la répartition des marchés ou des clients, dès lors que ceux-ci sont présumés produire des effets négatifs sur le marché.

3) Portée

Un règlement par catégorie confère de plein droit le bénéfice de l'exemption aux ententes qui tombent dans son champ d'application. Un accord doit affecter le commerce entre États membres pour relever d'un règlement d'exemption. Tel n'est pas le cas lorsqu'il se situe en deçà des seuils fixés par la Commission. En revanche, un accord qui relève de l'interdiction de l'article 101 TFUE, paragraphe 1, en raison de l'effet cumulatif de l'ensemble des accords similaires, est susceptible de bénéficier d'une exemption par catégorie.

A RETENIR

La liberté contractuelle est de principe, même en présence d'un règlement d'exemption. Il s'ensuit qu'une clause non visée par le règlement n'est pas *a priori* suspecte. *A fortiori*, ne saurait-elle être nulle.

Si un contrat couvert par le règlement comporte des clauses non visées par ce dernier, une seule conclusion logique s'impose : ces clauses ne bénéficient pas de l'exemption par catégorie. Elles ne sauraient cependant être nulles que dans la mesure où elles seraient effectivement anticoncurrentielles.

II. Droit français

A. Règle de raison

PLAN

En droit français, l'application de la raison peut être fondée sur :

- le bilan économique de l'entente ;
- le caractère accessoire de la restriction ;
- l'état de nécessité ou l'intérêt public.

1. Bilan économique

A RETENIR

Les autorités de contrôle appliquent fréquemment la règle de raison à des ententes tant horizontales que verticales, au point de délaisser complètement l'article L. 420-4, I, 2°, qui fixe les conditions de l'exemption individuelle. Une fois les effets anticoncurrentiels, actuels ou potentiels, de l'entente établis, elles vérifient dans le cadre de l'article L. 420-1 lui-même, si les effets positifs de la concertation ne sont pas de nature à compenser les atteintes à la concurrence qu'elle entraîne.

La première étape du raisonnement consiste à vérifier l'existence même de la restriction de concurrence, avant de tenir compte d'éventuelles justifications.

Ainsi, tout échange d'informations entre concurrents n'est pas illicite au regard de l'article L. 420-1. Même lorsqu'il porte sur les prix, il n'est pas considéré comme anticoncurrentiel s'il ne s'accompagne pas de consignes, directives ou recommandations, si les données sont constatées a posteriori, traduisent des résultats observés sur un marché concurrentiel et ne sont pas individualisées. De même, un accord de prix entre les membres d'une même enseigne ne tombe pas sous le coup de la prohibition, soit lorsque les membres du groupement ne sont pas situés sur les mêmes zones de chalandise, soit lorsqu'ils se bornent à déterminer des prix maxima de vente ou des prix conseillés, à condition que ces derniers ne masquent pas une pratique de prix minimum imposés.

Dans la pratique, les autorités de contrôle glissent très facilement de la constatation de l'atteinte à la concurrence à l'appréciation de son bien-fondé.

Pour déterminer la portée des restrictions admises, les autorités de la concurrence appliquent un contrôle de proportionnalité. Une restriction de concurrence, pour être licite, doit être compensée par des effets bénéfiques et être proportionnée à l'objectif poursuivi. Elles distinguent, ce faisant, entre les atteintes susceptibles d'être portées à la concurrence externe et interne. Les restrictions imposées par le franchiseur aux franchisés ne doivent pas dépasser ce qui est nécessaire à la protection du réseau et à la transmission du savoir-faire. Ainsi, l'obligation de recourir au décorateur du franchiseur, l'interdiction de se fournir auprès des concurrents alors que leurs produits sont substituables ou les pratiques tendant à transformer des prix conseillés en prix imposés, ou l'interdiction pour le franchisé de vendre les articles démodés ou défraîchis en dehors de la période de soldes sont incompatibles avec l'article L. 420-1. De même qu'une clause de non-rétrocession insérée dans des accords verticaux ne peut être justifiée par le souci d'assurer les normes de sécurité, dès lors que le même résultat pourrait être atteint par un moyen moins restrictif, la durée d'un accord d'exclusivité concernant la distribution d'un produit innovant et attractif ne peut être fixée à cinq ans dès lors que le chiffre d'affaires tiré des ventes de ce produit pendant la période d'exclusivité est nettement supérieur au coût de rentabilisation des investissements spécifiques liés à sa mise sur le marché tels que les investissements consentis au titre de la publicité, de la formation du personnel dédié et des développements techniques. L'interdiction de vente de cycles sur internet excède les impératifs liés à la préservation d'un modèle économique à forte valeur ajoutée fondé sur l'image de marque, la qualité du service et une relation personnalisée avec

le client, lorsque ces services peuvent être fournis au travers d'un service d'assistance spécialisé en ligne. Enfin, si une obligation de prise en main appliquée aux produits dangereux peut être considérée comme appropriée et apte à garantir leur bon usage et la sécurité des utilisateurs et constitue un moyen, pour les fabricants qui l'imposent, de se démarquer de leurs concurrents par le nombre et la qualité des services offerts au moment de la vente, une telle obligation va au-delà de ce qui est nécessaire à leur commercialisation lorsqu'elle s'applique également aux utilisateurs avertis et aux professionnels, alors que la condition qu'elle soit assurée personnellement pourrait être remplacée par des accords de sous-traitance entre revendeurs et que la démonstration des conditions d'utilisation des produits peut s'effectuer en ligne, par des animations ou vidéos.

À l'actif du bilan dressé par l'Autorité de la concurrence, figurent non seulement l'augmentation du nombre de concurrents, mais également l'accroissement de l'intensité de la concurrence. Une clause d'exclusivité qui porte atteinte à la concurrence à l'intérieur du réseau de distribution (concurrence intra-marque) est susceptible d'être rachetée grâce au surcroît de concurrence qu'elle crée entre réseaux (concurrence inter-marques). Un groupement d'entreprises concurrentes en vue de répondre à un appel d'offres est jugé licite lorsqu'il est motivé par la recherche mutuelle d'une complémentarité économique et technique. Le fait pour une société gestionnaire d'un réseau de santé de communiquer spontanément aux clients des organismes qui lui sont affiliés les coordonnées de praticiens adhérents susceptibles de leur proposer des tarifs moins élevés que les devis émis par des non-adhérents ne viole pas l'article L. 420-1 du Code de commerce dès lors que la réduction du prix des services constitue l'un des objectifs du libre jeu de la concurrence. Les autorités de concurrence ont souvent utilisé le règlement restrictions verticales comme guide d'analyse, pour apprécier la licéité d'ententes verticales dans le cadre de la règle de raison, alors même que le droit européen n'était pas applicable.

Au-delà de l'accroissement de la concurrence, l'amélioration directe de la satisfaction du consommateur représente une conséquence favorable susceptible d'être aussi prise en considération.

2. Restrictions accessoires

A RETENIR

Si l'opération principale couverte par l'accord ne restreint pas la concurrence, il n'est plus nécessaire d'examiner la compatibilité des restrictions individuelles contenues dans l'accord, dans la mesure où elles sont accessoires.

La notion de restriction accessoire, développée initialement en droit européen et qui vise toute restriction directement liée et nécessaire à la réalisation d'une opération principale, a été récemment introduite en droit français, même si elle n'a pour l'heure pas fait l'objet d'une application positive.

Ainsi, la commission multilatérale fixée d'un commun accord entre banques concurrentes pour chaque remise de chèque, même si elle est directement liée à la mise en place du système dématérialisé d'échange des chèques, neutre au regard du droit de la concurrence, ne s'apparente pas à une restriction accessoire à cette opération principale

dès lors qu'elle n'est pas objectivement nécessaire à son adoption, comme le démontre le fait que le principe et le montant de la commission ont été définis sans analyse préalable des pertes et gains liés à la dématérialisation et qu'à la date de sa conclusion, il n'est pas établi que l'une au moins des banques concernées pouvait raisonnablement envisager qu'elle subirait effectivement des pertes.

De même, un accord de répartition de marchés n'a pas été considéré comme une restriction accessoire à la constitution d'un groupement coopératif, qui, s'il implique la mise en place d'un maillage territorial, ne requiert pas l'institution de zones d'exclusivité, les parties pouvant se contenter d'exiger que tout adhérent qui souhaite développer son activité en dehors de la zone pour laquelle il a été agréé justifie préalablement qu'il dispose des moyens suffisants pour y proposer des services d'une qualité conforme aux standards du réseau.

Par ailleurs, des restrictions notifiées et autorisées dans le cadre d'une opération de concentration ne peuvent, en application de la théorie des droits acquis, être examinées postérieurement au regard du droit des pratiques anticoncurrentielles.

3. État de nécessité/Intérêt public

A RETENIR

Une stratégie défensive peut-elle constituer une cause d'exonération ? La jurisprudence semble l'exclure.

L'Autorité de la concurrence n'accorde pas l'exonération sur le seul fondement de l'article L. 420-1 aux ententes constituées pour répondre au comportement illicite d'un concurrent. La puissance d'achat, le pouvoir de marché, des pratiques déloyales ne sauraient légitimer le fait de s'entendre entre concurrents pour s'y opposer ou y mettre fin. La crise de secteur et/ou la survie des entreprises ne sont pas non plus susceptibles d'autoriser une concertation. En effet, la crise frappant un secteur d'activité ne constitue pas un état de nécessité. Enfin, des échanges d'informations ne peuvent être justifiés par l'intérêt collectif d'une profession ou d'un secteur d'activité.

B. Exemption

PLAN

Le droit français distingue :

- l'exemption individuelle par application d'un texte ;
- l'exemption individuelle sur le fondement de gains d'efficacité ;
- l'exemption par catégorie.

1. Application d'un texte

A RETENIR

L'article L. 420-4, I, 1^o du Code de commerce prévoit l'exemption des pratiques « qui résultent de l'application d'un texte législatif ou d'un texte réglementaire pris pour son

application». Peuvent être invoqués une loi, un décret ou un arrêté à condition, pour ces deux derniers textes, qu'ils aient été pris pour l'application d'une loi.

Les autorités de contrôle assimilent à un texte réglementaire la circulaire ou la lettre du ministre de l'Économie qui se présente comme une interprétation formelle de la législation et de la réglementation en vigueur autorisant certaines pratiques anticoncurrentielles. L'extension est cependant d'application stricte : les ministres en charge d'un secteur déterminé n'ont pas compétence pour interpréter des textes relatifs à la concurrence ; un encouragement, une incitation, une approbation expresse ou tacite n'équivalent pas à une autorisation. Enfin, il est établi qu'un accord professionnel ou interprofessionnel homologué par un arrêté ministériel pourrait être invoqué à l'appui d'une demande d'exemption.

Pour que l'article L. 420-4, I, 1^o soit applicable, il faut que les pratiques anticoncurrentielles constatées soient la conséquence directe et inéluctable des textes invoqués. Ceci signifie en particulier que l'article L. 420-4, I, 1^o est inapplicable lorsque le secteur économique considéré est soustrait dans son ensemble au jeu de la concurrence, puisqu'aucun comportement anticoncurrentiel n'est plus possible dans une telle hypothèse, ou lorsque les clauses visées dans un contrat-cadre entre une organisation professionnelle et des producteurs doivent être strictement conformes aux dispositions du Code rural et de la pêche maritime. De même, le texte ne vise pas l'exercice légitime d'un droit, tel un droit de propriété intellectuelle, qui ne saurait être assimilé à une pratique anticoncurrentielle, même s'il produit des effets restrictifs.

L'application de l'article L. 420-4, I, 1^o suppose également que la relation de causalité entre la pratique anticoncurrentielle et l'intervention publique présente un caractère exclusif : l'entente ne doit ajouter aucune restriction à celle résultant déjà de l'intervention publique. Ainsi, le fait que l'accès à une profession soit limité et les volumes de production fixés par voie autoritaire ne justifie pas une entente de prix conclue entre les membres de cette profession. De même, la réglementation s'appliquant à la profession d'architecte n'implique pas l'élaboration d'un contrat-type par un syndicat d'architectes, l'exigence d'une autorisation d'importation n'impose pas des pratiques restrictives de fixation des prix et de répartition des marchés, et le Code de la santé publique n'oblige pas un pharmacien à adopter des jours et heures de fermeture identiques à ceux convenus par ses confrères. En revanche, l'obligation pour les avocats d'adhérer au contrat d'assurance collective de responsabilité civile professionnelle souscrit par le barreau est justifiée au titre de l'article L. 420-4, I, 1^o du Code de commerce dès lors que le Conseil de l'Ordre serait sinon dans l'incapacité d'assumer sa mission, imposée par la loi, de contrôle du respect par chaque avocat de l'obligation de s'assurer.

La portée de l'effet exonératoire de l'article L. 420-4, I, 1^o est aujourd'hui sensiblement limitée par la jurisprudence européenne. Toute mesure susceptible d'éliminer l'effet utile des articles 101 et 102 TFUE est contraire au droit européen. Ainsi, la Cour de justice considère qu'un arrêté ministériel qui détermine l'extension d'un accord interprofessionnel restrictif de concurrence est incompatible avec les obligations imposées aux États membres en vertu du Traité.

2. Contribution au progrès économique/Gains d'efficacité

A RETENIR

L'article L. 420-4, I, 2° du Code de commerce reproduit les quatre conditions cumulatives de l'article 101, paragraphe 3, TFUE. Pour bénéficier de l'exemption, il faut que les auteurs des pratiques prohibées (1) justifient qu'elles ont pour effet d'assurer un progrès économique, y compris par la création ou le maintien d'emplois, et (2) qu'elles réservent aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte sans (3) donner aux entreprises intéressées la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause ni (4) imposer des restrictions non indispensables.

L'entreprise qui entend justifier une pratique en invoquant un progrès économique doit en démontrer la réalité et l'importance, notamment en versant au dossier des éléments probants et vérifiables. En outre, l'examen du caractère exemptable d'un accord doit être conduit au regard de la situation concrète du marché et des éléments connus des parties au moment où il a été conclu. L'identité des termes employés en droit de l'Union et en droit français masque des réalités fort différentes. Alors que les autorités européennes n'hésitent pas à appliquer l'article 101, paragraphe 3, le texte français n'a été appliqué qu'en de rares occasions.

Selon l'Autorité de la concurrence, les dispositions de l'article L. 420-4, I, 2° sont d'interprétation stricte. Le progrès économique doit être un progrès pour la collectivité dans son ensemble et non seulement pour les entreprises intéressées. Il doit être la conséquence directe des pratiques en cause, ne doit pas pouvoir être obtenu par d'autres voies et doit être suffisamment important pour justifier les atteintes à la concurrence. Le progrès économique recherché doit être identifié de façon claire, objective et mesurable, de sorte qu'il soit possible de vérifier *ex post* que l'objectif annoncé a effectivement été atteint. Comme les autorités européennes, l'Autorité de la concurrence adopte l'approche dite de l'échelle mobile pour évaluer le profit tiré par les utilisateurs du progrès économique allégué. Plus la restriction constatée est grande, plus les gains d'efficacité et leur répercussion sur les utilisateurs doivent être importants. Lorsque les effets restrictifs d'un accord sont relativement limités et les gains d'efficacité substantiels, une partie équitable des réductions des coûts sera assurément répercutée sur les consommateurs. Enfin, l'accord doit être raisonnablement nécessaire à la réalisation des gains d'efficacité allégués. Ainsi, l'instauration d'une commission interbancaire pour l'échange d'images-chèques n'a pas été jugée nécessaire au progrès économique constitué par le passage à un nouveau système de traitement dématérialisé des chèques dès lors que son principe et son mode de calcul ont été décidés sans analyse préalable des pertes et gains liés à la dématérialisation et sans qu'il soit établi qu'à la date de la conclusion de l'accord, l'une au moins des banques concernées pouvait raisonnablement envisager qu'elle subirait effectivement des pertes.

L'article L. 420-4 du Code de commerce, depuis la loi du 1er juillet 1996, mentionne la possibilité d'exempter individuellement des pratiques «qui peuvent consister à organiser, pour les produits agricoles ou d'origine agricole, sous une même marque ou enseigne, les volumes et la qualité de production ainsi que la politique commerciale, y compris en convenant d'un prix de cession commun». De plus, des accords spécifiques peuvent

désormais aussi bénéficier d'une exemption par décret. Enfin, la loi NRE a ajouté une référence expresse à la création et au maintien d'emploi, qui représente peut-être un acte d'affirmation d'une volonté politique, mais ne modifie pas réellement la portée du texte.

3. Exemption par catégorie

A RETENIR

S'inspirant du droit européen, l'article L. 420-4, dernier alinéa, prévoit que «certaines catégories d'accords [...] peuvent être reconnues comme satisfaisant [aux] conditions [de l'article L. 420-4, I, 2^o] par décret pris après avis conforme de l'Autorité de la concurrence».

À titre indicatif, le texte cite, parmi les catégories d'accords pouvant faire l'objet d'une exemption, ceux qui «ont pour objet d'améliorer la gestion des entreprises moyennes ou petites». En dépit de certaines ressemblances, le dispositif français est très différent de celui mis en place au plan européen dans la mesure où il confie le pouvoir d'exemption à une autorité distincte de celle à laquelle incombe la mission de contrôle. Afin d'assurer une certaine harmonie entre la pratique décisionnelle de l'Autorité et les options du pouvoir réglementaire, les décrets d'exemption ne peuvent cependant être édictés que sur l'avis conforme de l'Autorité de concurrence. **Deux décrets d'exemption ont été publiés : le premier relatif aux labels agricoles, le second aux situations de surcapacité dans le secteur agricole.** Comme le montre la rareté des décrets d'exemption, le droit français demeure relativement hostile à ce type d'approche administrée. Ainsi, à la différence des règlements d'exemption européens, les deux décrets français ne dispensent pas de la notification des accords concernés.

CHAPITRE II Applications

SECTION 1

Restrictions horizontales

I. Ententes de prix

- A. Conditions de la prohibition
- B. Formes de l'entente

II. Ententes de répartition de marché

- A. Conditions de la prohibition
- B. Formes de l'entente

III. Boycotts

- A. Conditions de la prohibition
- B. Formes de l'entente

IV. Dénigrement

V. Soumissions concertées

- A. Offres concertées
- B. Offres de couverture
- C. Devis de couverture
- D. Groupements momentanés d'entreprises
- E. Accords de sous-traitance

VI. Échanges d'informations

VII. Syndicats / Associations professionnels

- A. Accès et exclusion
- B. Règles et usages

VIII. Accords de coopération

- A. Accords sur les conditions commerciales
- B. Accords de limitation de la production
- C. Accord de commercialisation
- D. Accords de vente en commun
- E. Accords d'achat en commun
- F. Accords de normes/certification
- G. Accords de production
- H. Accords de spécialisation
- I. Accords de recherche-développement

IX. Groupements d'entreprises

- A. GIE
- B. Sociétés en participation
- C. Coopératives

X. Entreprises communes

- A. Qualification
- B. Conditions de licéité

SECTION 2**Restrictions verticales****I. Conditions générales de vente et accords de coopération commerciale**

- A. Droit européen
- B. Droit français

II. Référencement**III. Obligation d'exclusivité****IV. Approvisionnement exclusif / Fourniture exclusive**

- A. Conditions de la prohibition
- B. Exonération

V. Distribution exclusive

- A. Conditions de la prohibition
- B. Exonération

VI. Distribution sélective

- A. Droit européen
- B. Droit français

VII. Franchise

- A. Protection des signes distinctifs et du savoir-faire
- B. Clauses et pratiques restrictives
- C. Exemption / Règle de raison

CHAPITRE II Applications

SECTION 1

Restrictions horizontales

A RETENIR

Les restrictions horizontales découlent généralement d'accords ou pratiques mis en œuvre par des entreprises situées au même niveau du marché. Ces accords portent les germes d'une entente illicite dans la mesure où ils risquent, du seul fait de leur conclusion, de porter atteinte à la concurrence dès lors qu'ils portent sur des données concurrentielles telles que les prix ou les quantités. C'est la raison pour laquelle ils font l'objet d'une appréciation plus sévère de la part des autorités de concurrence que les accords verticaux, conclus entre des entreprises non concurrentes, qui n'apparaissent pas a priori anticoncurrentiels. Le degré de gravité de l'atteinte à la concurrence varie selon l'accord en cause. Une ligne directrice se dégage cependant : plus l'intégration entre les parties sera forte, plus les chances que leur accord dégage des gains d'efficacité seront grandes.

Des accords de prix, de répartition de marché, de boycott, qui constituent des ententes pures et simples, seront donc logiquement jugés beaucoup plus sévèrement que des accords de coopération, en particulier lorsque ceux-ci se traduisent par la création d'une entreprise commune.

La Commission a adopté deux règlements d'exemption relatifs aux accords de coopération, le premier concernant les accords de spécialisation, le second les accords de recherche et de développement. Ces textes sont accompagnés de lignes directrices qui doivent permettre aux entreprises d'apprécier la validité de leurs accords si ceux-ci ne relèvent pas des règlements d'exemption, selon une analyse systématique précisément définie qui se déroule en trois temps : (1) vérification de l'existence d'une restriction de la concurrence du fait de l'objet de l'accord, ou à défaut, (2) d'un effet restrictif sensible sur la concurrence, puis (3) appréciation au titre de l'article 101, paragraphe 3, des gains d'efficacité.

PLAN

Nous examinerons successivement, en allant des formes d'entente les moins intégratives vers celles qui conduisent à l'intégration la plus grande entre partenaires et donc les plus susceptibles de contribuer à l'efficacité économique :

- les ententes de prix ;
- les ententes de répartition de marché ;
- les boycotts ;
- le dénigrement ;
- les soumissions concertées ;
- les échanges d'informations ;
- les syndicats, associations professionnelles ;
- les accords de coopération ;

- les groupements d'entreprises ;
- les entreprises communes.

I. Ententes de prix

A. Conditions de la prohibition

A RETENIR

Les articles 101, paragraphe 1, a), TFUE et L. 420-1 du Code de commerce prohibent respectivement les accords qui consistent à «fixer de façon directe ou indirecte les prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction» ou «à faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse». Un tel accord ou pratique présente une particulière gravité, car la liberté de fixation des prix est une composante essentielle de la libre concurrence. Les ententes de prix sont celles qui sont jugées les plus nocives et leur objet manifestement anticoncurrentiel suffit à établir leur illicéité, sans qu'il soit nécessaire d'examiner leurs effets réels. Peu importe si les prix fixés ont ou non été respectés en pratique.

L'entente peut avoir pour objet le prix lui-même - prix minimum ou maximum imposé, alignement entre concurrents, maintien d'un prix défini en commun, commission, tarif commun, redevance -, ou l'une de ses composantes - coût du produit ou du service, marges ou remises. L'interdiction des ententes de prix concerne aussi les concertations portant sur la fixation d'une partie du prix final.

La prohibition *per se* des accords portant sur les prix est écartée dans certains cas. Les autorités européennes accordent l'exemption à un accord de prix, lorsqu'il s'avère indispensable pour l'obtention de certains avantages, tels qu'une amélioration des services au profit des utilisateurs ou une économie substantielle des frais de fonctionnement. Encore faut-il qu'il n'élimine pas la concurrence pour une part importante des services concernés. En droit français, lorsque le prix est uniquement conseillé, c'est-à-dire n'est pas imposé par le biais de pressions directes ou indirectes, l'accord n'est pas illicite. De même, des prix uniques promotionnels et temporaires peuvent être fixés entre commerçants indépendants regroupés au sein d'une coopérative. L'Autorité de la concurrence estime cependant que la fixation d'un prix maximum, admissible dans une relation verticale, est susceptible d'être prohibée dans le cadre d'une entente horizontale, dès lors qu'un prix plus élevé que le prix maximum imposé permettrait d'offrir un meilleur service au consommateur ou de donner à l'entreprise des ressources l'autorisant à proposer un autre produit à un prix plus bas ou de meilleure qualité. Les clauses qui fixent le taux de la remise consentie par les adhérents d'une mutuelle peuvent également inciter ceux-ci à limiter la concurrence par les prix lorsqu'il n'est pas précisé que la remise consentie a un caractère minimum.

B. Formes de l'entente

A RETENIR

L'accord des parties peut revêtir les formes les plus diverses : barèmes, soumissions concertées, clause *rebus sic stantibus*. L'intensité de l'obligation souscrite par les participants à l'accord ne revêt aucune importance : une simple recommandation de prix suffit à réaliser l'entente.

La fixation d'un prix, même seulement indicatif, est restrictive de concurrence car elle permet à tous les participants de prévoir avec un degré raisonnable de certitude quelle sera la politique de prix poursuivie par leurs concurrents et vise à imposer un comportement uniforme et coordonné. Les clauses d'un accord qui, bien que présentées comme destinées à empêcher des agissements déloyaux, donnent aux participants la possibilité d'une action conjuguée contre des formes normales de concurrence, ont un objet anti-concurrentiel. Ainsi, les mesures anti-dumping et les engagements de bonne conduite inscrits dans un accord entre entreprises, qui visent à intervenir tant sur les prix que sur le marché, caractérisent une entente de prix illicite au regard de l'article 101, paragraphe 1, TFUE.

Sans passer d'accord formel, des opérateurs peuvent mener une politique conjointe de prix allant au-delà d'un simple parallélisme de comportement. Sous couvert d'une transparence des prix, les compagnies pétrolières s'échangeaient, sur les autoroutes françaises, de manière très régulière, leurs prix et chaque station-service ajustait le prix du carburant en fonction de l'information reçue de ses concurrentes. Le Conseil de la concurrence a lourdement condamné cette pratique jugée préjudiciable aux intérêts de consommateurs captifs. La Cour d'appel de Paris est revenue sur cette solution, estimant que l'alignement des prix était licite car il était la conséquence naturelle des caractéristiques du marché. La politique tarifaire commune peut aussi être orchestrée par une organisation professionnelle, notamment lorsque celle-ci inclut dans ses statuts une clause imposant une concertation sur les tarifs applicables dans le secteur concerné. De même, les grilles de marges, les recommandations d'honoraires ou les études de prix caractérisent une entente illicite. Mais un parallélisme de prix entre plusieurs entreprises indépendantes regroupées au sein d'une enseigne commune ne suffit pas à établir l'existence d'une entente, notamment lorsque des éléments objectifs tels que les conditions identiques ou très proches d'approvisionnement ou d'exploitation expliquent cette uniformité.

Le barème de prix diffusé par une organisation professionnelle, une association ou un syndicat, à l'intention de ses adhérents constitue, en France, la forme la plus courante d'entente sur les prix. Les autorités de concurrence ont condamné les barèmes car ils dissuadent les destinataires de fixer leurs prix de manière autonome. Peu importe qu'ils visent à déterminer directement des tarifs ou à servir de simple élément de référence. Même la diffusion d'un barème indicatif de prix est anticoncurrentielle car elle incite les membres de l'organisation à aligner leurs tarifs sur le barème. La solution est identique lorsque la pratique en cause consiste en l'émission, par un ordre professionnel, d'une nomenclature qui fixe de manière détaillée les prix des prestations facturées par les adhérents ou d'un barème de temps, qui, même s'il n'est qu'indicatif, détourne les membres de l'organisation de l'appréhension directe de leurs coûts et de la détermination autonome

des prix de vente. Dans tous les cas, les autorités de concurrence condamnent le fait d'inciter des entreprises situées sur un même marché à appliquer des prix identiques sans tenir compte des données spécifiques qui les caractérisent.

Les autorités de concurrence ont précisé que l'établissement d'une mercuriale n'est pas en soi contraire aux règles de la concurrence, lorsqu'elle se limite à la publication des prix effectivement constatés pendant une période déterminée et relevés selon des méthodes scientifiques. Toutefois, si l'état des prix permet de disposer des «valeurs de référence de prestations constituées de plusieurs éléments de coût de revient estimés à partir de valeurs moyennes», la qualification de mercuriale est exclue. Tel est le cas lorsqu'un groupement de référencement exerce des pressions sur des fabricants sous la forme de menace de déréférencement pour qu'ils ne livrent pas directement certains circuits de distribution ou leur accordent des conditions commerciales discriminatoires. De même, lorsque la mercuriale indique la moyenne des taux horaires de main-d'œuvre les plus bas, les plus élevés ou moyens pratiqués, l'entente est constituée dès lors que, sur un marché comme celui de la réparation automobile, où les offreurs sont de taille modeste et peuvent difficilement accroître leur offre, les opérateurs n'ont pas une connaissance suffisante de leurs propres coûts et sont susceptibles de suivre les prix mentionnés.

II. Ententes de répartition de marché

A. Conditions de la prohibition

A RETENIR

Les accords de répartition de marché qui tendent à maintenir la position des entreprises en place et sont habituellement le fait d'entreprises dominantes, souvent leaders ou bénéficiaires d'une exclusivité, tombent presque systématiquement sous le coup de la prohibition. En effet, la répartition des marchés ou des clients réduit le choix des utilisateurs et provoque une augmentation des prix, voire une réduction de la production. Il n'est pas nécessaire d'apprécier ses effets réels sur le marché pour constater l'infraction.

Toutefois, si les parties apportent la preuve qu'un accord de coopération horizontale, qui contient une répartition des marchés, améliore la production ou présente un caractère indispensable, une exonération peut lui être accordée. Tel n'est pas le cas de l'accord de partage des marchés nationaux et de limitation des exportations entre producteurs concurrents situés dans deux États membres différents qui provoque l'élimination pure et simple d'un concurrent.

B. Formes de l'entente

Une entente de répartition de marché peut revêtir des formes diverses : réponse concertée à un appel d'offres, partage d'activités entre membres d'un groupement, engagement de non-concurrence, accords de *pay-for-delay*, diffusion d'informations trompeuses.

EXEMPLES

Quelles formes peut revêtir un accord illicite de répartition des marchés ?

- un échange d'informations entre soumissionnaires à un même appel d'offres qui échangent des informations portant sur les prix et sur l'organisation d'un partage de marché, instaurent un droit de préférence et de retrait et se privent de la possibilité d'émettre une offre individuelle de prix ;
- un partage d'activité entre membres d'un groupement, lorsqu'il a pour objet de contourner les importations, de proposer un tarif unique, de coordonner les ventes et les prix en vue d'une politique commerciale commune, ou d'établir des quotas afin de quantifier la répartition de marchés ;
- des engagements de non-concurrence entre concurrents, notamment lorsqu'ils poursuivent la double finalité anticoncurrentielle de geler les parts de marché et d'entraver l'entrée de concurrents : renonciation à exporter, système de partage des cargaisons et de surveillance du trafic, répartition des sources d'approvisionnement à des quantités préalablement établies, répartition de marchés nationaux, fixation de quotas de vente ou de quantités à livrer, mise en place de systèmes de compensation par les membres de l'entente qui ont perdu des volumes ;
- des accords de «*pay-for-delay*» qui consistent, pour un fabricant de princeps, à payer des concurrents réels ou potentiels pour qu'ils se tiennent à l'écart du marché et partagent avec lui les bénéfices résultant d'une rente de monopole au détriment des consommateurs ;
- la diffusion d'informations trompeuses sur la nocivité d'un médicament fréquemment utilisé pour des affections non couvertes par son autorisation de mise sur le marché, à l'occasion du lancement d'un nouveau médicament traitant spécialement ces affections, afin de réduire la pression concurrentielle sur ce dernier ;
- un pacte de non-agression entre concurrents, qui conviennent réciproquement de ne pas se faire concurrence, de se lier par une clause de non-concurrence ou encore de s'engager à ne pas démarcher leurs clientèles respectives.

En revanche, constituent des accords licites :

- l'accord d'exclusivité de partage de sites entre opérateurs de réseaux mobiles concurrents, conclu pour une durée limitée, e dès lors qu'une réglementation publique prévoit le partage des infrastructures en cas de pénurie de sites appropriés ;
- la répartition des marchés qui s'explique par les spécificités d'une offre qui délimite elle-même les zones d'intervention en fonction de la proximité géographique des entreprises soumissionnaires.

III. Boycotts

A. Conditions de la prohibition

A RETENIR

Le boycott consiste à éliminer un concurrent en appelant à des mesures de rétorsion collective ou en organisant un refus collectif de contracter par application d'une clause d'exclusivité.

La mise en place d'une politique commerciale qui réserve les produits ou services à des clients agréés afin de lutter contre le commerce parallèle peut également caractériser un boycott. De simples menaces de boycott peuvent même suffire. Le boycott constitue l'une des infractions les plus graves aux règles de la concurrence car il entraîne l'élimination d'un concurrent du marché. Son caractère anticoncurrentiel peut donc être constaté en raison de son seul objet. L'infraction peut être imputée à une entreprise sans qu'elle ait participé effectivement ou même mis en œuvre les mesures de boycott. Sa constatation ne nécessite pas que ses auteurs soient en situation de concurrence avec les entreprises évincées. Le boycott peut être direct, la mise à l'index étant décidée par les participants au boycott eux-mêmes, ou indirect, lorsque ces derniers font pression sur un tiers afin qu'il ne contracte pas avec l'entreprise objet du boycott. Toutefois, seule l'action délibérée en vue d'évincer un opérateur du marché est condamnable : la seule intention de limiter la part de marché d'un concurrent ne suffit pas. En aucun cas, le comportement illicite des concurrents victimes du boycott ne peut justifier une telle pratique anticoncurrentielle.

B. Formes de l'entente

Le boycott peut revêtir différentes formes. **Il peut résulter de consignes émanant des syndicats, organisations ou groupements professionnels, qui incitent leurs adhérents à ne pas contracter avec l'entreprise désignée.** Il en est ainsi lorsqu'un syndicat incite ses membres à boycotter un réseau d'assureurs complémentaires afin d'empêcher le remboursement intégral des lunettes de vue délivrées sans ordonnance médicale, même si cette pratique est contraire aux dispositions du Code de la santé publique. Le syndicat outrepassé dans ce cas la mission de protection de l'intérêt collectif qui lui incombe. Le fait d'empêcher l'accès de certains opérateurs à des manifestations ou salons professionnels peut être qualifié de boycott dès lors que cette exclusion a pour objet ou pour effet de restreindre leur capacité concurrentielle.

Le boycott peut se limiter à des menaces, des pressions, voire des mises en garde. Des détaillants adoptent un comportement anticoncurrentiel lorsqu'ils font pression sur leurs fournisseurs afin qu'ils ne livrent pas leurs concurrents qui pratiquent des prix inférieurs.

L'exclusion peut aussi prendre la forme d'un déréférencement. Toutefois, cette pratique n'est contraire à l'article L. 420-1 du Code de commerce que si elle est assimilable à un boycott des produits du fournisseur. De même, le regroupement au sein d'une centrale de référencement ne s'identifie pas en soi à un boycott ; pour être répréhensible, il faut qu'il ait pour objet de l'organiser.

IV. Dénigrement

A RETENIR

Acte de concurrence déloyale par excellence, le dénigrement peut devenir une pratique anticoncurrentielle soumise à la compétence de l'Autorité de la concurrence lorsqu'il est mis en œuvre de manière concertée par plusieurs entreprises pour discréditer un concurrent.

Tel est le cas du fabricant et de son licencié qui arrêtent une communication dénigrante auprès des médecins et pharmaciens afin de retarder ou décourager l'entrée de médicaments génériques sur le marché. Néanmoins, pour relever de l'article L. 420-1 du Code de commerce, le dénigrement doit non seulement procéder d'une entente susceptible d'affecter le fonctionnement du marché, mais aussi présenter tous les caractères requis par la jurisprudence civile, notamment l'absence d'objectivité. Ainsi, une circulaire de mise en garde rédigée par un syndicat professionnel, qui laisse entendre que seule la marque NF est à même de garantir la conformité d'extincteurs aux exigences réglementaires n'est pas dénigrante pour les fabricants et importateurs d'extincteurs certifiés par les organismes d'autres Etats membres, dès lors qu'elle est diffusée avec le texte intégral de l'arrêté qui déclare valables d'autres types de certifications de conformité. De même, des propos qui ne font que relayer objectivement les prises de position des autorités administratives en charge de la santé et de la sécurité des produits ainsi que les résultats d'études menées par divers comités scientifiques, qui sont vérifiables et conformes au cadre juridique en vigueur, ne peuvent donner lieu à une condamnation au titre d'un dénigrement anticoncurrentiel.

V. Soumissions concertées

PLAN

Fréquemment poursuivies par les autorités françaises de concurrence, les soumissions concertées peuvent revêtir différentes formes :

- offres concertées ;
- offres de couverture ;
- devis de couverture ;
- groupement momentané d'entreprises ;
- accord de sous-traitance.

A RETENIR

La connaissance par le maître d'ouvrage des liens unissant les sociétés membres d'un groupement est sans incidence, dès lors qu'il ignore leur connivence.

Au-delà, le fait que le maître d'ouvrage ait eu connaissance de l'existence de la concertation ou qu'il en ait été le complice n'efface pas l'illicéité de la soumission concertée. Dans ce cas, le maître d'ouvrage est cependant susceptible d'exposer sa responsabilité.

A. Offres concertées

La réponse aux appels d'offres qui émanent principalement du secteur public constitue le support privilégié de l'entente horizontale. Le caractère artificiel de la procédure d'appel d'offres incite en effet les entreprises soumissionnaires à s'entendre afin de se partager le marché. La soumission concertée consiste, lors de l'appel d'offres, à désigner à l'avance l'entreprise la moins-disante tout en organisant un dépôt d'offres de couverture par les autres. Ces offres, apparemment distinctes et émanant d'entreprises concurrentes, sont en réalité concertées et induisent en erreur le maître d'ouvrage. La soumission concertée s'accompagne souvent d'un échange d'informations préalable par lequel les parties se concertent sur les prix, les quantités à produire, la répartition des lots ou le recours à des accords de sous-traitance.

Les autorités de concurrence ont très tôt jugé que le fait de se concerter pour présenter une offre de principe ou «carte de visite» constitue une pratique anticoncurrentielle. La Cour d'appel de Paris a également condamné l'échange d'informations sur les candidats et les lots convoités préalablement à la remise des plis en vue de permettre aux soumissionnaires concurrents de déposer une seule offre utile par lot. Les autorités de concurrence ont par la suite précisé leur position en distinguant l'offre de principe ou «carte de visite» et l'offre de couverture. Le dépôt d'une offre de principe n'est pas en soi illicite. Il le devient dès lors qu'il résulte d'une concertation, ou ne s'explique que par un échange d'informations, et est de nature à tromper le maître d'ouvrage sur l'étendue et la réalité de la concurrence. La soumission présentée par une entreprise déjà connue du maître de l'ouvrage ne peut s'analyser en une offre «carte de visite».

B. Offres de couverture

La pratique des «offres de couverture» consiste, pour des entreprises soumissionnaires à un marché public, à se concerter afin de déterminer celle d'entre elles qui sera la moins-disante, et qui aura par conséquent le plus de chances de l'emporter, les autres entreprises présentant des offres dites de couverture, car moins attrayantes pour le maître d'ouvrage. L'intérêt de cette pratique collusive réside dans sa réciprocité : les entreprises qui déposent des offres de couverture espèrent bénéficier à leur tour de ce service lors d'appels d'offres ultérieurs.

La pratique des offres de couverture est jugée anticoncurrentielle par son objet même, lorsqu'il s'agit d'un marché public : selon l'Autorité de la concurrence, l'offre de couverture résulte, nécessairement, d'une concertation. Peu importe que l'appel d'offres ait été déclaré infructueux ou que l'offre de couverture déposée par un tiers n'ait pas permis à l'entreprise de remporter le marché. La preuve de leur caractère illicite n'exige pas la démonstration d'une réciprocité des offres car les contreparties accordées, par nature occultes, peuvent emprunter des formes multiples.

Le dépôt unilatéral d'une offre dite «carte de visite» s'assimile à une offre de couverture lorsqu'il procède d'un échange préalable d'informations. De même, les similitudes des projets de soumissionnaires concurrents, les liens personnels et le rapport de donneur d'ordres à sous-traitant existant entre eux, les liens structurels unissant leurs sociétés et le caractère élevé de l'une des offres constituent un faisceau d'indices précis, graves et concordants qui établit la preuve d'une offre de couverture. La parfaite

proportionnalité des offres, l'identité de leur montant ou le caractère incomplet et non conforme des offres déposées par des soumissionnaires habitués de telles procédures prouvent également la concertation. La preuve qu'une entreprise a déposé des offres de couverture peut aussi être établie par des documents saisis au cours des visites et saisies qui comportent des corrections manuscrites allant systématiquement dans le sens d'une augmentation de ses prix face à l'offre des autres soumissionnaires. L'offre de couverture peut encore résulter de l'association d'une entreprise, comme sous-traitant, à des groupements soumissionnaires qui avaient préalablement tenté de l'empêcher de participer à l'appel d'offres.

C. Devis de couverture

Comme les offres, les devis de couverture sont illicites. L'Autorité de la concurrence décide qu'il est contraire aux règles de la concurrence de se concerter entre entreprises soumissionnaires en échangeant du papier à en-tête vierge ou en se communiquant des informations aux fins d'établir des devis au profit de l'entreprise désignée comme la moins-disante. Il importe peu que les sociétés en cause soient de bonne foi. La pratique du devis de couverture est anticoncurrentielle autant par son objet que par son effet. Ces pratiques ont non seulement pour effet de tromper le maître d'ouvrage sur la réalité de la concurrence et sur les prix, mais entraînent aussi une répartition artificielle du marché entre les entreprises soumissionnaires préalablement au dépôt de leurs offres. Leur généralisation entre toutes les entreprises du marché concerné ne peut les justifier quand bien même elles n'entraîneraient pas de hausse des prix. La complicité du client, qui aurait demandé la rédaction de ces devis, est sans incidence sur le caractère anticoncurrentiel de la pratique.

D. Groupements momentanés d'entreprises

Le groupement momentané d'entreprises afin de mettre en commun les moyens nécessaires pour la réalisation de grands ouvrages n'est pas illicite en soi. L'offre groupée doit cependant être motivée par des nécessités techniques ou une neutralisation des risques. En effet, la constitution du groupement ne doit pas avoir pour objet de répondre de manière concertée à des appels d'offres alors que chacune des entreprises membres a l'envergure suffisante pour présenter seule une offre compétitive. Des entreprises concurrentes ne peuvent, dans le seul but de présenter une offre unique, se regrouper dans une structure, quelle qu'elle soit, afin de se répartir le marché et d'aligner leurs prix ou de maintenir la répartition historique des marchés entre ses membres et les prix pratiqués. En revanche, le fait pour l'un des deux soumissionnaires de se désister du groupement peu après l'attribution du marché ne révèle pas une soumission artificielle, dès lors que le retrait est justifié par des considérations objectives. De même, la citation d'une entreprise dans des documents comme membre de groupements ne prouve pas sa participation aux réunions et autres échanges anticoncurrentiels ayant débouché sur la constitution de ces groupements, dès lors qu'elle a parfaitement pu les rejoindre au regard de son seul intérêt pour tel ou tel service, compte tenu de ses moyens propres et de sa disponibilité.

L'existence de liens structurels ou capitalistiques entre soumissionnaires concurrents (détention par une même personne de la qualité d'administrateur d'un des soumissionnaires et de président-directeur général de l'autre) ne suffit pas, en l'absence d'autres éléments,

à établir l'existence d'une entente anticoncurrentielle. Des entreprises appartenant au même groupe peuvent présenter des offres distinctes et concurrentes dès lors qu'elles sont autonomes du point de vue commercial et ne se livrent pas à une concertation entre elles. Lorsque les offres émanent d'une société mère et d'une filiale, l'autonomie respective des entreprises sur le plan commercial et financier n'empêche pas la qualification d'entente si la concertation ou l'échange d'informations sont établis. A fortiori, la dépendance commerciale, technique et/ou les liens financiers entre les entreprises soumissionnaires suffisent à établir la nature anticoncurrentielle de l'offre de couverture.

E. Accords de sous-traitance

Lorsque les entreprises soumissionnaires envisagent de nouer des relations de sous-traitance, le dépôt d'offres distinctes n'est licite que si elles font part de leurs intentions au maître d'ouvrage. La solution est identique lorsque les parties envisagent de recourir à la co-traitance. Par ailleurs, le donneur d'ordres étant tenu de faire accepter par le maître d'ouvrage chaque sous-traitant, le non-respect de cette obligation revêt un caractère anticoncurrentiel lorsqu'il a pour conséquence d'induire en erreur le maître d'ouvrage sur la nature et l'étendue de ses choix. L'accord tacite de sous-traitance ou les concertations consistant à organiser la sous-traitance des travaux aux soumissionnaires non retenus, à l'insu du maître de l'ouvrage, constituent des pratiques anticoncurrentielles. Il en va ainsi, en particulier, lorsque plusieurs sociétés du même groupe présentent des offres concertées en vue d'une sous-traitance ultérieure du marché à l'une d'elles, afin de contourner la règle de limitation des lots attribués à une seule entreprise posée par le pouvoir adjudicateur. En revanche, il n'est pas illicite de recourir à davantage de sous-traitants ou à d'autres que ceux initialement prévus dans l'offre du soumissionnaire lorsque la nature de l'activité et une suractivité ponctuelle l'exigent.

VI. Échanges d'informations

A RETENIR

L'échange d'informations n'est pas en soi contraire aux règles de concurrence. Pour qu'il soit prohibé, il faut qu'il ait pour objet ou pour effet de restreindre la concurrence. La jurisprudence européenne a consacré une distinction entre l'échange d'informations anticoncurrentiel en soi et celui qui tombe sous le coup de la prohibition car il constitue le moyen de faire fonctionner une autre entente, par exemple de répartition de marché. La jurisprudence française s'est inspirée de cette distinction mais l'a appliquée de façon particulièrement sévère en retenant qu'un accord pouvait être condamnable à la fois en soi, parce qu'il portait sur des données jugées concurrentielles, et en ce qu'il permettait de faire fonctionner une entente de répartition de marché.

L'échange d'informations sur les prix ou sur toutes autres informations stratégiques est prohibé car il détourne les opérateurs d'une appréhension normale des conditions de concurrence sur un marché devenu excessivement transparent. Plus généralement, l'échange d'informations qui porte sur des données confidentielles, précises et actuelles, a lieu avec une certaine régularité et périodicité, concerne un nombre restreint d'opérateurs et se déroule sur un marché fortement concentré a toutes les chances de tomber sous le coup de la prohibition, même si certaines des données échangées sont fausses.

Cependant, il n'est pas nécessaire que le marché soit oligopolistique pour que l'échange soit proscrit : il suffit que l'offre ne soit pas atomisée. De même, un échange entre fournisseurs qui porte sur des données non individualisées ou sur des données segmentées est tout aussi condamnable dès lors qu'il a pour objet de préparer des négociations avec la grande distribution qui se fondent sur des évolutions globales et ne se déroulent pas produit par produit. Enfin, le fait que les données soient publiques est également sans incidence. En effet, un échange d'informations sur des prix déjà connus par les clients demeure condamnable, dès lors que leur obtention sur le marché aurait été plus complexe, moins exhaustive et moins immédiate.

EXEMPLES**Un échange d'informations peut être condamné :**

- même s'il est non réciproque ;
- même s'il est prévisible par les clients ou le public ;
- même s'il ne consiste que dans l'indication qu'une entreprise entend augmenter ses tarifs, sans précision de montant ;
- même s'il n'a pas été suivi d'une offre ou a abouti à une consultation infructueuse ou à une adjudication inférieure à celle du maître d'ouvrage, dès lors que la pratique a eu pour effet de tromper ce dernier sur la réalité de la concurrence ;
- même si les informations échangées sont susceptibles de provenir d'une source autre que les entreprises en cause, telle que le maître d'ouvrage ;
- même s'il n'a pas été suivi d'un alignement effectif des prix.

En revanche :

- on ne peut présumer à partir du seul caractère oligopolistique du marché et de données abstraites qu'un échange régulier d'informations est de nature à altérer sensiblement la concurrence.

Consacrant la jurisprudence antérieure, les Lignes directrices relatives aux accords de coopération horizontale fixent désormais les principes généraux d'appréciation des échanges d'informations.

L'Autorité de la concurrence semble aujourd'hui vouloir réserver la qualification d'« échanges d'informations » entre concurrents aux transmissions périodiques de données confidentielles nominatives relatives à des comportements passés : les échanges de données sur la stratégie commerciale et tarifaire que les entreprises envisagent d'adopter constitueraient davantage des pratiques concertées horizontales portant sur le comportement tarifaire futur des concurrents. Pour tomber sous le coup de la prohibition, les informations échangées doivent également, selon l'Autorité, revêtir un caractère stratégique, c'est-à-dire permettre à leur destinataire de mesurer l'efficacité de la politique commerciale des concurrents et d'adapter son comportement concurrentiel sur le marché eu égard à son fonctionnement concret et aux circonstances spécifiques de

l'espèce. Ainsi, des informations confidentielles passées telles que des chiffres d'affaires individualisés ou le nombre de contrats conclus par chaque entreprise ne présentent pas nécessairement de caractère stratégique même si elles ne sont pas disponibles sur le marché. La preuve d'un échange d'informations illicite est en revanche apportée lorsque les données globales échangées présentent en elles-mêmes un intérêt stratégique par leur grande actualité et la périodicité rapprochée des communications sur une longue période de temps et ont été utilisées concrètement par les opérateurs pour définir leur politique commerciale.

VII. Syndicats / associations professionnels

PLAN

Dans le cas d'un syndicat ou d'une association professionnels, les atteintes à la concurrence trouvent généralement leur siège :

- soit dans ses conditions d'accès et d'exclusion ;
- soit dans les règles et usages qu'il adopte.

A. Accès et exclusion

A RETENIR

La réunion de concurrents au sein d'une organisation professionnelle est évidemment susceptible de favoriser des pratiques contraires aux règles de concurrence. En particulier, les conditions d'accès à ces organisations peuvent limiter ou empêcher l'accès au marché concerné. Une procédure d'agrément ou d'exclusion d'une organisation professionnelle n'est pas en soi anticoncurrentielle.

Sa validité est appréciée au regard de critères empruntés au droit de la distribution sélective. Pour qu'une procédure d'agrément soit licite, il faut que la sélection s'effectue selon des critères de nature qualitative, appliqués de manière non discriminatoire et n'empêche pas l'accès au marché de certaines entreprises. Le système d'agrément doit définir une norme uniforme de nature à permettre l'agrément de toutes les entreprises qui répondraient à celle-ci. La restriction imposée doit en outre être proportionnée à l'objectif poursuivi. Plus généralement, l'admission ne peut être subordonnée à la cooptation ou au parrainage lorsque l'appartenance à un syndicat procure un avantage concurrentiel indéniable. En effet, le jugement de professionnels concurrents et l'absence d'obligation de motiver le refus sont susceptibles de limiter le jeu de la concurrence entre les opérateurs concernés, notamment lorsque l'appartenance à un syndicat joue un rôle certificateur auprès des consommateurs et des organismes ayant recours aux services des professionnels concernés.

Les règles sont identiques pour la procédure d'exclusion des membres d'une association professionnelle. Elle doit reposer sur des critères objectifs et transparents, directement liés à l'objectif de qualité poursuivi par le groupement. L'exclusion qui ne répond pas à ces critères et entraîne une éviction temporaire du marché est anticoncurrentielle.

B. Règles et usages

A RETENIR

Les organisations ou syndicats professionnels réglementent généralement les relations entre adhérents, voire entre ceux-ci et leur clientèle. Ces règles sont susceptibles d'engendrer des restrictions de concurrence.

Les codes de bonne conduite établis par une organisation professionnelle caractérisent ainsi des décisions d'association d'entreprises illicites lorsqu'ils limitent la liberté d'action de ses membres. Toutefois, la restriction de concurrence présente un caractère indispensable lorsqu'elle est la condition de l'exercice correct de la profession.

EXEMPLES

Quelles conditions une association professionnelle peut-elle imposer à ses membres, sans enfreindre les règles de concurrence ?

- soumettre l'accès à la profession à des conditions d'examen non arbitraires, à la souscription d'une assurance civile calculée sur le chiffre d'affaires de l'adhérent et proportionnée au risque couvert, au respect d'un code de déontologie et fixer le mode de calcul de la rémunération par renvoi à un critère objectif et transparent ;
- interdire à ses membres avocats de s'associer avec des experts-comptables, dès lors que la mesure est justifiée par la bonne administration de la justice et par la nécessité de concevoir des règles d'organisation, de qualification, de déontologie, de contrôle et de responsabilité, de nature à procurer une garantie d'intégrité et d'expérience aux consommateurs de services juridiques ;
- imposer un principe de délicatesse, en ce qu'il ajoute à la droiture et à la probité l'exigence d'une loyauté ou d'un scrupule particulier à ne pas enfreindre les règles déontologiques, même si son rappel dans une clause relative à la recherche de clientèle ne paraît pas indispensable et est de nature à freiner la liberté d'action des membres de la profession concernée ;
- fixer un prix de retrait, mettre en place un outil d'échange d'informations et adopter des mesures de dénaturation, dès lors que ces mesures entrent dans le champ d'application des missions de programmation et d'adaptation de la production à la demande et de régularisation des prix confiées à une organisation commune de marché.

Quelles sont les conditions qu'une association professionnelle ne peut pas imposer à ses membres sans enfreindre les règles de concurrence ?

- un ordre national des pharmaciens dépasse les limites du cadre légal lorsqu'il en adopte systématiquement l'interprétation la plus défavorable à l'entrée de nouveaux opérateurs sur le marché ;
- une organisation syndicale de pharmaciens, qui est autorisée par le législateur à déterminer avec ses adhérents les permanences d'ouverture, ne peut empêcher un pharmacien d'ouvrir son officine les jours de garde alors qu'il n'est pas lui-même de permanence ;

- un syndicat professionnel sort de sa mission de défense ou d'information de ses membres lorsqu'il diffuse des consignes de prix et met en œuvre des actions de surveillance des tarifs pratiqués, assorties, le cas échéant, de pressions et menaces de sanctions à l'égard des contrevenants.

VIII. Accords de coopération

PLAN

Les accords de coopération entre entreprises couvrent un spectre très étendu qui regroupe :

- les accords sur les conditions commerciales ;
- les accords de limitation de la production ;
- les accords de vente en commun ;
- les accords d'achat en commun ;
- les accords de normes / certification ;
- les accords de production ;
- les accords de spécialisation ;
- les accords de recherche-développement.

A. Accords sur les conditions commerciales

A RETENIR

Un accord entre concurrents sur les conditions commerciales n'emporte pas les mêmes effets restrictifs de concurrence qu'un accord de prix ou de répartition du marché.

Ainsi, un accord entre banques qui a pour seul objet les horaires d'ouverture de certains services bancaires ne produit pas d'effet suffisamment sensible sur le marché pour entraîner la prohibition. La restriction peut même parfois s'avérer indispensable. Tel est le cas de la fixation commune et uniforme des commissions et dates de valeur entre différentes institutions financières, dans la mesure où elle permet une compensation centralisée sans laquelle les frais de fonctionnement seraient considérablement augmentés. En revanche, la qualification d'entente sera retenue lorsque la fixation commune des conditions commerciales entraîne de graves distorsions de concurrence, en particulier lorsqu'elle restreint la quantité de biens ou de services offerts sur le marché.

Les conditions générales entrent dans le champ d'application des Lignes directrices sur les accords de coopération horizontale lorsqu'elles fixent des conditions types de vente ou d'achat de biens ou de services entre concurrents et consommateurs pour des produits substituables. La Commission cite à titre d'exemple de secteurs où ce type de conditions existe la banque ou les assurances.

B. Accords de limitation de la production

A RETENIR

La limitation de la production a, selon la théorie économique classique, comme conséquence directe d'entraîner une augmentation des prix au détriment des utilisateurs.

Aussi les accords qui limitent la production sont-ils, sauf dans des cas exceptionnels, considérés comme particulièrement dangereux pour la concurrence. Tel est le cas des accords par lesquels des producteurs concurrents mettent en œuvre des interdictions de production, fixent en commun des volumes à produire, des quotas de livraison, contrôlent ou limitent la capacité de production, les investissements ou les sources d'approvisionnement. De même, les interdictions générales d'importation et d'exportation, les obligations d'acheter, ou les accords qui empêchent de fournir une technologie à des concurrents sont prohibés.

Toutefois, un tel accord constitue exceptionnellement un progrès économique et technique, notamment parce qu'il permet de lutter contre des surcapacités ou répond à un objectif de protection de l'environnement, et peut bénéficier d'une exonération. Tel est le cas des accords de restructuration ou de rationalisation de la production ou de l'interdiction de produire ou d'importer des lave-linges techniquement anciens, dans le but de privilégier l'essor sur le marché d'un modèle plus récent et moins polluant.

C. Accords de commercialisation

A RETENIR

Les accords passés entre concurrents pour organiser conjointement la vente, la distribution ou la promotion de leurs produits peuvent revêtir plusieurs formes. Il peut s'agir de vente groupée (V. infra), qui entraîne la détermination en commun de tous les aspects commerciaux de la vente du produit, prix compris, ou d'accords plus limités, qui portent sur un seul aspect de la commercialisation, comme la distribution, le service après-vente ou la publicité.

Selon les Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 TFUE aux accords de coopération horizontale, les accords réciproques et non réciproques de distribution entre concurrents doivent d'abord être analysés dans le cadre des dispositions relatives aux accords horizontaux. Lorsque la coopération est autorisée, les conséquences verticales de celle-ci doivent être appréciées dans le cadre des règles applicables aux restrictions verticales. Le texte distingue également les accords de commercialisation en commun de ceux dans lesquels la commercialisation est liée à une autre forme de coopération, comme la production en commun. Dans ce cas, l'appréciation porte sur cette dernière. L'accord de commercialisation en commun n'est soumis aux dispositions de l'article 101 TFUE, paragraphe 1, que si la part cumulée de marché des parties dépasse 15 %. Lors de son appréciation, la Commission tient compte du degré de concentration du marché et des parts de marché détenues. Un niveau élevé de concentration incite souvent les parties à échanger des informations sur les prix et stratégies de commercialisation pour réduire la marge d'incertitude.

Lorsque la commercialisation en commun est objectivement nécessaire pour pénétrer un marché que les parties n'auraient pu atteindre individuellement, l'article 101, paragraphe 1, TFUE ne trouve pas à s'appliquer, dans la mesure où les entreprises ne sont pas des concurrents potentiels pour cette offre précise. En revanche, l'accord de commercialisation risque de tomber sous le coup de la prohibition des ententes s'il a principalement pour objet ou pour effet de coordonner la politique de prix des concurrents, de favoriser un échange d'informations sensibles ou de procéder à une répartition des marchés ou des clients.

EXEMPLES

Quand un accord de commercialisation en commun est-il illicite ?

- lorsqu'une organisation syndicale de pharmaciens, autorisée par le législateur à déterminer avec ses adhérents les permanences d'ouverture, empêche un pharmacien d'ouvrir son officine les jours de garde alors qu'il n'est pas lui-même de permanence ;
- lorsqu'un syndicat professionnel diffuse des consignes de prix et met en œuvre des actions de surveillance des tarifs pratiqués, assorties, le cas échéant, de pressions et menaces de sanctions à l'égard des contrevenants ;
- lorsqu'un conseil ordinal adopte une charte qui fait obstacle à toute compétition par les prix entre les adhérents et empêche de faire jouer la concurrence, la quasi totalité des opérateurs en cause étant partie à la charte, constitue une restriction par objet ;
- lorsque des structures de commercialisation en commun excèdent ce qui est strictement nécessaire à la pénétration et au maintien de leurs membres sur le marché leur permettant de pratiquer un prix unique pour la vente à la grande distribution et au hard discount et de se répartir les clients et volumes de livraison en fonction de zones géographiques pré-attribuées.

En revanche :

- rien ne s'oppose à ce que des concurrents mènent une politique commerciale commune, dès lors qu'elle n'altère pas leur indépendance et que la fixation des prix ne soit pas le fait d'entreprises en situation de se faire concurrence ou se situant dans les mêmes zones de chalandise, où seuls des prix conseillés ou maximum de revente sont possibles.

La commercialisation en commun peut concerner la promotion commerciale ou la participation à des foires ou expositions. La publicité constitue un moyen de différenciation et de concurrence autonome. Elle permet en outre, lorsqu'elle est loyale, d'augmenter l'information des utilisateurs. Aussi les autorités de contrôle estiment-elles que le fait pour des associations professionnelles de fixer les conditions dans lesquelles des opérations commerciales de promotion ou la publicité seront effectuées par leurs membres caractérise une entente illicite. Toutefois, l'obligation d'utiliser certaines dénominations ou labels est licite si les mesures de promotion sont d'ordre général, ne conduisent pas à une

uniformisation de la qualité des produits, et n'empêchent pas l'écoulement du produit en cause sans la marque par le biais d'autres canaux de distribution. **Les accords entre concurrents relatifs à la détermination en commun de leur participation à des foires ou expositions, bien que limitant la liberté commerciale de chaque opérateur, peuvent remplir les conditions d'exemption de l'article 101, paragraphe 3, TFUE lorsqu'ils contribuent à l'amélioration de la distribution, notamment en permettant une réduction des coûts de promotion et en stimulant le progrès économique.** De tels accords répondent en effet à des besoins économiques et logistiques dont les bénéfices peuvent être répercutés sur les consommateurs. Ils ne doivent toutefois pas priver les fabricants de la possibilité d'exposer et de commercialiser leurs produits, ni nuire à la qualité des produits ou aux délais de livraison.

D. Accords de vente en commun

A RETENIR

Des accords de vente en commun entre producteurs concurrents ont pour effet propre de restreindre la concurrence, notamment lorsqu'ils impliquent la volonté concertée de ne pas se concurrencer sur le marché ou instituent un monopole de fait sur celui-ci.

Ainsi, l'organisation d'un système de distribution exclusif des produits, qui ne laisse pas de place à d'autres formes de distribution, adoptées individuellement, induit une structure de vente rigide restrictive de concurrence. Une obligation de livraison exclusive et l'imposition d'indemnités de départ excessives prévues dans les statuts d'une coopérative peuvent constituer des restrictions de concurrence, en particulier sur un marché sur lequel opère un nombre réduit d'opérateurs puissants pratiquant des clauses comparables.

En revanche, l'accord de coopération n'est pas restrictif de concurrence lorsqu'il porte sur des biens spécialisés non concurrents, ou que la restriction est indispensable.

E. Accords d'achat en commun

A RETENIR

Les accords d'achat groupé sont conclus entre des entreprises qui sont au moins en concurrence sur les marchés d'achat des produits. Selon la Commission, l'article 101 TFUE, paragraphe 1, n'est pas, en principe, applicable à l'accord passé entre des entreprises qui n'opèrent pas sur le même marché aval. Son application ne fait aucun doute, en revanche, si le groupement des achats constitue le véhicule d'une entente déguisée interdite, telle qu'une entente de prix ou de répartition de marché.

Il en va ainsi de négociations au cours desquelles des constructeurs ne passent aucune commande auprès des fournisseurs, mais fixent en commun des prix et des remises avec ces derniers.

Une coopération entre acheteurs concurrents peut sensiblement réduire la concurrence par la création d'une puissance d'achat. Selon la Commission, l'existence d'un tel pouvoir de marché est exclue lorsque les parties détiennent une part cumulée inférieure à 15 % tant sur les marchés des achats que sur ceux des ventes. Au-delà, l'effet sur la concurrence

va dépendre de la concentration du marché et de l'existence d'un pouvoir compensateur de la part de fournisseurs importants.

Des accords d'achat en commun, dont l'objet est anticoncurrentiel, peuvent cependant être justifiés, au titre de l'article 101, paragraphe 3, TFUE en raison des gains d'efficacité qu'ils produisent et des nombreux avantages qu'ils représentent pour les consommateurs, tels que la garantie d'approvisionnement en période de pénurie, les économies d'échelle réalisées grâce aux rabais significatifs obtenus, ou l'amélioration du service, à la condition qu'aucun engagement d'exclusivité ne cloisonne le marché. Un groupement d'achat en commun n'élimine pas la concurrence lorsque ses membres conservent une possibilité d'approvisionnement auprès d'autres sources.

Lorsque l'achat groupé se fonde sur des accords à la fois horizontaux et verticaux, l'analyse se fait en deux étapes qui consistent à apprécier d'abord l'accord horizontal, et, si l'accord peut être autorisé, à apprécier ensuite l'accord vertical selon les règles qui lui sont propres. La forme la plus classique est l'alliance qui résulte d'une association d'entreprises constituée par un ensemble de détaillants pour grouper leurs achats.

F. Accords de normes/certification

La normalisation permet de définir des exigences techniques ou de qualité des produits, processus ou méthodes de production, actuels ou futurs. Les normes peuvent être définies soit par des entreprises privées, soit sous l'égide d'organismes publics ou chargés de la gestion de services d'intérêt économique général. Selon la Commission, les accords de normes sont susceptibles de produire des effets sur quatre marchés : celui des produits ou services concernés, celui des technologies en cause, celui des activités normatives et celui des essais et de la certification.

A RETENIR

Les conditions d'obtention d'une norme ou d'une certification sont susceptibles de constituer une barrière à l'entrée. Les accords de normalisation qui s'intègrent dans un accord restrictif plus large destiné à évincer des concurrents existants ou potentiels restreignent la concurrence par leur objet. En revanche, de tels accords ne sont pas contraires aux articles 101 TFUE et L. 420-1 du Code de commerce si les critères de sélection sont de nature à garantir la compétence des entreprises candidates sans aller au-delà de ce qui est strictement nécessaire à cette garantie.

Ainsi, pour être licite, l'accord de normes ou de certification doit être totalement ouvert et ne pas exclure, sans justifications objectives, les entreprises non certifiées qui apportent des garanties équivalentes, ni limiter le développement technique, la production et les débouchés des autres systèmes par le biais d'accords de licence. Selon la Commission, la participation à la définition de la norme ne doit faire l'objet d'aucune restriction, sa procédure d'adoption doit être transparente, les accords ne doivent fixer aucune obligation quant au respect de la norme et permettre d'y accéder dans des conditions équitables, raisonnables et non discriminatoires. De même, le Conseil de la concurrence considère qu'un organisme de certification n'excède pas les limites de sa mission de recherche de l'amélioration de la qualité dans le «bâtiment» en procédant à des tests de qualité, même sans y être habilité par son règlement intérieur, dès lors que la qualification délivrée sur

le fondement des compétences professionnelles d'une entreprise ne saurait être efficace sans une vérification de la qualité des produits utilisés. Pour limiter les hypothèses où les entreprises détentrices d'un droit de propriété intellectuelle inclus dans la norme refusent l'octroi de licence ou le soumettent à des redevances déloyales ou déraisonnables, la Commission exige désormais qu'elles s'engagent de manière irrévocable à accorder une licence à l'ensemble des tiers dans des conditions équitables, raisonnables et non discriminatoires. **L'engagement FRAND (*Fair reasonable and non discriminatory*) constitue un préalable obligatoire à l'adoption de la norme et relève de l'auto-appréciation des entreprises.** Afin d'aider les entreprises dans cette tâche, la Commission a publié le 29 novembre 2017 une Communication dans laquelle elle définit son approche en ce qui concerne les brevets essentiels à des normes (BEN ou SEP - «*Standard Essential Patents*») et la rémunération des licences sur ces brevets.

Les accords de normalisation produisent fréquemment des gains d'efficacité. Il doit cependant être démontré que les informations nécessaires à l'application de la norme sont effectivement disponibles pour les entrants sur le marché. En outre, les restrictions qui rendent une norme contraignante et obligatoire pour le secteur ne sont, en principe, pas indispensables.

Au titre des accords de normalisation, les Lignes directrices traitent des conditions générales établies par un groupement professionnel ou des entreprises concurrentes pour fixer les conditions types de vente ou d'achat de biens ou de services entre concurrents et consommateurs pour des produits de substitution. Les conditions générales qui contiennent des dispositions influençant directement les prix imposés aux clients sont anticoncurrentielles par leur objet. Il est peu probable, en revanche, que les conditions générales provoquent un effet d'éviction lorsqu'elles sont établies sans que la participation des concurrents ne soit limitée et qu'elles sont non contraignantes et accessibles à tous. Il existe cependant deux exceptions qui justifient un examen approfondi : les conditions générales portant sur la vente de biens ou de services de consommation qui définissent le champ d'application du produit vendu au client, et pour lesquelles le risque d'une limitation du choix de produit est plus important, et les conditions générales pour les achats en ligne, pour lesquelles le consommateur ne peut se livrer à une réelle appréciation et aura tendance à privilégier les pratiques les plus répandues qui risquent ainsi de devenir une norme de fait. Toutefois, rendre des conditions générales contraignantes peut, dans certains cas, se révéler indispensable à la réalisation de gains d'efficacité. Les gains d'efficacité résultent en l'occurrence de l'avantage économique pour les clients à comparer plus facilement les conditions offertes. Plus les concurrents sont nombreux sur le marché, plus les gains résultant d'une comparaison plus aisée seront élevés.

G. Accords de production

Des entreprises concurrentes se rapprochent parfois pour grouper leur production. L'accord de production est, selon le règlement 1218-2010, celui par lequel deux ou plusieurs parties acceptent de fabriquer certains produits conjointement. La concertation peut de facto prendre la forme d'un accord de production conjointe au travers d'une structure commune ou d'un accord de spécialisation ou de sous-traitance, par lequel chaque partie s'engage à réaliser une partie de la production ou une étape du processus de fabrication

en fonction de sa spécialité.

A RETENIR

Bien que les articles 101 TFUE et L. 420-1 du Code de commerce prohibent les accords qui ont pour objet ou pour effet de limiter ou contrôler la production, de tels accords peuvent échapper à l'interdiction, dès lors qu'ils n'ont pas d'autre objet que de permettre aux entreprises de rationaliser leur production ou de leur éviter d'entreprendre des fabrications pour lesquelles elles ne sont pas compétitives, tout en permettant à chacune d'elles de proposer à la clientèle une gamme complète de produits.

Des contraintes matérielles ou économiques peuvent également justifier la mise en commun de moyens de production par des entreprises concurrentes.

La licéité de tels accords est subordonnée à la condition qu'ils n'entraînent pas une coordination du comportement des parties en tant que fournisseurs. Les accords ne doivent pas fixer les prix pour les produits livrés par les parties sur le marché, limiter la production ou répartir les marchés ou les groupes de clients. Un accord de coopération entre producteurs concurrents est illicite dès lors qu'il conduit nécessairement à un échange d'informations relatives à la consistance des stocks, à la production en cours, aux prévisions de production, aux commandes recueillies et aux prévisions d'évolution de la demande.

H. Accords de spécialisation

Les accords de spécialisation dans le domaine de la production permettent aux entreprises concernées de concentrer leur activité sur la fabrication de certains produits, travailler de façon plus efficace et offrir les produits en cause à des prix plus avantageux. La spécialisation, qui porte sur la production et sur la fourniture réciproque des articles de producteurs concurrents, est susceptible de modifier le courant des échanges des produits en cause. Elle restreint la liberté d'action présente et future des parties dans la mesure où chaque contractant renonce, pendant une période indéterminée, à toute activité d'investissements et de production dans le domaine de spécialisation du partenaire. La spécialisation peut être unilatérale ou réciproque. Le règlement 1218-2010 du 14 décembre 2010, relatif à l'application de l'article 101, paragraphe 3, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords de spécialisation, vise les deux formes de spécialisation (art. 1er).

A RETENIR

L'accord est exempté dès lors que la part de marché cumulée des entreprises participantes n'excède pas 20 % du marché en cause (Règl. 1218-2010, art. 3). L'exemption par catégorie s'applique aux restrictions accessoires à la spécialisation, telles que l'obligation d'achat exclusif et/ou de fourniture exclusive (art. 2).

La part de marché est calculée sur la base de la valeur des ventes réalisées sur le marché, ou, à défaut, sur la base d'estimations fondées sur d'autres informations fiables, comme le volume des ventes, pour l'année civile précédente (art. 5). Si la part de marché initialement inférieure à 20 % excède ce seuil sans dépasser 25 %, l'exemption est maintenue

durant les deux années qui suivent le premier dépassement. Si le seuil initialement inférieur à 20 % dépasse ensuite 25 %, l'exemption reste applicable pendant une année suivant celle où le seuil de 25 % a été franchi la première fois. Le règlement fixe des clauses noires qui excluent l'exemption : fixation de prix, répartition de marché ou limitation de la production (art. 4). Ne sont toutefois pas concernées les clauses qui fixent la quantité convenue des produits dans le cadre d'accords de spécialisation unilatérale ou réciproque ou les capacités et le volume de production d'une entreprise commune de production dans le cadre d'un accord de production conjointe.

Avant l'entrée en vigueur du premier règlement d'exemption, la Commission a affirmé qu'un accord de spécialisation entre producteurs concurrents peut être plus efficace que la concurrence elle-même pour réduire la capacité et améliorer le taux d'utilisation car les effets bénéfiques sont perçus immédiatement. Aussi a-t-elle accordé l'exemption aux accords entre concurrents, qui ont permis de rationaliser efficacement les activités dans un secteur atteint par de graves surcapacités structurelles, laissé la possibilité aux parties à l'entente d'offrir à la vente un assortiment complet dans toutes les gammes de prix, ou facilité le développement des recherches permettant une amélioration de la qualité du produit. L'actuel règlement confirme ce régime de faveur en précisant dans l'exposé des motifs que les accords de spécialisation contribuent à l'amélioration de la production ou de la distribution des produits ou services, lorsque les parties possèdent des compétences, des actifs ou des activités complémentaires.

I. Accords de recherche-développement

Le règlement 1217-2010 du 14 décembre 2010, concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords de recherche et de développement, définit cette activité comme « l'acquisition d'un savoir-faire relatif à des produits, des technologies ou des procédés, ainsi que la réalisation d'analyses théoriques, d'études ou d'expérimentations systématiques, y compris la production expérimentale, les tests techniques de produits ou de procédés, la réalisation des installations nécessaires et l'obtention de droits de propriété intellectuelle pour les résultats obtenus » (Règl. 1217-2010, art. 1er). La recherche et le développement ou l'exploitation des résultats sont effectués de manière « conjointe » lorsque les tâches y afférentes sont (i) exécutées par une équipe, une organisation ou une entreprise commune, (ii) confiées en commun à un tiers, ou (iii) réparties entre les parties en fonction d'une spécialisation dans la recherche, le développement, la production ou la distribution.

L'article 101 TFUE est inapplicable aux accords de recherche-développement lorsque les parties soit procèdent à la recherche et au développement en commun de produits ou de procédés et exploitent en commun leurs résultats, soit effectuent l'une de ces activités isolément (art. 1er). L'exemption concerne également la recherche et le développement qui ne seraient pas l'objectif premier de l'accord en cause, mais directement liés et nécessaires à sa mise en œuvre (art. 2). Lorsque les parties ne sont pas concurrentes, l'exemption est accordée pour toute la durée de la recherche et du développement. L'exemption continue de s'appliquer pendant une période de sept ans à compter de la date de première mise dans le commerce des produits contractuels à l'intérieur du marché intérieur

en cas d'exploitation en commun.

A RETENIR

Si les entreprises parties sont concurrentes, le règlement 1217-2010 pose un seuil de part de marché au-delà duquel l'exemption n'est pas automatique. La part de marché cumulée des entreprises participantes ne doit pas être supérieure à 25 % du marché des produits susceptibles d'être améliorés ou remplacés par les produits contractuels (art. 4).

Elle est calculée sur la base de la valeur des ventes réalisées sur le marché, l'année civile précédente (art. 7). À l'issue de l'accord ou de la période de sept ans, les parties continuent de bénéficier de l'exemption tant que la part de marché ne dépasse pas 25 %.

Il faut dans tous les cas que les résultats des travaux de recherche et de développement en commun soient accessibles à toutes les parties pour des recherches complémentaires ou leur libre exploitation. Seuls des résultats protégés par des droits de propriété intellectuelle ou qui caractérisent un savoir-faire contribuant de façon notable au progrès technique ou économique peuvent faire l'objet d'une exploitation en commun. Ces résultats doivent en outre être essentiels pour la fabrication des produits contractuels ou l'utilisation des procédés contractuels. Une obligation de livrer les parties à l'accord de recherche-développement pèse sur l'entreprise chargée de la fabrication de ces produits (art. 3).

Le texte prévoit un certain nombre de clauses noires (art. 5) : outre la limitation de la production ou des ventes, la fixation des prix ou la répartition de la clientèle, habituellement prévues par les règlements d'exemption par catégorie, il comprend d'autres restrictions caractérisées. Les entreprises parties doivent demeurer libres de poursuivre la recherche et le développement dans le domaine visé par l'accord, dans un domaine lié ou sans rapport. La liberté de contester la validité des droits de propriété intellectuelle, après la réalisation des travaux de recherche et de développement, ne doit pas être restreinte. L'interdiction de procéder à des ventes passives ou actives, de concéder à des tiers des licences de fabrication des produits contractuels ou d'utilisation des procédés contractuels, de pratiquer des livraisons croisées ou les mesures faisant obstacle à la théorie de l'épuisement des droits (V. infra) constituent des clauses restrictives qui font obstacle au bénéfice de l'exemption. Le règlement 1217-2010 prévoit également désormais des clauses rouges qui s'opposent à l'exemption d'une obligation déterminée sans remettre en cause l'exemption du contrat dans son ensemble. L'article 6 exclut ainsi l'obligation de ne pas contester la validité des droits de propriété intellectuelle détenus par les parties dans le marché intérieur et utiles à la recherche et au développement et l'obligation de subordonner l'octroi de licences des technologies contractuelles à des tiers à l'exploitation, au sein du marché intérieur, par au moins une des parties des résultats des activités conjointes ou rémunérées de recherche et de développement.

IX. Groupements d'entreprises

PLAN

Les groupements d'entreprises peuvent prendre différentes formes :

- GIE ;
- sociétés en participation ;
- coopératives.

A. GIE

A RETENIR

Des entreprises concurrentes peuvent, pour différentes raisons (soumission groupée, accord de production, etc.), créer un groupement d'intérêt économique. La constitution d'un tel groupement n'est pas en soi une pratique prohibée. Elle tombe néanmoins sous le coup de la prohibition lorsque des restrictions de concurrence adjacentes sont constatées.

Le degré d'ouverture du groupement constitue un facteur déterminant d'appréciation. Les conditions d'adhésion au GIE doivent satisfaire aux conditions de licéité habituelles. La sélection doit obéir à des critères objectifs et qualitatifs appliqués de manière non discriminatoire. L'accès au GIE ne doit pas conditionner l'entrée sur le marché ni reposer sur des critères qui ne figureraient pas dans les statuts ou seraient discriminatoires. Il est en revanche possible de restreindre l'adhésion lorsque celle-ci ne constitue pas une condition d'accès au marché.

Plus l'intégration réalisée entre les entreprises réunies au sein du GIE est faible, plus les chances que ce dernier ait exclusivement pour objet de favoriser des comportements anticoncurrentiels sont grandes. Si tel est le cas, l'existence même du GIE porte atteinte à la concurrence.

EXEMPLES

Quelles sont les pratiques d'un GIE considérées comme illicites ?

- l'élaboration de barème commun, de tarification commune ou de tarifs minimaux ;
- la répartition du marché ou du chiffre d'affaires entre ses membres ;
- l'engagement de non-concurrence ou l'interdiction de constituer une clientèle propre.

B. Sociétés en participation

La société en participation constitue une forme sociale très souple. Elle n'est ni obligatoirement immatriculée, ni soumise à publication. Elle se prouve par tous moyens (art. 1871 et s. C. civ.). Cette souplesse séduit les entreprises qui souhaitent s'associer momentanément sans aller jusqu'à créer une filiale commune.

A RETENIR

L'association d'entreprises concurrentes n'est pas en soi illicite. Ce sont les pratiques et comportements adjacents ou sous-jacents à cette association qui sont susceptibles de tomber sous le coup des règles de concurrence.

Ainsi, la Cour d'appel de Paris a affirmé que l'existence d'une société en participation ne constitue pas par elle-même un indice d'entente illicite.

En revanche, des entreprises ayant constitué une société en participation pour soumissionner à un appel d'offres en commun ne peuvent présenter des offres distinctes, dont l'une moins-disante, sans porter à la connaissance du maître de l'ouvrage la convention qui les lie. Lorsque l'association n'a d'autre justification qu'une «connivence» en vue de fausser le libre jeu de la concurrence, la création d'une société en participation est illicite. Il en irait autrement si les entreprises n'effectuaient leur regroupement qu'après l'attribution du marché. De même, la réunion de fabricants au sein d'une société en participation pour grouper leurs moyens de production ne doit pas être l'occasion pour ceux-ci d'un engagement de fourniture auprès de cette structure commune.

C. Coopératives**A RETENIR**

Des concurrents se regroupent au sein d'une société coopérative afin de mener une politique commerciale fondée sur une enseigne unique. Il leur est loisible dans ce cadre de déterminer des formules de vente en adéquation avec l'image de marque de l'enseigne. Ce système, assez proche dans son esprit, d'un accord vertical de distribution, n'est pas en soi anticoncurrentiel.

Il peut néanmoins constituer un moyen d'influer sur le comportement commercial des participants au mépris du libre jeu de la concurrence en raison tant du principe de «fidélité coopérative» généralement appliqué que de l'objet social de la société. Pour bénéficier de l'exonération, les restrictions imposées par les statuts, destinées à garantir la fidélité des membres, ne doivent pas dépasser ce qui est nécessaire pour assurer le bon fonctionnement de la coopérative.

EXEMPLES**Quelles sont les clauses qu'une coopérative peut licitement imposer à ses membres :**

- une exclusivité d'achat ou de livraison à condition qu'elle ne soit pas assortie d'indemnités de départ excessives ;
- l'exclusion de la publicité de la vente à emporter ou l'interdiction d'appartenance à plusieurs réseaux dans la mesure où elles fortifient l'image de la coopérative ;
- la clause pénale qui prévoit le paiement d'une indemnité en cas de départ anticipé d'une coopérative de distributeurs réunis sous la même enseigne ;
- l'organisation par les coopérateurs sous leur enseigne d'une campagne publicitaire

temporaire portant sur un prix promotionnel unique dès lors qu'il s'agit d'un prix maximum conseillé et qu'il n'existe pas de pressions directes ou indirectes en imposant l'application ;

- un engagement de non-réaffiliation post-contractuelle dès lors que l'ancien adhérent conserve la possibilité de poursuivre ses relations commerciales avec la clientèle acquise et d'exercer ainsi une certaine pression concurrentielle.

La politique commerciale menée par des commerçants indépendants regroupés au sein d'une coopérative ne doit pas impliquer une limitation de leur liberté commerciale en matière de prix. Il faut toutefois noter que les sociétés coopératives de commerçants détaillants sont, depuis l'entrée en vigueur de la loi du 15 mai 2001, autorisées à «définir et mettre en œuvre par tous moyens une politique commerciale commune propre à assurer le développement et l'activité de [leurs] associés, et notamment [...] par l'élaboration d'opérations commerciales publicitaires ou non pouvant comporter des prix communs». Pour autant, le dispositif législatif et réglementaire relatif aux coopératives de commerçants détaillants n'est pas en lui-même de nature à faire obstacle à l'application du droit de la concurrence à ces dernières.

Les statuts de la coopérative ne doivent pas viser à établir entre adhérents une protection territoriale absolue en supprimant toute concurrence entre eux, les empêcher de se constituer une clientèle propre, comporter une clause de non-concurrence disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi ou limiter leur liberté commerciale en matière d'approvisionnement et d'expansion.

X. Entreprises communes

A RETENIR

Les entreprises communes pouvant relever soit du droit des ententes soit du contrôle des concentrations, il est nécessaire, avant d'examiner leurs conditions de licéité, de procéder à leur qualification.

A. Qualification

L'entreprise commune est une entreprise soumise au contrôle conjoint de deux ou plusieurs autres entreprises économiquement indépendantes les unes des autres. La création d'une entreprise commune à laquelle plusieurs entreprises confient une partie de leur activité et dont la direction est assurée par elles sur un pied d'égalité tient autant de l'entente que de la concentration. On distingue traditionnellement l'entreprise commune coopérative, susceptible de tomber sous le coup des articles 101 TFUE et 420-1 du Code de commerce, de l'entreprise commune concentrative, qui relève des règles relatives aux concentrations.

A RETENIR

Selon l'article 3, paragraphe 4, du règlement 139-2004, «la création d'une entreprise commune accomplissant de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome constitue une concentration au sens du paragraphe 1, point b)».

Cette entreprise commune de plein exercice opère «sur un marché, en y accomplissant les fonctions qui sont normalement exercées par les autres entreprises présentes sur ce marché», possède «un personnel d'encadrement se consacrant à ses activités quotidiennes» et a accès «à toutes les ressources nécessaires, en termes de financement, de personnel et d'actifs (corporels et incorporels), pour exercer son activité de manière durable à l'intérieur de la zone prévue à cet effet dans l'accord d'entreprise commune». Les comportements d'une telle entreprise qui sont détachables de sa création continuent d'être soumis aux règles de l'article 101 TFUE.

A RETENIR

À la suite de l'adoption de la loi NRE, l'article L. 430-1, à l'instar du droit européen, définit l'entreprise commune concentrative comme la structure qui remplit de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome.

Les comportements d'une telle entreprise qui sont détachables de sa création continuent d'être soumis aux règles de l'article L. 420-1. *A contrario*, une entreprise commune qui ne serait pas de plein exercice relève, tant en droit européen qu'en droit français, du droit des ententes.

Une entreprise commune est assimilable à une entente entre ses sociétés mères lorsque l'assistance qu'elles dispensent à tous les stades de son activité ne se limite pas à une phase initiale normale de lancement. Il en est ainsi de l'entreprise qui ne dispose pas des ressources nécessaires pour exercer une activité économique durable, est tributaire de ses sociétés mères, et qui agit sur le marché selon des modalités proches de celles d'un comptoir de vente en commun, ou qui ne bénéficie pas d'un transfert d'actifs, et dont les sociétés mères ne se sont pas retirées du marché.

B. Conditions de licéité

La création d'une filiale commune coopérative n'est pas à elle seule constitutive d'une entente illicite. Son illicéité tient soit à l'objet anticoncurrentiel qui a présidé à sa création, soit au fait qu'elle constitue le véhicule d'une entente.

Dès son rapport pour l'année 1987, le Conseil de la concurrence soulignait que les systèmes de distribution sélective ne sont pas nécessairement contraires aux dispositions de l'article L. 420-1 du Code de commerce mais peuvent bénéficier d'une exonération au titre de la règle de raison. Si la sélection a pour conséquence de limiter le nombre de détaillants admis à commercialiser le produit en cause et peut être de nature à diminuer l'intensité de la concurrence par les prix, elle est également une source de concurrence. Au fil des années, l'Autorité de concurrence a adopté une approche souple mettant l'accent sur l'ambivalence des accords de distribution qui réduisent la concurrence entre membres du réseau (concurrence intramarque), mais augmentent en principe la concurrence entre réseaux (concurrence inter-marques). Ils doivent donc être appréciés au regard du contexte dans lequel ils sont mis en œuvre.

Lorsque la restriction produit des effets limités au territoire national (ce qui rend le règlement en principe inapplicable), l'autorité de concurrence française estime que les règles européennes peuvent servir de guide d'analyse dans le cadre de la règle de raison.

A RETENIR

La création d'une entreprise commune qui n'affecte pas l'indépendance de ses membres en dehors de son domaine d'application, dont les critères d'adhésion sont objectifs et ouverts à tous, qui ne contient aucune clause d'exclusivité et n'empêche pas l'entrée sur le marché de concurrents potentiels n'est pas contraire aux articles 101 TFUE, paragraphe 1 et L. 420-1 du Code de commerce.

De même, l'entente n'est pas illicite lorsque les entreprises concernées n'auraient pu entrer seules sur le marché et que l'opération est de nature à accroître la concurrence en créant un nouveau concurrent dans un segment en expansion rapide ou lorsqu'elle favorise l'entrée d'un nouvel opérateur sur un marché récemment libéralisé caractérisé par une forte pression de l'opérateur historique.

L'entreprise commune bénéficie de l'exonération au titre de la règle de raison ou de l'exemption prévue à l'article 101, paragraphe 3, TFUE lorsqu'elle contribue au progrès économique en réservant une partie équitable du profit aux utilisateurs. Les restrictions imposées aux entreprises participantes doivent, en outre, être indispensables pour atteindre ces objectifs, et ne pas conduire à une élimination de la concurrence. Tel est le cas lorsque la création de l'entreprise commune améliore la fréquence du service, la qualité, la quantité et la diversité des produits, à des coûts compétitifs, réduit les frais de commercialisation et d'administration au profit des utilisateurs, permet de réaliser un gain de temps, rentabilise un risque financier important ou donne lieu à des économies d'échelle conséquentes, ou, enfin, favorise une synergie des connaissances et le développement de nouvelles technologies que les opérateurs n'auraient pu réaliser individuellement.

PLAN

Une entreprise commune est susceptible d'entraîner trois types de restriction de concurrence :

- un effet de groupe,
- un effet de réseau,
- des restrictions accessoires.

1. Effet de groupe

La constitution d'une entreprise commune entre des opérateurs concurrents peut entraîner un «effet de groupe» (*spill-over effect*), qui se définit comme l'ensemble des restrictions de concurrence attachées à la création ou au fonctionnement d'une entreprise commune du fait des rapports que les sociétés mères entretiennent entre elles ou avec leur filiale. L'effet de groupe peut être apprécié dans le cadre du contrôle des concentrations lorsque l'entreprise commune est de «plein exercice» ou au regard des articles 101 TFUE et L. 420-1 du Code de commerce, dans le cas contraire. Il peut résulter d'engagements exprès des sociétés mères et de l'entreprise commune ou être déduit des liens organiques et opérationnels qu'elles ont noués. En pratique, un effet de groupe a toutes les chances de se produire si les différents opérateurs interviennent sur le même marché ou sur des marchés proches, géographiquement ou matériellement. Au contraire, le retrait des socié-

tés mères du domaine d'activité de la filiale constitue un indice déterminant de l'absence d'effet de groupe.

La création de l'entreprise commune peut avoir pour effet de limiter la concurrence entre les sociétés mères. En effet, la répartition égalitaire du capital entre les fondateurs, souvent prévue par les statuts de l'entreprise commune, caractérise, selon la Commission, un facteur de concertation entre les sociétés mères. Dans le cadre de l'exercice de leur contrôle conjoint, celles-ci sont tenues de participer de concert aux décisions importantes prises par la nouvelle entreprise. Cette répartition du capital prive les associés de la possibilité d'établir un calcul autonome des coûts et des prix, expression d'une activité indépendante. De même, une répartition égale entre des sociétés mères, fabricants concurrents, des résultats d'une entreprise commune en fonction de leur participation au capital est de nature à entraîner une politique concertée des exportations, même en l'absence de fixation de quotas entre elles.

Des restrictions de concurrence sont aussi susceptibles de naître dans les rapports entre l'entreprise commune et ses fondateurs. En effet, selon la Commission, «une partie qui détient une importante participation dans une entreprise commune ne va pas faire concurrence à l'autre partie ou à l'entreprise commune dans le domaine d'activité de cette dernière, même si les termes du contrat lui laissent toute liberté d'agir de la sorte». L'entreprise commune, qui représente la communauté d'intérêts de ses fondateurs, induit ainsi nécessairement une harmonisation de leurs comportements.

Au-delà de l'entreprise commune, l'incitation à la coordination s'étend aux rapports entre sociétés mères sur les marchés, connexes économiquement ou voisins géographiquement, où elles continuent d'exercer des activités indépendantes. La coordination des activités connexes est rendue possible par la coopération étroite et continue entre les opérateurs qui permet les échanges mutuels d'informations stratégiques. L'effet de groupe disparaît en revanche si les sociétés mères ne sont ni effectivement ni potentiellement concurrentes en dehors du domaine d'activité de l'entreprise commune.

Enfin, des effets restrictifs peuvent également apparaître dans les rapports du groupe avec les tiers. Tel est le cas lorsqu'une des sociétés mères est liée par un engagement d'approvisionnement exclusif à l'entreprise commune.

2. Effet de réseau

La création d'une entreprise commune entre des opérateurs concurrents déjà liés par un réseau d'entreprises communes accroît l'atteinte portée au libre jeu de la concurrence. Les distorsions de concurrence susceptibles de résulter d'un réseau d'entreprises communes concurrentes sont multiples. L'influence exercée par un associé commun sur leur comportement sur le marché ou la dépendance technologique liée à la détention de droits de propriété intellectuelle sont autant de liens qui laissent présumer une absence de comportement véritablement concurrentiel entre les différents opérateurs. Toutefois, lorsque ces restrictions sont d'une durée limitée et indispensables à la création d'un produit nouveau, de haute technicité, l'exemption individuelle peut être accordée.

3. Restrictions accessoires

La création et le bon fonctionnement d'une entreprise commune peuvent être assortis de restrictions accessoires qui suivent le régime de l'accord portant création de celle-ci, telles que des engagements de non-concurrence. Les restrictions accessoires à la constitution d'une entreprise commune sont licites dès lors qu'elles sont indispensables et ne vont pas au-delà de ce que la création de l'entreprise commune exige. Tel est le cas de la clause par laquelle une entreprise commune s'engage à traiter ses associés à égalité de conditions par rapport aux clients tiers, de l'exclusivité de distribution accordée à l'entreprise commune, de l'obligation de s'approvisionner exclusivement auprès de la filiale commune, de la concession de licence exclusive ou des restrictions d'établissement postcontractuelles.

SECTION 2

Restrictions verticales

A RETENIR

Les restrictions verticales résultent généralement d'accords conclus entre des opérateurs situés à des stades différents du processus économique. Les accords de distribution constituent leur domaine d'élection. Les accords verticaux font l'objet d'une certaine indulgence dans la mesure où, à la différence des accords horizontaux, ils entraînent en principe un accroissement de la concurrence intermarques. De plus, alors que, dans les relations horizontales, le pouvoir de marché de l'une des entreprises peut inciter ses concurrents à adopter un comportement anticoncurrentiel, dans les relations verticales, il y a en principe neutralisation du pouvoir de marché.

Lorsque le marché n'est pas concentré et que les entreprises sont nombreuses, on peut considérer que les restrictions verticales ne produiront pas d'effets négatifs. Selon la Commission, les restrictions verticales ne suscitent de difficultés, du point de vue de la concurrence, que lorsque la concurrence est insuffisante à un ou plusieurs stades du commerce, c'est-à-dire lorsqu'il existe un certain pouvoir de marché au niveau du fournisseur, à celui de l'acheteur ou à ces deux niveaux. Après avoir, dans un premier temps, analysé les restrictions verticales uniquement dans le cadre de l'article 101, paragraphe 3, les autorités européennes ont admis que certaines restrictions pouvaient être nécessaires au fonctionnement même du système de distribution. Ces restrictions échappaient par conséquent à l'article 101, paragraphe 1. Sur habilitation du Conseil, la Commission avait, en outre, adopté plusieurs règlements d'exemption par catégorie, qui couvraient les principaux accords de distribution.

Les difficultés soulevées par l'application de ces différents règlements ont conduit la Commission à modifier sa politique d'exemption en élaborant des règlements plus souples et orientés vers une approche résolument économique. Le règlement 2790-1999 du 22 décembre 1999 sur l'application de l'article 81, paragraphe 3, du Traité à des catégories d'accords verticaux est le premier de ces règlements «nouvelle génération». Il est remplacé, depuis le 20 avril 2010, par le règlement 330-2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du Traité sur le fonctionnement de

l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées. Le champ d'application du règlement demeure très large puisqu'il vise tous les accords verticaux, c'est-à-dire tous les accords entre entreprises situées à des niveaux différents de la chaîne de production et de distribution et dont l'objet est l'achat, la vente ou la revente de certains biens et services, ainsi que les accords contenant des dispositions accessoires sur la cession ou l'utilisation de droits de propriété intellectuelle en relation directe avec l'utilisation, la vente ou la revente de biens ou de services. L'étendue du champ d'application traduit un souci de simplification et d'uniformisation des règles régissant les différents systèmes de distribution. Du point de vue de la Commission, l'enjeu est de permettre aux entreprises de choisir librement leur mode de commercialisation en toute connaissance de cause, en fonction de leurs seuls intérêts stratégiques et non de la politique de la Commission à l'égard de tel ou tel système de distribution. Le nouveau texte poursuit également un second objectif : les distributeurs doivent, selon l'autorité européenne, pouvoir répondre à la demande des consommateurs, qui, où qu'ils se trouvent dans l'Union, doivent avoir la possibilité d'acheter des biens ou des services au prix le plus intéressant.

Seuls les accords qui sont contraires aux dispositions de l'article 101, paragraphe 1, mais qui remplissent avec suffisamment de certitude les conditions d'application de l'article 101, paragraphe 3, sont compris dans la catégorie (art. 2). **Le texte pose une présomption de légalité des accords qui ne contiennent pas de restrictions ayant des effets anticoncurrentiels graves (clauses noires ou rouges) lorsque le fournisseur et l'acheteur détiennent chacun une part du marché ne dépassant pas 30 % (art. 3).** Au-delà, les parties doivent évaluer leur accord avec l'aide des lignes directrices publiées par la Commission.

PLAN

Nous examinerons successivement, en allant des formes d'entente les moins intégratives vers celles qui conduisent à l'intégration la plus grande entre partenaires et donc les plus susceptibles de contribuer à l'efficacité économique :

- les conditions générales de vente et accords de coopération commerciale ;
- le référencement ;
- l'obligation d'exclusivité ;
- l'approvisionnement exclusif/fourniture exclusive ;
- la distribution exclusive ;
- la distribution sélective ;
- la franchise.

I. Conditions générales de vente et accords de coopération commerciale

A. Droit européen

A RETENIR

Les accords verticaux, qui ont pour objet la fixation des conditions générales de vente, ne produisent pas d'effets négatifs sur la concurrence, s'ils préservent la liberté du distributeur et ne sont pas discriminatoires.

Les conditions générales de vente ne doivent pas limiter la liberté d'action économique des partenaires et empêcher les initiatives individuelles tendant à attirer plus de clients et à renforcer la concurrence.

L'influence exercée par un fabricant sur la politique commerciale de ses revendeurs, qui est tolérée lorsqu'elle s'insère dans le fonctionnement normal d'un réseau de distribution (franchise, distribution sélective, distribution exclusive, approvisionnement exclusif), ne va pas jusqu'à permettre l'imposition d'un prix plancher. Les prix doivent pouvoir être librement fixés par le distributeur en fonction de ses propres coûts. Des conditions générales de vente, qui font interdiction aux détaillants de fixer leurs prix de revente, sont donc anticoncurrentielles. Les clauses de prix imposé constituent d'ailleurs une restriction caractérisée, au sens du règlement 330-2010, qui exclut l'exemption. L'application, à l'égard de partenaires commerciaux, de conditions inégales à des prestations équivalentes en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence est également prohibée par l'article 101, paragraphe 1, TFUE. Dès lors, si les conditions de vente peuvent différer selon les acheteurs, le traitement différencié ne doit pas permettre une attribution discriminatoire des remises, faire obstacle au commerce parallèle ou exclure une forme de distribution. Enfin, de façon plus spécifique, des conditions de vente ne peuvent avoir pour effet d'isoler le marché de chaque État membre et de soustraire à la concurrence, à partir d'un ou plusieurs autres États membres, les prix appliqués dans chacun de ces marchés. Aussi la clause des conditions générales de vente d'un fournisseur qui interdit aux distributeurs d'exporter les produits contractuels a-t-elle un objet anticoncurrentiel. L'interdiction de rétrocessions est assimilée à une interdiction indirecte d'exporter prohibée.

B. Droit français

A RETENIR

Les accords verticaux ayant pour objet la fixation de prix de vente ou qui imposent des conditions discriminatoires sont contraires à l'article L. 420-1 du Code de commerce. Mais le régime juridique des conditions générales de vente et accords de coopération commerciale n'est pas toujours dénué d'ambiguïté.

En ce domaine, l'Autorité de la concurrence doit concilier deux approches différentes : celle du droit de la transparence tarifaire et celle du droit des pratiques anticoncurrentielles. Les règles relatives à la transparence imposent la communication de l'ensemble des conditions générales et la mention sur la facture des remises acquises au jour de la vente ou de la prestation : elles avaient à l'origine pour but d'éviter toute discrimination abusive. Les accords de coopération commerciale ne peuvent être conclus qu'en contrepartie de services particuliers rendus au fournisseur à l'occasion de la revente de ses produits ou services aux consommateurs, propres à favoriser leur commercialisation, et qui ne relèvent pas des obligations d'achat et de vente. En droit de la concurrence, les conditions discriminatoires accordées à certains partenaires, qui accroissent l'efficacité économique ou rémunèrent un meilleur service au consommateur ne sont pas anticoncurrentielles. Il n'en va différemment que si le caractère occulte de ces accords constitue le moyen pour les fournisseurs d'éviter la répercussion des rabais ou ristournes sur les prix de vente des

distributeurs auxquels ils sont accordés et de résister aux demandes des distributeurs qui n'en bénéficient pas. En cela, les accords de coopération commerciale peuvent contribuer à la fixation d'un prix minimum contraire à l'article L. 420-1 du Code de commerce. L'on observe que l'Autorité a tendance à condamner sur le fondement du droit des ententes les accords qui ne lui paraissent pas justifiés au regard du droit de la transparence (rémunération confidentielle, avantage pour progression du chiffre d'affaires), et à exonérer ceux qui lui paraissent conformes à ces règles (rémunération d'un service répondant aux conditions de la coopération commerciale).

PLAN

Cinq types de comportements sont susceptibles d'être sanctionnés au titre de l'article L. 420-1 du Code de commerce :

- la fixation du prix de revente ;
- l'application de conditions discriminatoires ;
- les remises quantitatives ;
- les remises qualitatives ;
- la pratique dite de la corbeille de la mariée.

1. Fixation du prix de revente

La pratique des prix minimaux imposés est prohibée par l'article L. 420-1 du Code de commerce. Un prix imposé peut, soit avoir son origine dans le contrat, soit être inféré du comportement des entreprises.

a. Clause de prix imposé

A RETENIR

Les conditions générales ne doivent pas conférer au prix un caractère artificiel imposé au revendeur.

EXEMPLES

Quand se trouve-t-on en présence d'une clause de prix imposé ?

- lorsque le non-respect des prix minimaux indicatifs est sanctionné ;
- lorsque les prix de vente aux consommateurs sont surveillés, le producteur exerçant des pressions auprès des distributeurs pour les obliger à aligner leurs prix à la hausse ;
- lorsque la signature du contrat de distribution implique le respect de la politique commerciale ou de la politique de communication du fabricant par les revendeurs ou l'acceptation de leur part de pratiques conditionnées au respect des prix ;
- lorsque le fabricant contrôle les prix de détail par l'intermédiaire du contrôle de la publicité sur ces prix ;
- lorsqu'un accord sur les prix de vente au détail est intervenu entre distributeurs et fournisseurs au moment des négociations commerciales même si l'uniformité des

prix n'est pas absolue et que tous les produits concernés ne sont pas offerts à la vente ;

- lorsque par le jeu d'une clause pénale les remises de coopération commerciale peuvent être supprimées et une marge minimale imposée ;
- lorsque l'intégration de remises différées même conditionnelles dans les prix est interdite ;
- lorsque le fabricant a la possibilité de supprimer les remises s'il estime qu'il y a revente à perte ;
- lorsque la clause d'un contrat de distribution conclu entre un producteur et ses grossistes plafonne le niveau des remises que ces derniers sont susceptibles d'accorder aux distributeurs ;
- lorsque les conditions générales de vente du fabricant imposent aux grossistes sous peine de sanction pécuniaire un prix de revente correspondant à celui fixé dans une liste ainsi qu'une obligation de police ou de surveillance des prix pratiqués par les détaillants ;
- lorsque des remises faussement conditionnelles sont octroyées de manière quasi systématique sans réel contrôle du respect des objectifs commerciaux fixés et disproportionnées par rapport au service rendu ;
- lorsque l'entreprise et ses distributeurs ont signé une charte par laquelle ils ont convenu des prix de revente sur internet.

b. Pratique de prix imposé

A RETENIR

Un alignement des prix peut également révéler l'existence d'une entente. L'alignement ne doit pas répondre à un comportement commercial autonome, le parallélisme de comportement n'établissant pas en soi la concertation. Pour démontrer le consentement des distributeurs à la politique de prix du fournisseur, l'Autorité de la concurrence a développé, dans l'affaire des parfums (Cons. conc. 13 mars 2006, n° 06-D-04, LawLex06762), un test en trois temps (triple test) en utilisant la méthode du faisceau d'indices. L'échange des consentements existe dès lors (1) que les prix de vente publics ou les taux de remise maximum ont été évoqués par le fournisseur, (2) que des dispositifs de police des prix ont été mis en place et (3) que les prix conseillés ont été appliqués de manière significative.

Des prix peuvent être «évoqués» sans qu'il soit nécessaire qu'ils aient été négociés avec les distributeurs ni même discutés oralement. L'évocation des prix s'entend de tout procédé par lequel le fournisseur fait connaître à son distributeur les prix de détail, et non de gros, auxquels il souhaite vendre son produit.

EXEMPLES

L'évocation du prix, condition de la prohibition, peut être réalisée par :

- la négociation d'un prix d'achat correspondant au seuil de revente à perte ou menée directement auprès des détaillants spécialisés, sans laisser aucune marge de manœuvre tarifaire aux grossistes chargés de les approvisionner ;
- la diffusion de catalogues de tarifs mentionnant un prix public indicatif ;
- des courriers faisant état d'un coefficient multiplicateur précis ou d'un taux de remise maximum ;
- les conseils donnés aux distributeurs quant au positionnement du prix du produit suffisent à remplir la condition ;
- l'annonce d'un prix de détail par un fournisseur à l'occasion d'une conférence de presse de lancement d'un produit, largement relayée par les médias ;
- la diffusion prétendument limitée d'une charte prescrivant le respect de prix conseillés dès lors que les recommandations figurent également sur d'autres documents communiqués à tous les distributeurs.

L'alignement des prix n'est pas condamnable lorsqu'il s'explique par une autre cause que l'évocation des prix par le fournisseur, comme la forte transparence du marché due à la publication de relevés de prix publics pratiqués par les grandes enseignes.

La **police des prix** se manifeste non seulement par l'exercice de pressions, menaces de rétorsions et représailles effectives de la part du fournisseur, comportements qui appartiennent à une catégorie extrême dans l'éventail des mesures de police, mais également par des interventions moins importantes comme des demandes de remontées de prix de vente ou de simples témoignages de distributeurs faisant état d'interventions pressantes du fournisseur pour les inciter à corriger les anomalies constatées dans leur politique de prix.

L'Autorité de la concurrence considère enfin qu'un **taux de respect des prix publics indicatifs d'au moins 80 %** fait présumer l'application effective des prix. En deçà, l'analyse doit être complétée par la prise en considération de la dispersion des prix relevés, en observant directement la concentration des prix à proximité du prix public indicatif. La représentativité des relevés peut s'avérer insuffisante pour conclure à l'existence d'une pratique de respect des prix imposés. Ainsi, en l'absence d'autres éléments probants, la preuve de la participation des distributeurs à une entente verticale de prix imposé n'est pas apportée lorsque les relevés de prix établissent un taux de respect se situant autour de 50 %. De même, les relevés effectués par l'Administration pour une période de temps limitée n'ont pas nécessairement force probante pour une période de temps plus étendue. En effet, pour établir l'application effective, les relevés doivent être en nombre suffisant, porter sur une région géographique assez étendue et concerner plusieurs produits dans des points de vente relevant de modes de distribution diversifiés, alors en outre que les parties ont signé un contrat de coopération commerciale impliquant le respect de la politique commerciale du fabricant par les revendeurs dans leurs publicités. Enfin, lorsque le fabricant a diffusé des prix conseillés variables selon le secteur de mise sur le marché, l'Administration doit

préciser les lieux où ont été relevés les prix qu'elle invoque. La Cour de cassation a précisé que les relevés de prix ne constituent qu'un indice parmi d'autres et que le prix affiché en magasin constitue le prix effectivement pratiqué, sans qu'il y ait lieu de tenir compte des remises effectuées en caisse.

Selon la Cour de cassation, la preuve de la restriction verticale imputée au fournisseur n'exige pas l'identification de tous les distributeurs ayant participé à l'entente, a fortiori lorsque l'infraction n'est pas retenue à l'encontre de tous les distributeurs des différents réseaux concernés, mais seulement à celui des membres des trois plus grandes enseignes mises en cause. Enfin, lorsqu'il existe des preuves documentaires directes d'une entente verticale sur les prix de vente, telle qu'une clause de prix imposée, il n'est pas nécessaire de vérifier que les éléments du triple test sont réunis (Cons. conc. 11 juin 2013, affaire des parfums, LawLex13942).

La jurisprudence française en matière de prix imposés demeure cependant critiquable à la fois dans ses modalités et dans son principe. Elle se contente toujours d'indices limités pour considérer que chaque critère du triple test est rempli. Il suffit que certains points de vente aient été victimes de pressions pour caractériser une police des prix bien que la majorité des membres du réseau n'en aient pas été victimes : le degré d'intervention sur les prix requis apparaît beaucoup plus faible qu'en droit européen. Plus fondamentalement, la condamnation générale et *per se* des prix imposés ne correspond plus à l'état actuel de l'analyse économique ni même au droit positif des pays les plus avancés en droit de la concurrence. La science économique souligne en effet que les prix imposés peuvent être légitimes dans certaines circonstances, notamment à l'occasion du lancement d'un nouveau produit dont le prix a été signalé à la clientèle. Adoptant une analyse plus moderne, la Cour suprême des États-Unis a opéré un revirement de jurisprudence en substituant à la condamnation *per se* des pratiques de prix imposés entre fabricants et distributeurs une appréciation au cas par cas fondée sur la règle de raison (US Supreme Court, 28 juin 2007, Leegin). Le maintien d'un prix minimum de revente peut stimuler la concurrence inter-marques et compenser un affaiblissement de la concurrence intramarque. Les lignes directrices relatives aux restrictions verticales semblent se ranger en partie à cette analyse : désormais les prix imposés peuvent ne pas avoir pour effet de restreindre la concurrence et produire des gains d'efficience.

2. Application de conditions discriminatoires

A RETENIR

Des partenaires commerciaux placés dans une situation identique pour des prestations équivalentes doivent bénéficier du même traitement.

Un traitement discriminatoire d'opérateurs économiques en situation de concurrence sur un même marché est, en effet, de nature à faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché au sens de l'article L. 420-1 du Code de commerce. Ainsi, l'application par une société de perception d'un accord qui conduit à une discrimination dans la fixation du montant d'un taux de redevance, à des entreprises opérant sur un même marché, constitue une entente prohibée. Néanmoins, l'application de conditions discrimi-

minatoires est couverte par le règlement 330-2010 lorsque le fournisseur détient moins de 30 % de part de marché.

3. Remises quantitatives

A RETENIR

Une clause par laquelle un fournisseur choisit de rémunérer les prestations et avantages commerciaux que lui fournit une chaîne de magasins arborant une enseigne commune n'est pas en elle-même contraire à l'article L. 420-1 du Code de commerce.

Ainsi, des conditions générales de vente et des accords de coopération commerciale réservant l'attribution de remises quantitatives aux seuls distributeurs regroupés sous une enseigne commune et pratiquant effectivement une politique commune de distribution ne sont pas constitutives d'ententes, dès lors qu'elles rémunèrent un service plus important que celui rendu par des distributeurs indépendants ou que les membres de l'enseigne demeurent libres de mener une politique de prix autonome. L'octroi de remises quantitatives ne peut cependant être réservé aux seuls distributeurs regroupés au sein d'une enseigne commune qu'en contrepartie de l'exécution de services spécifiques qu'ils sont seuls capables de rendre. Dès lors, l'attribution de remises quantitatives aux seuls revendeurs réunis sous une enseigne commune revêt un caractère anticoncurrentiel lorsque la clause d'enseigne commune exclut, en tout état de cause, du bénéfice de la ristourne pour la réalisation de ventes en grande quantité, tous distributeurs, grossistes ou détaillants, isolés ou groupés ayant leur propre enseigne, lorsque l'accord ne précise pas la nature des services spécifiques rendus par ces revendeurs ou lorsqu'il rémunère des services que ces distributeurs ne sont pas les seuls à même de rendre.

4. Remises qualitatives

A RETENIR

Il est loisible à un fournisseur d'octroyer des avantages qualitatifs s'il estime que les consommateurs apprécient les services rendus par les distributeurs et peut espérer ainsi maintenir ou conforter son image de marque ce qui, par voie de conséquence, développera ses ventes et intensifiera la concurrence avec les autres marques.

Les remises qualitatives octroyées par un fournisseur aux distributeurs offrant des prestations spécifiques ne tombent pas sous le coup de l'article L. 420-1 du Code de commerce lorsqu'elles ne s'accompagnent d'aucune sélection quantitative des distributeurs, qu'elles sont définies de manière objective, qu'elles ne sont pas appliquées de façon discriminatoire et qu'elles n'ont ni pour objet ni pour effet de limiter la liberté des commerçants de déterminer de façon autonome leur politique de prix de revente. Leurs conditions de licéité sont ainsi alignées sur celles de la distribution sélective. Aussi, l'attribution de remises qualitatives dérogeant sans contrepartie et sans justification aux conditions générales de vente du fournisseur constitue-t-elle une entente illicite dès lors qu'elle a pour effet de favoriser un mode particulier de distribution au détriment de distributeurs concurrents, notamment en empêchant le distributeur exclu de pratiquer une politique de bas prix sur les produits en cause.

Des services tels que la démonstration des produits à la demande des clients ou l'assistance technique au consommateur (services de réparation et de livraison) sont susceptibles de justifier l'octroi de remises qualitatives. Le caractère spécifique des services rémunérés permet en outre l'attribution de remises différentes selon la qualité du distributeur.

5. Pratique dite de la corbeille de la mariée

A RETENIR

Cette pratique consiste, pour des distributeurs, à l'occasion de leur rapprochement, à renégocier la participation financière de leurs fournisseurs et à subordonner la poursuite des relations à l'acceptation de conditions supplémentaires par rapport à celles stipulées auparavant.

Selon la Cour d'appel de Paris, l'acceptation des fournisseurs de renégocier à la hausse les avantages précédemment consentis par le contrat les liant au distributeur ne saurait constituer en elle-même une entente, car on ne peut soupçonner des fournisseurs de se placer volontairement hors marché. En outre, le libre choix de l'acheteur est un ressort essentiel de la concurrence et un moteur du commerce qui stimule la productivité et améliore la qualité des produits chez les producteurs. La négociation des accords de référencement, le refus de référencement ou le déréférencement ne constituent donc pas, en eux-mêmes, des pratiques anticoncurrentielles. La renégociation est une pratique courante dans les relations producteur-distributeur, chacun ajustant ses exigences pour tenir compte de l'évolution du marché.

Pour qu'elle tombe sous le coup de la prohibition, il faut que la renégociation présente un caractère de généralité suffisant et qu'elle ne soit pas assortie de contreparties réelles pour le fournisseur. Dès lors, l'acte par lequel un distributeur, qui a réalisé une opération de concentration, fait savoir à l'ensemble de ses fournisseurs d'une catégorie de produits, ou à une partie substantielle d'entre eux, qu'il entend, en raison de l'accroissement de sa puissance d'achat, renégocier certaines des conditions consenties ou qu'il envisage de subordonner la poursuite des relations commerciales nouées avec eux à des conditions supplémentaires par rapport à celles acceptées auparavant, est susceptible d'être visé par l'article L. 420-1 du Code de commerce. Toutefois, lorsque la renégociation est menée individuellement avec chaque entreprise eu égard aux circonstances qui lui sont propres, sans chercher à évincer du marché des entreprises concurrentes, la qualification d'entente est exclue. Il est en outre nécessaire que le fournisseur ait consenti à la négociation pour retenir l'existence d'une entente anticoncurrentielle. Si celle-ci lui est imposée, faute d'accord, l'entente n'est pas constituée.

II. Référencement

A RETENIR

Le référencement ou le déréférencement d'un fournisseur par un distributeur résulte du jeu normal de la négociation contractuelle et commerciale et ne constitue pas, en soi, une pratique anticoncurrentielle.

Des raisons objectives tenant à la qualité des produits ou à leur prix peuvent justifier l'exclusion de ceux qui ne correspondent pas à la politique d'enseigne de la centrale d'achat. Le déréférencement devient en revanche contraire à l'article L. 420-1 du Code de commerce, lorsqu'il ne résulte pas des caractéristiques du produit mais a pour objet le boycott d'un fournisseur ou de l'un ou plusieurs de ses produits ou lorsque l'accord de référencement a pour conséquence de créer une opacité tarifaire artificielle sur les conditions accordées à un groupe de distributeurs afin de placer ses fournisseurs dans une position plus favorable pour résister aux prétentions tarifaires des distributeurs concurrents.

III. Obligation d'exclusivité

L'exclusivité contraint l'une des parties, en vertu de dispositions expresses ou par ses effets pratiques, à ne recourir pour la totalité ou la quasi-totalité de ses besoins qu'à l'autre partie. Conclue entre non-concurrents, elle relève du règlement restrictions verticales dès lors qu'elle remplit les conditions de l'exemption.

A RETENIR

L'obligation d'exclusivité porte atteinte à la concurrence lorsqu'elle évince plusieurs concurrents au profit d'un seul ou produit un effet de cloisonnement. Toutefois, l'obligation d'exclusivité, dont le bilan économique est positif, peut être exonérée, au titre de la règle de raison ou de l'article 101, paragraphe 3, TFUE si elle en remplit les conditions.

Elle peut produire des gains d'efficacité de nature quantitative (réduction des coûts), mais également qualitative (accroissement de la qualité des produits ou services). Les gains d'efficacité doivent être répercutés sur les consommateurs et la restriction revêtir un caractère indispensable. Le caractère indispensable de l'obligation d'exclusivité dépend notamment de sa durée, qui doit être fonction des raisons économiques qui la justifient. Enfin, l'obligation d'exclusivité ne doit pas éliminer la concurrence. Sa licéité dépend du maintien d'une certaine accessibilité au marché, qui doit rester ouvert à court terme.

EXEMPLES

Quelles obligations d'exclusivité sont condamnables ?

- l'exclusivité de programmation accordée par un opérateur de téléphonie à sa filiale, en verrouillant les postes téléphoniques mobiles sur sa page d'accueil internet, car elle a pour effet d'exclure indirectement du marché les autres fournisseurs d'accès internet ;
- un accord de parrainage exclusif négocié sans appel préalable à la concurrence, d'une durée anormalement longue, et qui prévoit une clause de priorité lors de sa reconduction ;
- une exclusivité publicitaire produisant un effet anticoncurrentiel d'autant plus significatif qu'elle concerne les compétitions les plus importantes et celles qui drainent le plus grand nombre de clients.

N'ont pas été sanctionnées :

- une clause d'exclusivité qui favorise la concurrence intermarques au détriment de la concurrence intramarque dès lors que la concurrence intramarque est moins bénéfique pour le consommateur, les membres d'un même réseau ayant tendance à s'aligner sur les consignes du fournisseur ;
- une clause d'exclusivité incluse dans un contrat de bail conclu entre un centre commercial et de grandes enseignes nationales sans instaurer de barrières à l'entrée sur le marché ni provoquer d'effet d'éviction ou de verrouillage lorsque le centre concurrent qui invoque sa nullité a pu rapidement et avant son ouverture se constituer une gamme complète d'enseignes disposant d'un fort pouvoir d'attraction et que la clause n'a pas été rigoureusement appliquée ;
- une clause d'exclusivité concernant des prestations offertes à une clientèle captive et limitée.

IV. Approvisionnement exclusif / Fourniture exclusive**A. Conditions de la prohibition**

L'accord d'exclusivité d'approvisionnement est celui par lequel l'un des contractants s'engage vis-à-vis de l'autre à acheter dans le but de la revente les produits spécifiés uniquement à cette entreprise ou à toute entreprise chargée de distribuer ses produits qu'elle désigne (filiale ou entreprise tierce).

A RETENIR

Si l'accord d'approvisionnement exclusif n'est pas en soi constitutif d'une entente illécite, il peut présenter un caractère anticoncurrentiel par ses effets dès lors qu'il limite l'accès au marché des concurrents du fournisseur.

Ainsi, l'accord d'achat exclusif entre une coopérative de production et ses membres, assorti d'une obligation pécuniaire en cas de démission ou d'exclusion, et qui réunit plus de 90 % des producteurs d'un même État membre, a un effet sensible restrictif de concurrence. Il en est de même de l'accord qui oblige le fournisseur à verser une compensation au distributeur en cas de ventes directes dépassant un certain taux et comprend une clause de contingentement, ou interdit les importations et exportations

La théorie de l'effet cumulatif consiste à apprécier les effets d'un contrat au regard des effets cumulés d'un ensemble d'accords similaires sur le même marché (CJCE, 12 déc. 1967, aff. 23-67, Brasserie de Haecht, LawLex024153). **Un accord d'approvisionnement exclusif, qui, en lui-même, n'affecte pas sensiblement le commerce entre États membres, peut être incriminé lorsqu'il contribue de manière significative à l'effet cumulatif de fermeture du marché résultant de l'ensemble des contrats considérés (CJCE, 28 févr. 1991, aff. C-234-89, Delimitis, LawLex023996).** Pour apprécier le caractère significatif de la contribution à l'effet cumulatif, les autorités de contrôle se fondent notamment sur la durée des contrats d'achat exclusif ; si celle-ci est excessive par rapport à la durée moyenne des contrats généralement conclus sur le marché concerné,

le contrat en cause tombera sous le coup de la prohibition. Elles vérifient également s'il existe des possibilités réelles et concrètes d'accès et tiennent compte du nombre et de la taille des opérateurs présents, ainsi que du degré de saturation du marché et de la fidélité des consommateurs aux marques existantes.

B. Exonération

1. Exemption par catégorie

Le règlement 2790-1999 et ses lignes directrices visent tous les accords entre entreprises situées à des niveaux différents de la chaîne de production et de distribution et dont l'objet est l'achat, la vente ou la revente de certains biens et services.

A RETENIR

L'approvisionnement exclusif n'est expressément visé ni par le règlement 2790-1999, ni par le règlement 330-2010 qui le remplace. Il entre dans la catégorie des obligations de non-concurrence.

L'article 1er du règlement définit l'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 les biens ou les services contractuels, ou toute obligation directe ou indirecte imposant à l'acheteur l'obligation d'acquérir auprès du fournisseur ou d'une autre entreprise désignée par le fournisseur plus de 80 % de ses achats annuels en biens ou en services contractuels et en biens et en services substituables sur le marché en cause, calculés sur la base de la valeur ou, si cela est de pratique courante dans le secteur, du volume des achats qu'il a effectués au cours de l'année civile précédente».

Les obligations de non-concurrence peuvent être directes ou indirectes. Il peut s'agir d'une interdiction faite aux distributeurs de ne pas s'approvisionner en produits concurrents ou d'une exclusivité d'achat, ou à l'inverse d'une interdiction pour le fournisseur de traiter avec des concurrents du distributeur. En droit européen, leur durée est limitée à cinq ans. **Les obligations à durée indéterminée ou dont la durée est supérieure à cinq ans ne sont pas couvertes par le règlement d'exemption (Lignes directrices sur les restrictions verticales, pt 66).** Une obligation tacitement renouvelable au-delà d'une période de cinq ans, ou dont l'expiration dépend d'un futur incertain, doit être considérée comme une obligation à durée indéterminée. La limitation de durée n'est en revanche pas exigée lorsque l'acheteur revend les biens ou services à partir de locaux ou terrains dont le fournisseur est propriétaire ou locataire, pour autant que la durée de la clause ne dépasse pas celle de l'occupation des lieux. Sont ainsi visés en pratique les contrats de bière.

En droit français, l'article L. 330-1 du Code de commerce limite à dix ans la durée de validité «de toute clause d'exclusivité par laquelle l'acheteur, cessionnaire ou locataire de biens meubles s'engage vis-à-vis de son vendeur, cédant ou bailleur, à ne pas faire usage d'objets semblables ou complémentaires en provenance d'un autre fournisseur». La jurisprudence adopte une interprétation extensive de ce texte. Son champ d'application est en principe limité aux biens meubles. Toutefois, la Cour de cassation l'a étendu à

la clause insérée dans un contrat de bail d'un local destiné à l'exploitation d'un débit de boissons pour une durée de neuf années renouvelable. La Cour de cassation a par ailleurs précisé les champs d'application respectifs des règles françaises et européennes quant à la durée de l'exclusivité. Selon elle, le règlement européen, qui limite à cinq ans la durée des contrats de bière, est inapplicable à un accord auquel ne participent que des entreprises d'un même État membre et qui concerne la revente de produits à l'intérieur de celui-ci, du fait de l'absence d'affectation du commerce entre États membres. Un contrat d'approvisionnement exclusif n'affecte pas le commerce entre États membres dès lors qu'il n'interdit pas au distributeur de s'approvisionner, directement ou indirectement, dans d'autres États membres. En conséquence, un accord, qui s'échelonne sur six années contrairement aux exigences européennes, n'est pas nécessairement prohibé. Sa nullité ne pourra être prononcée, le cas échéant, que s'il est établi qu'il a pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché intérieur. Par ailleurs, **la clause d'une durée supérieure à cinq ans tolérée par le règlement 330-2010 peut faire l'objet d'une exemption individuelle** dès lors que les produits qu'elle concerne constituent un élément de la transmission du savoir-faire et participent au développement de la notoriété, de la marque et de l'enseigne et que son débiteur ne démontre pas qu'elle ne serait pas indispensable à la protection du savoir-faire et à la préservation de l'identité et de la réputation du réseau.

2. Exemption individuelle / Règle de raison

Les contrats d'approvisionnement peuvent bénéficier d'une appréciation au titre de la règle de raison ou d'une exemption individuelle. Selon les autorités de contrôle, l'exemption individuelle exige que l'obligation de non-concurrence ou d'achat exclusif apporte des améliorations à la distribution et compense ainsi les discriminations de prix supportées par le distributeur. Tel est le cas lorsque la spécification du lien d'exclusivité par type de bière favorise l'accès de brasseurs étrangers ou nouveaux sur le marché, ou quand les écarts constatés entre les prix de vente facturés aux débiteurs liés et ceux pratiqués à l'égard des exploitants indépendants sont compensés par les avantages spécifiques réservés aux débiteurs liés : un loyer moindre, des services professionnels en matière de gestion, de prospection commerciale, et des dépenses d'investissement réalisées par le brasseur dans les débits loués.

V. Distribution exclusive

Le contrat de distribution exclusive est celui par lequel «le fournisseur accepte de ne vendre sa production qu'à un seul distributeur en vue de la revente sur un territoire déterminé». Ce contrat est très fortement marqué par l'*intuitus personae*. L'exclusivité de fourniture mise à la charge du fournisseur est essentielle pour différencier la distribution exclusive de la distribution sélective. Le distributeur exclusif bénéficie, contrairement au revendeur agréé, d'un véritable monopole de vente des produits fournis sur le territoire concédé. Le fournisseur s'interdit d'approvisionner sur ce territoire d'autres distributeurs ou clients, sous la seule réserve de la clientèle qu'il aurait pu se réserver. À l'inverse, les distributeurs sélectifs sont soumis à la concurrence illimitée des autres membres du réseau. Cependant, l'exclusivité dont bénéficie le distributeur exclusif n'est pas absolue. Ainsi, bien qu'à l'abri des ventes actives des autres distributeurs du réseau sur son terri-

toire, il est exposé à leurs ventes passives, c'est-à-dire à celles qui répondent à la demande de consommateurs de son territoire, sans que ceux-ci aient été démarchés par les revendeurs concurrents. Enfin, alors que par définition, le distributeur sélectif s'interdit toute vente à des non-membres du réseau, le distributeur exclusif n'est pas soumis à une telle limitation de ses ventes, sauf lorsque la tête de réseau a opté pour une combinaison des distributions exclusive et sélective.

A RETENIR

Du point de vue concurrentiel, la distribution exclusive présente un bilan ambivalent : l'accroissement de la concurrence intermarques est obtenu au prix d'une diminution de la concurrence intramarque. La distribution exclusive restreint la concurrence tout en contribuant à la développer. Elle est donc susceptible d'échapper à la prohibition du droit des ententes, soit au titre de la règle de raison, soit sur le fondement d'une exemption. Certaines restrictions typiques des accords de distribution exclusive s'opposent toutefois à toute exemption, qu'elle soit individuelle ou collective.

Le choix d'un mode de distribution relève de la libre appréciation du fournisseur, sous réserve de ne pas adopter de comportement contraire aux règles de la concurrence en refusant un revendeur. Le fabricant reste libre de modifier l'organisation de son réseau de distribution sans que ses contractants bénéficient d'un droit acquis au maintien de leur situation. La liberté d'organisation du réseau constitue un principe de base, sous réserve que les modes de distribution mis en œuvre n'aient pas pour objet ou pour effet d'affecter le fonctionnement du marché. Il est ainsi loisible au fournisseur de regrouper la distribution de ses produits au sein d'une seule entreprise sans que l'on puisse qualifier cette opération d'entente entre le producteur et le nouveau distributeur. La modification du réseau ne constitue pas en elle-même une pratique anticoncurrentielle dès lors que les revendeurs disposent, notamment, de la possibilité de s'approvisionner auprès du distributeur désigné par le fournisseur. Le fournisseur peut donc décider de passer d'un système de distribution sélective à un système de distribution exclusive, d'un système de distribution exclusive à un système de franchisage ou de faire coexister au sein du même réseau des distributeurs exclusifs et multi-marques ou des territoires exclusifs et des territoires sans exclusivité. Le changement ne doit pas être intempestif, sous peine de constituer une rupture abusive. Pour cela, il suffit que le distributeur soit averti suffisamment à l'avance. Au nom du principe de libre organisation, le fournisseur peut, localement, instaurer une protection de son réseau en accordant des aides aux distributeurs sensiblement affectés par le développement des importations parallèles, dès lors que celles-ci stimulent la concurrence entre les membres du réseau et les distributeurs hors réseau.

Comme la Cour de cassation l'a affirmé sans détour : «le concédant a le droit de traiter avec le cocontractant de son choix, [...] il n'est pas tenu de motiver sa décision ni de communiquer les critères selon lesquels ce choix est exercé» (Cass. com., 7 avr. 1998, *Alès Auto. Citroën*, *LawLex025121*). Elle a ultérieurement adopté une position légèrement en retrait en précisant que la liberté de choix du fournisseur ne s'exerce qu'en l'absence de fixation de critères généraux de sélection. Néanmoins, les qualités professionnelles et techniques des demandeurs de concession exclusive demeurent librement appréciées par le fournisseur, même si la sélection doit être exempte de discrimination. Les autorités de

concurrence estiment que les systèmes de distribution sélective/exclusive ne sont pas anticoncurrentiels dès lors que les critères de choix ont un caractère objectif, n'ont pas pour objet ou pour effet d'exclure par nature une ou des formes déterminées de distribution et ne sont pas appliqués de façon discriminatoire. En revanche, le refus d'agrément d'un candidat à un réseau de concession exclusive justifié par des motifs d'opportunité économique, par l'intérêt des consommateurs et celui des concessionnaires en place, est licite.

A. Conditions de la prohibition

PLAN

Les clauses d'un contrat de distribution exclusive susceptibles de tomber sous le coup de la prohibition concernent :

- les prix imposés ;
- l'interdiction des importations parallèles ;
- l'interdiction des ventes passives ;
- l'interdiction des rétrocessions ;
- l'interdiction de la revente hors réseau.

1. Prix imposés

L'accord vertical entre le distributeur exclusif et le fournisseur ne doit pas restreindre la liberté commerciale du revendeur, qui doit pouvoir fixer librement ses prix de revente. **L'imposition directe ou indirecte de prix *mimima* de revente au consommateur est traditionnellement considérée comme une grave entorse aux règles de concurrence.** La clause de prix imposé constitue une restriction de concurrence par son seul objet et ne peut en principe être exemptée. Un fournisseur adopte donc un comportement anticoncurrentiel lorsqu'il impose la fixation de prix de revente ou de remises à un niveau déterminé. Toutefois, l'illicéité ne concerne que l'imposition d'un prix minimum. Une limite maximale peut être fixée par le fournisseur. De même, la communication d'un prix conseillé n'est pas en soi contraire à l'article 101 TFUE. À la différence des prix *maxima* ou conseillés, l'imposition d'un prix minimum constitue une clause noire au sens du règlement 330-2010 (art. 4, a)).

2. Interdiction des importations parallèles

Les importations parallèles peuvent être sources de difficultés dans un réseau de distribution exclusive. Les conditions de vente ne sont pas nécessairement les mêmes dans l'ensemble des vingt-huit marchés de l'Union européenne et les membres d'un réseau national peuvent être concurrencés par les importations en provenance d'autres États membres. Le droit européen de la concurrence a cependant pour objectif non seulement d'assurer le libre jeu de la concurrence, mais aussi de favoriser la création d'un grand marché européen en facilitant l'exportation des produits et services des réseaux, ainsi que leur importation en marge des réseaux de distribution exclusive.

Aux termes de l'article 4 du règlement 330-2010, l'interdiction des importations parallèles, qui institue une protection territoriale absolue, constitue une restriction caractérisée, c'est-à-dire une clause noire insusceptible de bénéficier de l'exemption.

Le juge a estimé qu'un accord d'exclusivité est anticoncurrentiel lorsqu'il a pour effet de cloisonner le marché, notamment par sa combinaison avec une législation nationale qui considère comme un acte de concurrence déloyale le fait pour un tiers de se livrer à des importations parallèles. De même, la clause par laquelle le fournisseur réserve sa garantie fabricant aux seuls produits acquis par les clients de ses concessionnaires exclusifs, à l'exclusion des produits commercialisés par le biais d'importateurs parallèles, est restrictive de concurrence. Les autorités de contrôle adoptent une approche finaliste, portée davantage sur l'effet de la clause contractuelle que sur son objet, ce qui leur permet d'appréhender aussi des restrictions indirectes. Ainsi, un contrat de distribution exclusive qui ne comportait aucune interdiction de réexportation a été considéré comme constituant une entente anticoncurrentielle dès lors que les parties au contrat s'étaient concertées afin de restreindre les importations parallèles destinées à un revendeur non agréé.

En revanche, une clause qui n'a pas pour effet de décourager les exportations ne saurait être prohibée. Il en est ainsi de la clause par laquelle le distributeur exclusif s'engage, en cas de vente en dehors de son territoire, à payer une commission de service après-vente au distributeur territorialement compétent, dont le montant est convenu entre eux et, à défaut, déterminé par le fabricant sur la base de critères objectifs correspondant à une évaluation réaliste du coût du service.

3. Interdiction des ventes passives

Le droit de la distribution distingue deux types de vente : la vente active et la vente passive. La vente active consiste à prospecter la clientèle exclusive d'un autre distributeur ou à établir un point de vente sur son territoire exclusif. Le contrat de distribution exclusive protège le distributeur de telles ventes de la part des autres membres du réseau, lesquelles peuvent dès lors valablement être interdites. La vente passive consiste, pour un distributeur, à satisfaire la demande non sollicitée de clients individuels situés dans le territoire d'un autre distributeur exclusif. **À la différence des ventes actives, les ventes passives sont traditionnellement admises au sein d'un réseau de distribution exclusive et leur interdiction jugée anticoncurrentielle par les autorités de concurrence.** Le règlement 330-2010 exclut l'exemption en cas d'interdiction des ventes passives (art. 4 point b)). Ainsi, la clause qui oblige le distributeur exclusif à communiquer les demandes des seuls clients provenant de l'extérieur du territoire contractuel contient une interdiction dissimulée des ventes passives à l'exportation sans autorisation préalable. L'interdiction des ventes passives peut être déduite du comportement des distributeurs agréés. Elle peut ainsi être constatée lorsque le distributeur ne vend en dehors de son territoire exclusif qu'à des fins de représailles à l'égard d'un autre distributeur qui transgresserait son obligation d'exclusivité ou lorsqu'il lui est interdit de revendre en dehors de son territoire national.

4. Interdiction des rétrocessions

Les rétrocessions consistent en des ventes croisées entre distributeurs d'un même réseau. **L'interdiction des rétrocessions est par nature restrictive de concurrence car elle limite la concurrence au sein de la marque, contrecarrant par là même l'objectif de réalisation du marché intérieur.** Lorsque la distribution exclusive n'est pas combinée à la distribution sélective, l'interdiction des rétrocessions enfreint le principe de liberté des

ventes des distributeurs. Lorsque le système de distribution est à la fois exclusif et sélectif, elle est contraire au principe de liberté des rétrocessions entre membres du réseau inhérente à la distribution sélective. Le règlement 330-2010 qualifie l'interdiction des rétrocessions entre distributeurs sélectifs de restriction caractérisée.

Ainsi, la clause qui interdit seulement les ventes passives à des distributeurs non agréés, mais qui est comprise par les distributeurs comme s'appliquant plus généralement à toute vente, y compris aux autres revendeurs agréés ou au consommateur final, présente un objet anticoncurrentiel, car elle limite les sources d'approvisionnement des distributeurs exclusifs et fait obstacle aux livraisons croisées.

5. Interdiction de la revente hors réseau

Les reventes hors réseau ont donné lieu à une abondante jurisprudence en matière de distribution exclusive. En effet, très souvent, les contrats de distribution exclusive comportent l'obligation de respecter certains critères de sélection et, corrélativement, une interdiction de revente à des non-membres du réseau. Ce cumul entre la distribution exclusive et sélective était de règle dans le secteur de la distribution automobile sous l'empire des règlements d'exemption 123-85 et 1475-95 et est toujours autorisé sous l'empire du règlement d'exemption général 330-2010 relatif aux restrictions verticales.

Le seul fait de commercialiser hors réseau des produits couverts par un contrat de distribution exclusive n'est pas fautif. Pour être exempte de faute, la revente doit cependant concerner des produits acquis régulièrement : la commercialisation hors réseau ne doit pas avoir été rendue possible par une tierce complicité de la violation de l'obligation d'exclusivité ou par des actes de déloyauté.

En matière de distribution automobile, la revente hors réseau suscite des difficultés particulières. En aucun cas, des concessionnaires ne peuvent se livrer à des pratiques concertées destinées à entraver l'accès des mandataires ou revendeurs au marché. Ainsi, ils ne doivent pas s'entendre pour exclure des importateurs ou des mandataires de manifestations professionnelles où ils seraient susceptibles d'entrer en contact avec la clientèle potentielle. Le règlement automobile 1475-95 prévoyait la possibilité de mandater un intermédiaire pour acquérir un véhicule neuf au sein de l'Union. D'aucuns prétendaient que le règlement d'exemption automobile s'opposait à la revente hors réseau par un tiers, importateur parallèle. D'autres soutenaient, au contraire, que la vente de véhicules neufs par un importateur parallèle connaissant l'existence de réseaux de distribution exclusive ne constituait pas un acte de concurrence déloyale, en l'absence de pratiques fautives et que, ni l'activité de revendeur hors réseau, ni le cumul de cette qualité avec celle d'intermédiaire mandaté, n'étaient prohibés par le règlement d'exemption automobile. Par un arrêt en date du 15 février 1996, la Cour de justice a pris position en faveur de cette dernière solution (CJCE, 15 févr. 1996, aff. C-226-94, Grand Garage Albigeois, LawLex025535). Le juge européen affirme que le règlement automobile n'interdit pas à un opérateur, étranger au réseau officiel de distribution d'une marque automobile déterminée et qui n'a pas la qualité d'intermédiaire mandaté au sens de ce règlement, d'exercer l'activité indépendante de commercialisation de véhicules neufs de cette marque. La même année, la Cour de cassation emboîtait le pas à la juridiction européenne. Il ne faut toutefois pas surestimer la portée de cette décision. Le juge a uniquement signifié que dans la mesure

où le règlement ne concerne pas l'activité des tiers, il ne peut servir de fondement à une éventuelle condamnation de ceux-ci. Il ne s'ensuit pas une légalisation de l'activité de revente hors réseau. En outre, le règlement 330-2010 prévoit expressément la possibilité d'interdire la revente hors réseau par les membres d'un réseau de distribution sélective à des distributeurs non agréés sur les marchés où la distribution sélective est pratiquée (art. 4). Cette interdiction est cependant écartée en cas de distribution exclusive.

B. Exonération

1. Exemption par catégorie

A RETENIR

Lorsque ni la part de marché du fournisseur ni celle de l'acheteur n'excède 30 %, l'accord de distribution est exempté, même s'il est assorti d'autres restrictions verticales non caractérisées, comme une obligation de non-concurrence limitée à cinq ans.

La distribution exclusive ne peut toutefois être combinée avec la distribution sélective que si les ventes actives aux utilisateurs finals ne sont pas limitées. L'exemption est exclue en cas de clauses noires, telles que l'imposition d'un prix minimum de vente ou de restrictions territoriales ou de clientèle. Toutefois, la restriction des ventes actives (mais non passives) vers un territoire exclusif ou à une clientèle exclusive réservés au fournisseur ou concédés par le fournisseur à un autre acheteur est autorisée, lorsqu'une telle restriction ne limite pas les ventes des clients de cet acheteur. Le bénéfice de l'exemption par catégorie est, enfin, soumis à certaines conditions destinées à garantir l'accès au marché ou prévenir la collusion, listées à l'article 5 du règlement. L'obligation de non-concurrence post-contractuelle doit, pour être valable, être limitée à une durée de un an à compter de l'expiration de l'accord et aux locaux et terrains à partir desquels l'acheteur a opéré pendant la durée du contrat, concerner des biens et services en concurrence avec les biens et services contractuels, et être indispensable à la protection du savoir-faire. L'obligation de non-concurrence contractuelle, qui, insérée au sein du contrat de distribution exclusive, prend souvent la forme d'une obligation d'approvisionnement exclusif, ne peut excéder cinq années ou être à durée indéterminée si elle porte sur 80 % (Règl. 330-2010, art. 1er) des achats du distributeur auprès du fournisseur ou d'une entreprise agréée (Règl. 330-2010, art. 5, a)). La durée peut être supérieure si les biens ou services sont revendus par l'acheteur à partir de locaux et terrains qui sont la propriété du fournisseur (art. 5, a)).

2. Exemption individuelle / Règle de raison

a. Droit européen

L'accord qui tombe sous le coup de l'article 101 TFUE, paragraphe 1, et qui ne bénéficie pas d'une exemption par catégorie, peut toujours être individuellement exempté sur le fondement de l'article 101 TFUE, paragraphe 3. S'il appartient à la Commission d'établir l'effet sensible de l'accord, il revient aux entreprises, une fois cet effet établi, de démontrer l'existence de gains d'efficacité susceptibles de satisfaire aux conditions posées à l'article 101, paragraphe 3, TFUE.

A RETENIR

La Commission tient compte, pour évaluer les gains d'efficacité apportés par un accord de distribution exclusive, des investissements réalisés pour protéger ou bâtir l'image de marque, de la diminution des coûts de logistique générés par les économies d'échelle relatives au transport et à la distribution, et de l'effet de l'affaiblissement de la concurrence intramarque sur la concurrence intermarques.

La position détenue sur le marché par le fournisseur et ses concurrents est à cet égard particulièrement importante. Si les concurrents sont forts, l'affaiblissement de la concurrence intramarque sera compensé par la concurrence intermarques. En revanche, si les concurrents détiennent des parts de marché similaires et sont en faible nombre sur le marché, un risque de collusion existe. Le nombre de marques distribuées à titre exclusif par le revendeur est alors déterminant : plus la part de marché cumulée des marques distribuées est élevée, plus la concurrence intermarques est faible. De plus, le territoire réservé ne doit pas être trop étendu afin de préserver le choix du consommateur final. Certaines combinaisons de restrictions sont susceptibles d'empêcher l'exemption. Ainsi, le monomarquisme ne peut être combiné à la distribution exclusive que si l'effet de verrouillage du marché n'est pas sensible. L'accord qui associe achat et distribution exclusive a peu de chances d'être exempté, à moins qu'il ne produise des gains d'efficacité proportionnels, tels qu'une baisse des prix pour tous les consommateurs finals.

Les accords qui comprennent des clauses aujourd'hui qualifiées de restrictions caractérisées par les autorités européennes ont peu de chance de bénéficier d'une exemption individuelle. Il en est ainsi des accords qui interdisent les ventes passives ou empêchent les importations parallèles. De même, le fait de réserver à des grossistes qui ne livrent que certains détaillants, à l'exclusion des simples détaillants et des grandes surfaces, la distribution de produits ne présentant pas de propriétés spécifiques ne peut être exempté.

b. Droit français

L'accord de distribution exclusive n'est pas en soi anticoncurrentiel. Il le devient uniquement s'il limite abusivement la liberté commerciale du distributeur. L'application de la règle de raison a été étendue à la distribution exclusive, mais d'une manière plus limitée qu'en matière de distribution sélective. Cette approche permet de valider les systèmes de distribution exclusive, qui, tout en contenant des clauses potentiellement restrictives de concurrence, n'empêchent pas l'arrivée de nouveaux concurrents. En effet, dans la mesure où l'exclusivité s'accompagne d'une sélection des distributeurs et où ces clauses renforcent la concurrence et ne sont pas discriminatoires, elles échappent à la prohibition sans même qu'il soit nécessaire qu'elles bénéficient d'une exemption.

A RETENIR

Lorsque les critères de choix ont un caractère objectif, n'ont pas pour objet ou pour effet d'exclure par nature une ou des formes déterminées de distribution et ne sont pas appliqués de façon discriminatoire, un système de distribution exclusive est licite. À ces conditions, il convient d'ajouter aujourd'hui celles figurant dans le règlement restrictions verticales que les autorités de concurrence françaises appliquent à titre de guide d'analyse.

Illicites, l'accord ou la clause concernés pourrait théoriquement bénéficier d'une exemption sur le fondement de l'article L. 420-4, I, 2^o, du Code de commerce. La Cour d'appel de Paris a précisé que l'exemption ne peut être accordée lorsque le progrès économique allégué n'est pas obtenu grâce à l'exclusivité de la marque qui, au contraire, restreint le choix du consommateur, limite la concurrence sur l'ensemble de l'offre et diminue les efforts d'innovation des producteurs. De même, le Conseil de la concurrence n'a pas reconnu que les clauses interdisant la rétrocession, qui assurent une certaine protection territoriale au distributeur exclusif, auraient pour effet d'améliorer la concurrence entre les marques.

VI. Distribution sélective

A. Droit européen

L'article 1er, point e) du règlement 330-2010 du 20 avril 2010, définit la distribution sélective comme «un système de distribution dans lequel le fournisseur s'engage à vendre les biens ou les services contractuels, directement ou indirectement, uniquement à des distributeurs sélectionnés sur la base de critères définis, et dans lequel ces distributeurs s'engagent à ne pas vendre ces biens ou ces services à des distributeurs non agréés». Le fournisseur peut sélectionner directement les détaillants ou se contenter de désigner des grossistes ou importateurs, chargés à leur tour de sélectionner les détaillants.

A RETENIR

Eu égard à la faiblesse de ses effets anticoncurrentiels, ce type de distribution a toujours fait l'objet d'un régime de faveur de la part des autorités de contrôle. En effet, ce système est moins nocif qu'un accord réservant l'exclusivité territoriale qui cloisonne les marchés nationaux. En outre, la limitation du nombre des revendeurs qu'entraîne la sélection est compensée par une amélioration du service rendu à l'utilisateur final.

1. Exemption par catégorie

La distribution sélective limite, comme la distribution exclusive, le nombre de distributeurs agréés et leurs possibilités de vente. Elle postule une interdiction de revente hors réseau. Les restrictions à la vente concernent toutes les ventes réalisées avec des distributeurs non agréés, les revendeurs agréés et les consommateurs finals étant alors les seuls acheteurs possibles. À la différence de la distribution exclusive, la limitation du nombre de revendeurs résulte, dans la distribution sélective, de l'application de critères de sélection liés à la nature du produit et non de l'affectation de territoires.

Au sein de la distribution sélective il faut distinguer entre la distribution sélective qualitative et la distribution sélective quantitative.

La première consiste à agréer les distributeurs uniquement selon des critères de sélection objectifs nécessaires à la distribution du produit en cause, comme la formation du personnel de vente, les services fournis dans le point de vente, l'assortiment des produits vendus. On considère en règle générale que la distribution sélective purement qualitative ne relève pas de l'article 101 TFUE, paragraphe 1, car elle ne produit pas d'effet préjudiciable à la concurrence pour autant que trois conditions soient satisfaites : distribution

justifiée par la qualité des produits, sélection des distributeurs selon des critères objectifs fixés de manière uniforme et appliqués de façon non discriminatoire (CJCE, 25 oct. 1977, aff. 26-76, Metro LawLex024119) et respect du critère de proportionnalité.

La sélection quantitative des candidats à l'entrée du réseau de distribution sélective est, en revanche, plus restrictive dans la mesure où elle ajoute d'autres restrictions telles que l'imposition d'un niveau de vente minimal ou maximal ou une limitation directe du nombre de revendeurs agréés. Une certaine sélection quantitative des candidats à l'entrée dans un réseau de distribution sélective est cependant admissible. En effet, il peut être justifié de limiter le nombre de revendeurs afin de dimensionner le réseau par rapport aux conditions de confrontation de l'offre et de la demande. De même, le souci légitime du fournisseur de contrôler la densité et la répartition géographique de son réseau lui permet d'interdire à ses distributeurs agréés d'opérer à partir d'un lieu d'établissement non autorisé. La Cour de justice a précisé la nature des critères requis pour qu'un système de sélection quantitative bénéficie de l'exemption par catégorie dans son arrêt *Auto 24/Jaguar* (CJUE, 14 juin 2012, aff. C-158-11, LawLex12871). La Cour a dit pour droit que les critères définis au sens du règlement 1400-2002 doivent seulement être des «critères dont le contenu précis peut être vérifié», sans qu'il soit «nécessaire qu'un tel système repose sur des critères qui sont objectivement justifiés et appliqués de façon uniforme et non différenciée à l'égard de tous les candidats à l'agrément».

A RETENIR

En deçà du seuil de 30 %, la nature de la sélection importe peu, et l'accord bénéficie de la présomption de légalité posée par le règlement d'exemption par catégorie, à la condition de ne pas comporter de clauses noires ou rouges.

La présomption de légalité ne joue que si les distributeurs agréés peuvent procéder à des ventes actives et passives entre eux et vers les consommateurs finals : la limitation des ventes actives ou passives aux utilisateurs finals, professionnels ou consommateurs, est prohibée par le règlement (Règl. 330-2010, art. 4). Ainsi, l'interdiction de la vente en ligne constitue une limitation des ventes passives prohibée par l'article 4, qui ne relève pas de l'exception permettant au fournisseur d'interdire la vente à partir d'un lieu d'établissement non autorisé (CJUE, 13 oct. 2011, aff. C-439-09, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique*, LaxLex111588). Cependant, même si elle restreint une forme particulière de vente sur internet, l'interdiction faite aux membres d'un réseau de distribution sélective de recourir de façon visible à des plateformes tierces ou places de marché pour la vente sur internet de produits de luxe ne constitue ni une restriction de la clientèle, au sens de l'article 4, sous b), du règlement 330/2010, ni une restriction des ventes passives aux utilisateurs finals, au sens de l'article 4, sous c), dès lors que le fournisseur ne prohibe pas en soi le recours à internet comme mode de commercialisation des produits contractuels et que les clients sont normalement en mesure de trouver l'offre internet des distributeurs agréés, en utilisant les moteurs de recherche en ligne (CJUE, 6 déc. 2017, aff. C-230-16, *Coty*, LawLex172002). De même, les livraisons croisées entre distributeurs du réseau doivent être autorisées. Ceux-ci doivent demeurer libres d'acheter les biens contractuels aux autres revendeurs agréés du réseau, qu'ils se trouvent au même stade de commerce

ou à un niveau différent. Aucune restriction ne peut donc être imposée aux grossistes désignés concernant leurs ventes aux détaillants désignés. Les clauses restreignant la capacité de livraisons croisées entre distributeurs agréés sont considérées comme des restrictions flagrantes susceptibles d'affecter sensiblement la concurrence (Règl. 330-2010, art. 4. d)).

Lorsque le seuil de part de marché de 30 % n'est atteint ni par le fournisseur ni par le distributeur, le règlement restrictions verticales permet le cumul de la distribution exclusive et sélective avec imposition d'une localisation du distributeur sous réserve de la liberté des ventes actives et passives, lorsque ces accords ne produisent pas un effet cumulatif restrictif de concurrence. Au-delà de 30 %, la combinaison de la distribution sélective et de la distribution exclusive est contraire à l'article 101, paragraphe 1, même si les ventes actives sont autorisées entre territoires. Elle ne pourrait être justifiée que sur le fondement de l'article 101, paragraphe 3, à condition qu'elle soit indispensable à la protection d'importants investissements propres à la relation contractuelle.

2. Règle de raison

A RETENIR

La Cour de justice a énoncé pour la première fois les conditions de licéité de la distribution sélective au regard de l'article 101 TFUE, paragraphe 1, dans l'arrêt Metro. Elle a ainsi affirmé que ce mode de distribution échappe à la prohibition - sans même nécessiter une exemption - à la condition que «le choix des revendeurs s'opère en fonction de critères objectifs de caractère qualitatif, relatifs à la qualification professionnelle du revendeur, de son personnel et de ses installations, que ces conditions soient fixées d'une manière uniforme à l'égard de tous les revendeurs potentiels et appliquées de façon non discriminatoire».

Le Tribunal de l'Union a précisé dans des décisions ultérieures que le caractère restrictif des critères de sélection ne doit pas aller au-delà de ce qui est nécessaire, qu'une amélioration doit être apportée à la concurrence, et que l'intérêt du consommateur doit être pris en considération. En effet, les critères de sélection ne revêtent un caractère objectif que dans la mesure où ils ne sont pas disproportionnés par rapport aux besoins de conseil et de service du consommateur. L'exigence de proportionnalité implique que ces critères soient directement tirés de la nature du produit et varient en fonction de celle-ci. Sont visés non seulement les produits de haute qualité ou de haute technicité, mais aussi tous les produits dont les particularités justifient un mode de distribution spécifique ou les systèmes de réparation sélectifs. S'agissant en particulier des produits de luxe, la Cour de justice a estimé qu'un système de distribution sélective qui vise, à titre principal, à préserver l'image de luxe des produits est conforme à l'article 101, paragraphe 1, TFUE, pour autant que le choix des revendeurs s'opère en fonction de critères objectifs de caractère qualitatif, fixés d'une manière uniforme à l'égard de tous les revendeurs potentiels et appliqués de façon non discriminatoire, et que les critères définis n'aillent pas au-delà de ce qui est nécessaire. En application de ces principes, elle a estimé que l'interdiction faite par un fournisseur à ses distributeurs agréés de recourir de façon visible à des plateformes tierces ou places de marché pour la vente sur internet de ses produits de luxe était appropriée pour garantir que ces produits soient exclusivement rattachés aux

distributeurs agréés dans l'esprit des consommateurs. Une telle interdiction constitue également un moyen approprié pour le fournisseur de contrôler que ses produits seront vendus en ligne dans un environnement qui correspond aux conditions qualitatives qu'il a fixées, en l'absence de relation contractuelle avec les plateformes lui permettant d'en exiger le respect. Enfin, elle ne dépasse pas ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif de préservation d'une image de luxe lorsque le fournisseur ne prohibe pas de manière absolue la vente sur internet des produits contractuels, mais seulement le recours à des plateformes tierces qui opèrent de façon visible à l'égard des consommateurs. En revanche les autorités européennes ne considèrent pas l'étanchéité du réseau de distribution sélective comme une condition de sa validité, parce que la finalité de l'article 101 TFUE s'opposerait aux systèmes rigides et fermés.

Avec l'entrée en vigueur du règlement 2790-1999 du 22 décembre 1999, s'est posée la question du devenir de la règle de raison. En raison de l'applicabilité de l'exemption par catégorie à tous les accords verticaux, celle-ci est-elle purement et simplement supprimée ou peut-elle encore exercer une influence à côté d'une exemption aussi large ? Bien qu'elle devrait logiquement s'appliquer avant d'envisager la question de l'exemption, à tous les accords, quelle que soit la part de marché contrôlée par les entreprises participantes, il est vraisemblable qu'elle n'aura plus l'occasion de jouer que si l'accord ne bénéficie pas de la présomption de licéité posée par le règlement restrictions verticales.

3. Exemption individuelle

Lorsque le système en cause n'entre pas dans le champ d'application de la règle de raison et qu'il dépasse le seuil de 30 % fixé par le règlement d'exemption, il peut éventuellement bénéficier d'une exemption individuelle. La jurisprudence a identifié un certain nombre de clauses restrictives exemptables. Par ailleurs, les lignes directrices contiennent des directives relatives à l'appréciation de la situation concurrentielle au-delà du seuil de 30 %.

a. Clauses exemptables

La licéité de contrats formant un système de distribution sélective a été reconnue par la Commission, car ils permettent d'organiser un «approvisionnement continu et amélioré des utilisateurs» et que les restrictions qu'ils entraînent ont «pour effet d'assurer que les produits ne sont distribués que par des commerçants qui remplissent certaines conditions techniques et professionnelles et qui consentent un effort particulier pour la vente des articles de ce fabricant».

EXEMPLES

Ont été exemptées :

- l'obligation de disposer d'un stock minimum ;
- l'obligation d'un approvisionnement minimum auprès du fournisseur ;
- l'obligation de réaliser un chiffre d'affaires minimum ;
- les clauses de gamme qui imposent au distributeur agréé de disposer d'un assortiment de produits aussi complet que possible ;
- les clauses de marques concurrentes qui imposent la présence de marques concu-

rentes de luxe permettant d'illustrer l'image et la notoriété des produits ;

- les obligations relatives à une coopération publicitaire et promotionnelle permettant de planifier des campagnes publicitaires homogènes ;
- l'interdiction de vente active de nouveaux produits.

En revanche :

- l'obligation pour des distributeurs agréés de respecter la politique de prix de l'initiateur du réseau est restrictive de concurrence ;
- l'agrément ne peut pas être soumis à l'obligation de s'engager à pratiquer des prix garantissant une marge bénéficiaire élevée.

La limitation de la concurrence par les prix est cependant inhérente à tout système de distribution sélective. Aussi l'obligation faite aux revendeurs agréés de maintenir un certain niveau de prix peut-elle être licite ou au moins remplir les conditions d'exemption de l'article 101, paragraphe 3, TFUE lorsqu'elle répond à la préoccupation du maintien, dans l'intérêt du consommateur, de la possibilité pour ce canal de distribution de subsister à côté de formes de distribution nouvelles axées sur une politique concurrentielle de nature différente ou pour compenser la charge économique découlant de la reprise des invendus. Par ailleurs, l'interdiction des rétrocessions n'est pas admissible dans un système de distribution sélective. Il en est de même de l'interdiction des ventes actives ou des ventes passives.

b. Bilan concurrentiel

La distribution sélective risque principalement d'affaiblir la concurrence intramarque. Cet affaiblissement est sans incidence pour la concurrence si la concurrence intermarques n'est pas limitée. Aussi la position du fournisseur et de ses concurrents sur le marché revêt-elle une importance déterminante pour apprécier les éventuels effets préjudiciables à la concurrence. Une forte position du fournisseur sera compensée par une forte présence des concurrents. Le nombre de réseaux de distribution sélective existant sur le même marché est également primordial. S'il n'existe qu'un fournisseur qui pratique la distribution sélective, l'accord ne peut pas produire d'effets négatifs. Au contraire, la multitude de systèmes de distribution sélective peut provoquer un affaiblissement de la concurrence intramarque, une possible éviction de certains types de distributeurs et un risque de collusion entre fournisseurs. L'effet cumulatif de réseaux de distribution sélective parallèles s'oppose à l'exemption. En revanche, l'éviction de distributeurs est peu probable si les concurrents du fournisseur n'appliquent pas la distribution sélective et possèdent une forte position sur le marché. Une sélection quantitative peut par ailleurs créer des barrières à l'entrée. En effet, la distribution sélective est le fait de fabricants de produits de marque et réclame des investissements considérables et beaucoup de temps pour s'implanter sur le marché. Les détaillants exclus ont donc peu de chance de lancer leur propre marque ou d'obtenir auprès d'autres fournisseurs des produits compétitifs. La puissance d'achat des revendeurs agréés peut également conduire à l'éviction d'un type de distributeurs, en leur permettant d'imposer au fournisseur des critères de sélection les avantagent.

B. Droit français

Selon la définition adoptée traditionnellement par la Cour de cassation, le contrat de distribution sélective est celui par lequel «le fournisseur s'engage à approvisionner dans un secteur déterminé un ou plusieurs commerçants qu'il choisit en fonction de critères objectifs de caractère qualitatif, sans discrimination et sans limitation quantitative injustifiée, et par lequel le distributeur est autorisé à vendre d'autres produits concurrents». Il a principalement pour effet d'interdire, tant aux distributeurs sélectionnés qu'aux fournisseurs, de vendre les produits contractuels à des distributeurs n'appartenant pas au réseau (étanchéité juridique du réseau).

La distribution sélective peut entraîner une restriction de concurrence au sens de l'article L. 420-1 du Code de commerce. Toutefois, eu égard à la faiblesse de ses effets anticoncurrentiels, ce type de distribution fait l'objet d'un régime de faveur de la part des autorités de contrôle. En effet, si ce système ne permet pas un accroissement substantiel de la concurrence inter-marques, il est moins nocif qu'un accord réservant l'exclusivité territoriale qui cloisonne les marchés nationaux. En outre, la limitation du nombre des revendeurs qu'entraîne la sélection est compensée par une amélioration du service rendu à l'utilisateur final. Dès lors, il suffit qu'un ensemble de critères soit réuni pour que le réseau de distribution soit déclaré licite au regard des règles de concurrence.

A RETENIR

La sélection repose sur des critères objectifs, qualitatifs ou quantitatifs. La licéité du système de distribution sélective fait peu de doute si la sélection est qualitative. En revanche, la sélection quantitative, parce qu'elle limite directement le nombre de revendeurs, est susceptible de tomber sous le coup de l'article L. 420-1 du Code de commerce. Elle ajoute en effet une restriction supplémentaire à la sélection qualitative, tel un niveau de vente minimal ou maximal ou encore une limitation directe du nombre de revendeurs agréés.

La distinction théorique entre ces deux types de critères de sélection semble claire. En pratique, les choses ne sont pas si simples. Tel critère quantitatif peut se révéler qualitatif, alors qu'au contraire des critères qualitatifs aboutissent parfois à une sélection quantitative indirecte. Ainsi, dans l'arrêt Vichy, le Tribunal de l'Union a relevé qu'un critère en apparence qualitatif - la qualité de pharmacien d'officine - peut devenir, par l'effet d'une réglementation nationale, d'ordre quantitatif (TPICE, 27 févr. 1992, aff. T-19-91, LawLex023959).

À la différence des autorités européennes avant l'entrée en vigueur du règlement restrictions verticales, les autorités de contrôle françaises n'ont pas hésité à faire bénéficier la sélection quantitative d'une appréciation au titre de la règle de raison, dès lors qu'elle était économiquement justifiée.

EXEMPLES

Tel est notamment le cas lorsque :

- les coûts de distribution s'accroissent avec le nombre de revendeurs ;
- le fabricant n'est pas en mesure d'approvisionner de multiples points de vente en raison d'une faible capacité de production ;
- les possibilités économiques locales sont limitées ou qu'il existe déjà un point de vente dans le secteur géographique considéré ;
- la nature des produits appelle une collaboration étroite du fabricant et des distributeurs.

Le fabricant peut également «rester maître de la détermination du nombre total des revendeurs qu'il désire intégrer dans son réseau en fonction des objectifs de production, eu égard aux structures du marché, aux caractéristiques des produits en cause, au degré de concurrence entre les marques». Le critère de sélection quantitative fondé sur les possibilités locales de vente des produits est, en revanche, trop général et a été jugé subjectif et discriminatoire. La jurisprudence s'est longtemps montrée réservée à l'égard des critères quantitatifs. Ainsi, il a été jugé qu'aucune sélection quantitative ne saurait être admise lorsque les possibilités locales de vente sont en nette augmentation et que le nombre de revendeurs agréés est en diminution. **L'utilisation du règlement d'exemption relatif aux restrictions verticales en tant que guide d'analyse en droit interne devrait logiquement conduire le juge à accueillir plus favorablement les critères quantitatifs dès lors que le règlement les exempte lorsque la part de marché du fournisseur est inférieure à 30 % dans le cadre du règlement 330-2010.** Cette solution a d'ailleurs reçu une consécration remarquable avec l'arrêt de la Cour de justice du 14 juin 2012, qui a validé les systèmes de distribution sélective quantitative fondés sur des critères définis «dont le contenu précis peut être vérifié», sans qu'il soit «nécessaire qu'un tel système repose sur des critères qui sont objectivement justifiés et appliqués de façon uniforme et non différenciée à l'égard de tous les candidats à l'agrément» (CJUE, 14 juin 2012, aff. C-158-11, Auto 24 / Jaguar, LawLex12871). La charge de la preuve de la licéité des critères de sélection quantitatifs incombe au fournisseur.

1. Conditions de licéité

PLAN

Un accord de distribution sélective est licite :

- s'il obéit à des critères objectifs, qualitatifs ou quantitatifs ;
- si ces critères sont appliqués de manière non discriminatoire ;
- s'il ne comporte pas de clauses restrictives de concurrence.

a. Critères qualitatifs

La sélection qualitative doit être justifiée par la nature du produit dont elle permet de préserver la qualité ou d'assurer le bon usage ou la distribution adéquate. La distribution sélective ne vise donc que des produits spécifiques, comme les produits de luxe ou haut de gamme ou les produits de haute technicité. La seule image du produit de marque ne suffit toutefois pas à fonder la sélection. Il faut également établir qu'il réclame, en raison de ses propriétés, une distribution sélective.

La nature spécifique du produit implique une commercialisation présentant certaines qualités. L'exigence relative à la qualité de la distribution doit cependant être proportionnée.

Aucun mode de distribution ne peut a priori être exclu par le promoteur d'un réseau de distribution sélective. La spécialisation commerciale doit demeurer dans des limites raisonnables. Pratiquement, il ne faut pas que cette spécialisation combinée avec les autres critères de sélection conduise à refuser d'agréer des types de commerce prédéterminés qui seraient capables de distribuer les produits contractuels en cause dans de bonnes conditions. Dès lors, si la clause interdisant au distributeur agréé de vendre les produits par correspondance consacre l'exclusion d'une forme de distribution, elle peut être licite compte tenu de la nature spécifique du produit en cause.

Si un **espace spécifique**, adapté à la nature et à l'image du produit, est indispensable, il ne peut en principe s'agir d'un espace clos et isolé. Seul un environnement immédiat qui ne nuise pas à l'image de marque des produits peut être imposé. Les autorités de concurrence estiment, en revanche, qu'exiger une vitrine extérieure n'est pas justifié «dès lors qu'il n'est nullement démontré qu'une vitrine intérieure ne pourrait, dans le cadre de certains commerces d'une grande surface, jouer un rôle d'attraction des consommateurs similaire à celui joué, dans d'autres formes de commerce, par les vitrines extérieures».

Le promoteur du réseau ne peut imposer au distributeur de réserver une surface minimale de vente aux produits contractuels. Ainsi, «l'exigence d'une **surface minimum de vente**, si elle peut constituer une barrière à l'entrée dans la distribution des produits en cause pour certains types de commerce ne saurait être considérée comme une condition nécessaire à la distribution adéquate des produits cosmétiques et d'hygiène corporelle».

La **qualité de l'enseigne** ne constitue un critère de sélection licite que si la clause est précise et objective. Pour être validé, ce critère doit se référer à la seule perception actuelle de l'enseigne par les consommateurs. L'exclusion des grandes surfaces n'est donc pas justifiée lorsqu'elles ont développé de nouveaux procédés de vente pour valoriser le commerce de luxe, a fortiori si elles ont créé des sous-enseignes spécialisées. Le critère de l'enseigne ne doit pas non plus être utilisé pour écarter systématiquement des magasins pratiquant des prix réduits dès lors qu'ils respectent des conditions valorisantes pour le produit.

La sélection peut s'opérer selon une **liste d'attente**. Cependant, elle ne peut reposer sur des critères géographiques flous, qui ne permettent pas de déterminer s'il existe une liste d'attente par zone ou si le classement sur cette liste suit réellement l'ordre de réception des candidatures.

La sélection du distributeur peut enfin dépendre de sa **qualification professionnelle** ou de celle de son personnel. Dans tous les cas, les éléments pris en considération pour

procéder à la sélection sur le fondement de la qualification professionnelle doivent être précisés. L'admission dans le réseau est également parfois soumise à la capacité du distributeur à rendre certains services à la clientèle. Le choix des revendeurs peut ainsi être dicté par la volonté d'organiser un service après-vente efficace. Le distributeur peut être obligé de l'assurer lui-même ou en faisant appel à un service spécialisé sélectionné par le producteur.

b. Critères quantitatifs

Même lorsqu'elle consiste à limiter directement le nombre de distributeurs, la sélection quantitative est licite dès lors qu'elle est économiquement justifiée.

EXEMPLES

Quand la sélection quantitative directe est-elle justifiée ?

- lorsqu'un nombre trop important de distributeurs rendrait les coûts de distribution excessifs et risquerait d'alourdir le prix de revient,
- lorsque le nombre de points de vente influence directement le coût de distribution et les frais de publicité et rend l'approvisionnement plus complexe ;
- lorsque le fabricant n'est pas en mesure d'approvisionner de multiples points de vente en raison d'une faible capacité de production ;
- lorsqu'il existe déjà un point de vente dans le secteur géographique considéré.

En revanche :

- la limitation quantitative des points de vente d'un réseau de distribution sélective en raison des objectifs de production n'est pas justifiée lorsqu'elle aboutit à assurer une exclusivité territoriale à un seul distributeur agréé.

Le plus souvent, la sélection quantitative est indirecte. Elle prend la forme de clauses particulières, comme les obligations de stockage, d'achat minimal ou de chiffre d'affaires.

EXEMPLES

Quand la sélection quantitative indirecte est-elle justifiée ?

- le fournisseur peut exiger de ses distributeurs la présentation d'une sélection représentative de ses produits ;
- le fournisseur peut requérir la détention d'un assortiment complet et le maintien d'un stock suffisant pour répondre aux demandes des consommateurs ;
- le fournisseur peut imposer au distributeur un minimum d'achats pour garantir la fraîcheur des produits mis en vente.

En revanche :

- la clause d'approvisionnement minimal tombe sous le coup de la prohibition

lorsque les quantités imposées au distributeur ne sont pas justifiées par la réalisation d'objectifs commerciaux ou lorsqu'elle est excessive.

Pour maîtriser les ouvertures de nouveaux points de vente, le promoteur du réseau met souvent en place une procédure d'admission qui consiste à inscrire toute nouvelle candidature sur une liste d'attente. La gestion de cette liste ne doit pas conduire à écarter abusivement les distributeurs répondant aux critères de sélection. Ainsi, il a été considéré que des risques de manipulation étaient à craindre lorsque chaque demande était traitée en fonction de l'ordre chronologique d'inscription sur la liste mais que la décision de satisfaire aux demandes recevables n'intervenait que lorsque l'ouverture d'un nouveau compte était considérée par le fabricant comme justifiée eu égard au potentiel économique de la zone considérée.

Enfin, la limitation quantitative du nombre de distributeurs peut reposer sur les facteurs locaux de commercialité ou la densité de la population. Selon la Cour d'appel de Paris, si la référence à la densité locale de distribution par rapport à la densité moyenne nationale de distribution des produits est inacceptable, tel n'est pas le cas du taux de densité de la population ou des facteurs locaux de commercialité, qui sont des critères objectifs. L'imprécision du critère reposant sur les possibilités locales de vente des produits empêche également sa validation par les autorités de concurrence. Tel est le cas lorsque n'est précisée aucune définition objective des zones de chalandise, aucune méthode pour l'application du taux maximum de densité des distributeurs ou relative à l'antériorité des demandes selon la zone concernée. Enfin, le promoteur du réseau ne peut pas opposer l'argument tiré des possibilités locales de vente lorsqu'il est démontré que le chiffre d'affaires réalisé est en augmentation en dépit de la réduction du nombre de points de vente. Lorsque la candidature d'un distributeur est rejetée, celui-ci a le droit d'exiger la communication des modalités quantitatives de détermination du nombre d'agrément maximum par zone géographique, afin de vérifier qu'elles sont transparentes, objectives et non discriminatoires.

c. Absence de discrimination

L'application objective des critères de sélection suppose une certaine précision dans leur définition. En effet, seule la fixation de critères précis permet au distributeur potentiel d'en contrôler l'existence et d'apprécier sa possibilité d'intégration dans le réseau. Le Conseil de la concurrence, comme la Cour d'appel de Paris, ont estimé que la généralité des termes utilisés par un fournisseur s'oppose au caractère objectif d'un critère de nature qualitative en l'absence de toute précision sur la manière dont la preuve doit être apportée. La référence à des exigences de «notoriété et d'image de marque du magasin», de «produits haut de gamme», de «qualification professionnelle» et de «conseil et de services de vente» est, en particulier, trop imprécise et générale pour satisfaire à la condition d'objectivité propre à garantir une application uniforme des critères de sélection en cause à tous les distributeurs.

Les mêmes critères doivent être appliqués à tous les distributeurs placés dans une situation comparable au regard de la commercialisation des produits contractuels. Cela ne signifie pas que le fabricant est tenu d'appliquer un modèle de sélection unique à tous les distributeurs potentiels. Le fournisseur est en effet libre de fixer les critères de

sélection objectifs qui correspondent à la qualité de ses produits et qui peuvent différer selon les spécificités de chaque circuit de distribution. Le refus d'agréer un candidat ne peut constituer une pratique anticoncurrentielle lorsque ce dernier ne satisfait pas aux critères qualitatifs applicables à l'ensemble des membres du réseau. La Cour d'appel de Paris va aujourd'hui plus loin et estime que la tête de réseau n'est pas non plus tenue d'agréer des distributeurs qui rempliraient les critères de sélection (Paris, 19 oct. 2016, Elysées Shopping c. Rolex, LawLex161737). Une telle solution se fonde sur l'abrogation de l'incrimination du refus de vente entre professionnels par la loi Galland et celle des pratiques discriminatoires par la loi LME. Ces solutions ont paru être remises en cause pour un courant de jurisprudence qui a estimé qu'un refus d'agrément caractérisait un accord entre la tête de réseau et ses distributeurs. Si en définitive, le juge ne reconnaissait jamais le caractère anticoncurrentiel de cet accord, soit qu'il l'estimait dépourvu d'objet anticoncurrentiel, soit qu'il le considérait sans effet, un risque de condamnation existait. Fort heureusement, la Cour d'appel de Paris est revenue sur cette position et considère aujourd'hui qu'un refus d'agrément ne relève pas du droit des ententes en l'absence de preuve d'un accord de volontés entre la tête de réseau et ses distributeurs tendant à l'éviction d'un candidat : le refus d'agrément revêt la nature d'un acte unilatéral. Par ailleurs, en vertu d'une jurisprudence constante depuis l'adoption des règlements d'exemption de nouvelle génération, le refus d'agrément opposé à un ancien distributeur, serait-il discriminatoire ou constitutif d'une entente avec ses autres revendeurs, demeure couvert par le règlement 330-2010 lorsque le fournisseur détient moins de 30 % de part de marché. Enfin, la contestation d'un refus d'agrément ne peut pas être fondée sur l'obligation de bonne foi, qu'il s'agisse d'un réseau de distribution sélective quantitative ou qualitative. En effet selon le juge, l'obligation de bonne foi n'impose pas à la tête de réseau de sélectionner ses revendeurs sur la base de critères définis et objectivement fixés et appliqués de manière non-discriminatoire.

Les critères de sélection ne doivent pas être eux-mêmes disproportionnés. L'exclusion a priori de toute forme de commercialisation, même répondant aux critères de sélection, autre que le circuit auquel est réservée la distribution, constitue une restriction discriminatoire, non proportionnée aux nécessités de la distribution des produits en cause. L'exclusion de la vente sur internet illustre particulièrement la question de l'absence de discrimination aujourd'hui. L'animateur d'un réseau de distribution sélective peut-il réserver la vente de ses produits sur internet à une catégorie de distributeurs ? Les autorités de contrôle ont d'abord répondu affirmativement lorsque la part de marché du promoteur du réseau se situe en deçà de 30 %, tout en exigeant que les obligations soient proportionnées à l'objectif visé. Calquant sa position sur celle de la Cour de justice, l'Autorité de la concurrence estime désormais que l'interdiction de facto des ventes sur internet, imposée par l'animateur d'un réseau de distribution sélective de matériels hi-fi et home cinéma à ses distributeurs agréés, qui résulte de la combinaison des termes du contrat de distribution et d'une circulaire, constitue une restriction caractérisée qui ne saurait bénéficier de l'exemption par catégorie. La même solution s'applique à l'obligation de mise en mains d'outils de motoculture dangereux (Aut. conc., 24 oct. 2018, n° 18-D-23, Stihl). De même, le promoteur d'un réseau ne peut soumettre la faculté de distribuer les produits contractuels sur internet à des obligations lourdes en termes de moyens humains, financiers et techniques, sans nécessité eu égard à leur nature.

d. Clauses restrictives

L'article L. 420-1 du Code de commerce prohibe les accords qui ont pour objet ou pour effet de faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse. Un accord de distribution sélective constitue une entente contraire à cette disposition lorsque les revendeurs perdent leur autonomie dans la fixation des prix. Tel est le cas lorsque le fabricant impose un prix de revente par l'application d'un coefficient multiplicateur minimum à un prix d'achat déterminé. De même, la clause subordonnant l'agrément des distributeurs à l'acceptation de prix minimum de revente, l'obligation pour les revendeurs agréés de pratiquer les prix de revente déterminés par le fournisseur ou l'interdiction de pratiquer des prix discount sous peine de résiliation immédiate s'identifie à une pratique de prix imposés restrictive de concurrence. En revanche, si la diffusion de tarifs indicatifs ne constitue pas un comportement contraire à l'article L. 420-1, en l'absence de pressions exercées sur les distributeurs, l'application effective par les distributeurs de prix évoqués par le fournisseur, ainsi que l'exercice d'une police des prix, établissent l'entente illicite.

Outre le prix, le fournisseur ne peut imposer à ses distributeurs d'obtenir son accord pour procéder à des livraisons croisées au sein du réseau. Les clauses restreignant la capacité de livraison croisée entre distributeurs relèvent d'ailleurs des restrictions flagrantes au sens tant de la Communication sur les accords d'importance mineure que du règlement relatif aux restrictions verticales. Le fournisseur ne peut pas non plus interdire les ventes passives. La clause cloisonnant les marchés nationaux est contraire à l'article L. 420-1 du Code de commerce et constitue une restriction flagrante au sens du règlement relatif aux restrictions verticales.

L'interdiction de vente sur internet stipulée dans un contrat de distribution sélective à l'égard des distributeurs agréés disposant d'un point de vente physique doit être assimilée à une limitation des ventes actives et passives, dans la mesure où elle a nécessairement un objet restrictif. Saisie d'une question préjudicielle par le juge allemand dans l'affaire Coty, la Cour de justice (CJUE, 6 déc. 2017, aff. C-230-16, LawLex172002) estime que pour les produits de luxe, un système de distribution sélective qui vise, à titre principal, à préserver l'image de luxe des produits est conforme à l'article 101, paragraphe 1, TFUE, pour autant que le choix des revendeurs s'opère en fonction de critères objectifs de caractère qualitatif, fixés d'une manière uniforme à l'égard de tous les revendeurs potentiels et appliqués de façon non discriminatoire, et que les critères définis n'aillent pas au-delà de ce qui est nécessaire. En application de ces principes, l'interdiction faite par un fournisseur à ses distributeurs agréés de recourir de façon visible à des plateformes tierces ou places de marché pour la vente sur internet de ses produits de luxe apparaît appropriée pour garantir que ces produits soient exclusivement rattachés aux distributeurs agréés dans l'esprit des consommateurs. Une telle interdiction constitue également un moyen approprié pour le fournisseur de contrôler que ses produits seront vendus en ligne dans un environnement qui correspond aux conditions qualitatives qu'il a fixées, en l'absence de relation contractuelle avec les plateformes lui permettant d'en exiger le respect. Enfin, elle ne dépasse pas ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif de préservation d'une image de luxe lorsque le fournisseur ne prohibe pas de manière absolue la vente sur internet des produits contractuels, mais seulement le recours à des

plateformes tierces qui opèrent de façon visible à l'égard des consommateurs.

2. Exonération

a. Règle de raison / Exemption individuelle

La distribution sélective constitue l'un des principaux domaines d'application de la règle de raison. Les autorités de contrôle ont formalisé les éléments constitutifs du contrôle de proportionnalité.

A RETENIR

Un réseau de distribution sélective est conforme à l'article L. 420-1 à condition que la sélection des distributeurs repose sur des «critères objectifs de caractère qualitatif relatifs à la qualification professionnelle des revendeurs, de leur personnel et de leurs installations, et que ces critères soient justifiés par les nécessités d'une distribution adéquate des produits, qu'ils n'aient pas pour objet ou pour effet d'exclure par nature une ou des formes déterminées de commerce qui seraient aptes à une telle distribution et qu'ils soient appliqués de manière non discriminatoire».

La règle de raison, élaborée à propos des produits de luxe ou de haute technologie, a été généralisée et étendue à tous les accords verticaux ou horizontaux mettant en œuvre des processus de sélection, dès lors qu'ils améliorent la qualité des services rendus aux consommateurs. La nature du contrôle exercé par les autorités de la concurrence connaît cependant une certaine évolution. Alors qu'elle portait initialement sur la nature qualitative ou non des critères de sélection utilisés, l'appréciation s'attache désormais plus à l'effet restrictif que la sélection est susceptible d'entraîner, tant à l'égard des membres du réseau qu'envers les tiers. Il ne suffit donc plus qu'un critère soit objectif et qualitatif pour être licite. Il doit encore être proportionné à l'objectif recherché et ne pas entraîner de restrictions de concurrence injustifiées ou excessives. Un critère qui exclurait a priori certains modes de distribution ou qui limiterait la liberté commerciale des distributeurs ne saurait dès lors être admis. Ainsi, l'interdiction totale et absolue des ventes sur internet imposée par un fournisseur à ses distributeurs, alors que ce mode de commercialisation peut se concevoir pour les produits moins complexes et moins onéreux de la gamme, constitue une restriction non indispensable au maintien d'un réseau de distribution efficient et ne peut bénéficier d'une exemption.

A RETENIR

À ces conditions s'ajoutent aujourd'hui celles du règlement restrictions verticales que les autorités françaises de concurrence appliquent à titre de guide d'analyse même lorsque le texte européen n'est pas formellement applicable : lorsque le fabricant (et, depuis le règlement 330-2010, l'acheteur) détient moins de 30 % de part de marché, l'accord de distribution ne tombe pas sous le coup de l'article L. 420-1 du Code de commerce à la condition qu'il ne comporte ni clause noire ou rouge, ni stipulation disproportionnée par rapport à l'objectif qualitatif ou susceptible de donner lieu à une application discriminatoire.

En outre, appliquant la Communication relative aux accords d'importance mineure à titre de guide d'analyse, et avant l'introduction du seuil *de minimis* en droit français par

l'ordonnance du 25 mars 2004, le Conseil de la concurrence a considéré que l'application discriminatoire de critères de sélection ne produit pas d'effet anticoncurrentiel sensible lorsque l'accord de distribution ne contient aucune des restrictions caractérisées visées dans la communication, dès lors que le fournisseur détient moins de 15 % de part de marché.

Un accord de distribution sélective, qui ne bénéficie pas d'une exonération au titre de la règle de raison, est susceptible d'obtenir une exemption individuelle sur le fondement de l'article L. 420-4, I, 2^o du Code de commerce.

Toutefois, de telles exemptions sont rares dans la mesure où la majeure partie des accords de distribution sélective est validée en application de la règle de raison. La nature spécifique du produit a bien entendu été avancée comme justification de l'accord. S'agissant de produits de luxe, les juges ont ainsi estimé, dans le cadre de l'ancien article 10 de l'ordonnance de 1986, que le fournisseur était en droit d'exiger que leur commercialisation réponde à des directives correspondant à la qualité même du produit. Ultérieurement, la Cour de cassation a approuvé les juges du fond d'avoir exonéré, sur le fondement de l'ancien article 10, un mode de distribution de vêtements de prêt-à-porter de luxe par des magasins spécialisés dans la présentation et la mise en valeur des articles proposés ainsi que dans l'argumentation de vente, dès lors que ce système «constitue un développement économique avantageux pour les clients», qui, outre une sélection d'articles de qualité, trouvent dans ces boutiques un environnement soigné de nature à préserver et à accroître le prestige de la marque et un personnel attentionné, bénéficiant d'un certain savoir-faire apte à les conseiller utilement. Au-delà de la qualité des produits, la mise en place d'un service après-vente de qualité a été considérée comme une contribution au progrès économique justifiant l'exemption individuelle d'un réseau de distribution sélective.

b. Règlement sur les restrictions verticales

L'article 1er, e) du règlement 330-2010 définit la distribution sélective comme un système de distribution dans lequel le fournisseur s'engage à vendre des biens ou des services contractuels, directement ou indirectement, uniquement à des distributeurs sélectionnés sur la base de critères définis et dans lequel ces distributeurs s'engagent à ne pas vendre des biens ou services à des distributeurs non agréés. La distribution sélective concerne principalement la vente de produits finals de marque. Compte tenu des critères de sélection exigés des membres du réseau, elle postule une interdiction de revente hors réseau. Ces restrictions à la revente concernent toutes les ventes réalisées avec des distributeurs non agréés, les revendeurs agréés et les consommateurs finals étant les seuls acheteurs possibles.

Au sein de cette forme de distribution, il faut distinguer entre la distribution sélective qualitative et la distribution sélective quantitative. La première consiste à agréer les distributeurs uniquement selon des critères de sélection objectifs nécessaires à la distribution du produit en cause, comme la formation du personnel de vente, les services fournis dans le point de vente, l'assortiment des produits vendus... On considère en général que la distribution sélective purement qualitative ne relève pas de l'article 101 TFUE, paragraphe 1, car elle ne produit pas d'effets préjudiciables à la concurrence pour autant que trois

conditions soient satisfaites : distribution justifiée par la qualité des produits, sélection des distributeurs selon des critères objectifs et respect du critère de proportionnalité. La sélection quantitative ajoute d'autres critères de sélection qui limitent plus directement le nombre de revendeurs agréés, notamment en imposant des niveaux de vente minimal ou maximal, ou en limitant le nombre de distributeurs agréés. En deçà du seuil de 30 %, la nature de la sélection importe peu, et l'accord bénéficie de la présomption de licéité posée par le règlement d'exemption par catégorie, à la condition de ne pas comporter de clauses noires ou rouges.

VII. Franchise

Le contrat de franchise a d'abord été défini par la Cour de justice comme celui par lequel «une entreprise qui s'est installée dans un marché comme distributeur et qui a ainsi pu mettre au point un ensemble de méthodes commerciales accorde, moyennant rémunération, à des commerçants indépendants, la possibilité de s'établir dans d'autres marchés en utilisant son enseigne et les méthodes commerciales qui ont fait son succès. Plutôt que d'un mode de distribution, il s'agit d'une manière d'exploiter financièrement, sans engager de capitaux propres, un ensemble de connaissances. Ce système ouvre par ailleurs à des commerçants dépourvus de l'expérience nécessaire l'accès à des méthodes qu'ils n'auraient pu acquérir qu'après de longs efforts de recherche et les fait profiter de la réputation du signe. Les contrats de franchise de distribution se différencient en cela des contrats de concession de vente ou de ceux liant des revendeurs agréés dans un système de distribution sélective qui ne comportent ni utilisation d'une même enseigne, ni application de méthodes commerciales uniformes, ni paiement de redevances en contrepartie des avantages consentis» (CJCE, 28 janv. 1986, aff. 161-84, Pronuptia, LawLex024058). Par la suite, l'article 1er, paragraphe 3, du règlement 4087-88, abrogé par le règlement 2790-1999, a repris des éléments de cette définition en disposant que le contrat de franchise est celui par lequel «une entreprise, le franchiseur, accorde à une autre, le franchisé, en échange d'une compensation financière directe ou indirecte, le droit d'exploiter un ensemble de droits de propriété industrielle ou intellectuelle, concernant des marques, noms commerciaux, enseignes, dessins et modèles, droits d'auteur, savoir-faire ou brevet, destinés à être exploités pour la revente de produits ou la prestation de services déterminés à des utilisateurs finals».

Le règlement 330-2010, qui a remplacé par le règlement 2790-1999, adopte comme ce dernier une approche moins catégorique de la franchise. Il ne reprend donc pas ces définitions. Les lignes directrices sur les restrictions verticales définissent les accords de franchise comme les accords verticaux comportant «une licence de droits de propriété intellectuelle relatifs à des marques ou à des signes distinctifs ou à un savoir-faire pour l'utilisation et la distribution de biens ou de services. Outre une licence de droits de propriété intellectuelle, le franchiseur fournit normalement au franchisé, pendant la période d'application de l'accord, une assistance commerciale et technique». La Commission reprend cette définition dans la brochure relative aux règles de concurrence applicables aux accords de fourniture et de distribution.

A. Protection des signes distinctifs et du savoir-faire

La protection des signes distinctifs et du savoir-faire du franchiseur implique la présence dans le contrat de franchise de clauses susceptibles de tomber sous le coup de la prohibition des ententes. La licéité du contrat de franchise au regard des règles de concurrence suppose que les restrictions de concurrence imposées aux franchisés soient compensées par des effets bénéfiques, et proportionnées à l'objectif poursuivi.

A RETENIR

Ces restrictions ne doivent pas, autrement dit, dépasser ce qui est nécessaire à la protection du savoir-faire et à la sauvegarde de l'identité du réseau.

B. Clauses et pratiques restrictives

Bien qu'ils soient conclus entre non-concurrents, les accords de franchise peuvent porter atteinte à la concurrence. Confirmant le caractère potentiellement restrictif des accords de franchise, les autorités de contrôle ont précisé au fil des décisions les clauses qu'elles jugent plus particulièrement restrictives. Les règlements restrictions verticales successifs synthétisent l'expérience des autorités européennes en la matière (Règl. 2790-1999 et 330-2010).

PLAN

Les restrictions de concurrence les plus fréquentes résultent des :

- pratiques de prix imposés ;
- clauses d'exclusivité ;
- clauses de non-concurrence ;
- clauses d'approvisionnement exclusif.

1. Prix imposés

A RETENIR

Le franchisé, commerçant indépendant, doit déterminer librement sa politique tarifaire. L'imposition d'un prix minimum par le franchiseur constitue une entente illicite.

Si par le passé, l'entente n'était établie que lorsque les franchisés destinataires des consignes étaient situés sur la même zone de chalandise, la Cour d'appel de Paris estime désormais que l'infraction est constituée que les zones de chalandise des franchisés se recoupent ou non.

Toutefois, le franchiseur peut valablement communiquer à ses franchisés des prix indicatifs dès lors qu'il ne porte pas atteinte à la liberté des franchisés de fixer leur prix de revente. Cette pratique est admise par les autorités de contrôle, dans le cas de prix maxima conseillés, à la condition qu'aucune pratique visant à leur application effective ne soit constatée. Lorsque les parts de marché du fournisseur et du distributeur n'excèdent pas 30 %, le règlement exempte la pratique de prix de vente conseillé. Au-delà, la Commission précise dans ses lignes directrices que plus la position du fournisseur est forte sur le

marché, plus le risque d'alignement des revendeurs est élevé. Dans ce cas, le prix conseillé est susceptible de conduire à la fixation d'un niveau de prix uniforme et donc de tomber sous le coup de l'article 101 TFUE, paragraphe 1.

EXEMPLES

Comment un franchiseur impose-t-il ses prix aux franchisés ?

- en appliquant un coefficient multiplicateur minimum au prix d'achat ou en obligeant les franchisés à reporter les marges conseillées à titre indicatif ;
- en fixant des prix maximum très bas et en obligeant les franchisés à ne pas trop s'en éloigner ;
- en préenregistrant les prix dans les caisses enregistreuses ;
- en lançant des campagnes publicitaires de nature à inciter les franchisés à pratiquer les prix annoncés ;
- en indiquant des taux de commission et des frais forfaitaires sur les documents destinés à la clientèle ;
- en réglant les conflits de tarifs entre ses franchisés situés dans la même ville en leur imposant ses prescriptions ;
- en instituant un système opaque de rétrocession des remises consenties par les fournisseurs.

2. Clause d'exclusivité territoriale

Le droit d'exploiter les signes distinctifs et le savoir-faire du franchiseur est souvent accordé pour un territoire limité. Bien que l'exclusivité territoriale ne soit pas de l'essence du contrat de franchise, elle peut être essentielle à l'économie du contrat. Elle conforte les investissements réalisés par le franchisé pour mettre en œuvre le savoir-faire du franchiseur. Selon la Cour d'appel de Paris, l'exclusivité territoriale ne porte pas atteinte à la concurrence lorsque les parties à l'accord contrôlent une part de marché limitée. Il en est de même lorsque l'ensemble du réseau constitué par le franchiseur ne représente pas, par sa densité et son étendue, une entrave significative au jeu normal de la concurrence sur le marché considéré.

A RETENIR

La réservation d'un territoire au franchisé peut produire des effets anticoncurrentiels dans deux cas : lorsque le revendeur n'est pas autorisé à effectuer des ventes passives ou lorsqu'il lui est interdit de procéder à des rétrocessions.

Les autorités de concurrence estiment en effet que le franchisé doit être libre de répondre aux commandes spontanées d'utilisateurs finals qui ne seraient pas situés sur son territoire. De même, chaque franchisé doit pouvoir satisfaire les demandes d'autres franchisés. Le règlement 330-2010 ne prévoit expressément la prohibition de l'interdiction des livraisons croisées qu'à l'intérieur des systèmes de distribution sélective et de distribution

exclusive. Toutefois, selon la Commission, cette disposition est susceptible de s'appliquer au contrat de franchise qui contient une combinaison de restrictions verticales, telle que la distribution sélective et/ou l'exclusivité de marque et/ou la distribution exclusive ou des formes admises de ces restrictions. Dans ce cas, les dispositions propres à la restriction en cause s'appliquent à la franchise.

3. Clause de non-concurrence

Le contrat de franchise contient souvent une clause de non-concurrence qui concerne principalement la période postcontractuelle.

A RETENIR

La clause de non-concurrence est inhérente à la franchise dans la mesure où elle assure la protection du savoir-faire, qui ne doit profiter qu'aux membres du réseau, et laisse au franchiseur le temps de réinstaller un franchisé dans la zone d'exclusivité. Elle doit cependant demeurer proportionnée à l'objectif qu'elle poursuit : la protection du savoir-faire, de l'identité et de la réputation du réseau.

Une clause de non-concurrence qui n'est pas indispensable à la protection du savoir-faire du franchiseur - de faible technicité et techniquement inaccessible à l'issue du contrat -, n'est pas proportionnée à des intérêts légitimes et encourt la nullité.

Pour être valable, la clause de non-concurrence doit être **limitée dans le temps et dans l'espace**. Ainsi, la clause de non-concurrence d'une durée de trois ans, pour une zone strictement définie, interdisant de s'intéresser ou de participer directement ou indirectement à un commerce ou d'exercer une activité relative à la distribution des marques ou modèles des produits contractuels, est suffisamment limitée dans le temps, dans l'espace et eu égard à la nature des produits pour ne pas constituer une entrave à la liberté de l'ancien franchisé. Il en est de même d'une clause de non-concurrence limitée au secteur concédé, visant les biens vendus dans le cadre du contrat, nécessaire à la protection du savoir-faire d'une durée d'un an. Le droit européen est plus sévère et reconnaît la validité des clauses de non-concurrence postcontractuelles à la condition que leur durée soit limitée à une année.

Même si la question donne lieu à une importante controverse, la jurisprudence française valide les clauses de non-réaffiliation interdisant à l'ancien franchisé d'adhérer, directement ou indirectement, à un réseau de franchise ou à un réseau de distribution analogue pendant une durée de deux à trois ans sur le territoire qui lui a été concédé. La légitimité de telles clauses apparaît cependant très discutable au regard du règlement restrictions verticales. Toutefois, les juges ont adopté une solution qui rapproche le régime des clauses de non-réaffiliation de celui des clauses de non-concurrence. Ainsi, une clause de non-réaffiliation revêt un caractère anticoncurrentiel lorsque le savoir-faire qu'elle protège est de faible technicité, spécificité et originalité et que sa portée temporelle (3 ans) et géographique (5 km) est disproportionnée par rapport à l'objectif poursuivi.

Enfin, la stipulation d'un droit de préférence au profit du franchiseur, valable pendant toute la durée du contrat et un an après son échéance, est susceptible d'avoir pour effet, en limitant la possibilité de rachat de magasins indépendants par des groupes de

distribution concurrents, de restreindre artificiellement le jeu de la concurrence sur le marché de détail de la distribution à dominante alimentaire. Elle est néanmoins validée lorsqu'elle permet au franchiseur de sécuriser l'investissement réalisé pendant plusieurs années auprès du franchisé qui a bénéficié du soutien de l'enseigne, de l'aménagement de son magasin, de conseils de vente et de promotion et de la mise à disposition d'un logiciel de gestion spécifique, en empêchant l'appropriation des résultats commerciaux favorables de ce partenariat par un concurrent, tout en accordant au distributeur le même prix que celui proposé par ce dernier.

4. Clause d'approvisionnement exclusif

Par le jeu de la clause d'approvisionnement exclusif, le franchisé s'engage à s'approvisionner exclusivement auprès du franchiseur. Cette obligation d'achat exclusif couvre deux hypothèses. Le franchiseur peut d'abord imposer une clause d'approvisionnement exclusif pour les produits ou services contractuels. Il advient également qu'il exige que ses revendeurs recourent exclusivement aux fournisseurs qu'il signale pour l'achat du matériel ou l'aménagement des locaux.

A RETENIR

Le règlement 330-2010 qualifie ce type de clause d'obligation de non-concurrence. L'obligation de non-concurrence limitée à cinq ans, non reconductible par tacite reconduction, et les obligations d'approvisionnement représentant moins de 80 % de l'approvisionnement du franchisé, quelle qu'en soit la durée, sont licites, dès lors que la part de marché du fournisseur et du distributeur ne dépasse pas 30 %.

Au-delà, les lignes directrices précisent que l'obligation de non-concurrence ne relèvera pas de l'article 101 TFUE, paragraphe 1, lorsqu'elle est nécessaire au maintien de l'identité commune et de la réputation du réseau franchisé. La durée de la clause n'a pas dans ce cas à être déterminée, dès lors qu'elle est limitée à celle du contrat de franchise.

A RETENIR

En droit français, les clauses d'approvisionnement exclusif incluses dans le contrat de franchise sont a priori valables si elles sont destinées à préserver l'identité et la réputation du réseau.

Une clause d'approvisionnement exclusif n'est pas anticoncurrentielle lorsqu'elle a pour objet d'assurer la cohérence du fonctionnement de la franchise, une certaine homogénéité du réseau et une bonne diffusion des produits. Selon la Cour de cassation, dès lors qu'elle constitue un élément décisif pour préserver l'image et l'identité du réseau, une clause d'approvisionnement exclusif ou de non-concurrence nécessaire pour trouver chez chacun des franchisés une uniformité de qualité et de goût des produits fabriqués selon un cahier des charges et un procédé propres au fournisseur, ne constitue pas une restriction de concurrence, même si elle est conclue à durée indéterminée. Au contraire, l'interdiction de se fournir directement auprès de fournisseurs distribuant des produits substituables à ceux distribués par la centrale d'achat du franchiseur est restrictive de concurrence, lorsque l'identité du réseau n'en dépend pas. Sont également illicites les clauses d'approvisionnement prioritaire,

lorsqu'elles sont interprétées et appliquées par les franchisés comme des clauses d'approvisionnement exclusif.

EXEMPLES

En matière d'approvisionnement, le franchiseur peut imposer au franchisé :

- de vendre ou d'utiliser des produits aux spécifications objectives minimales de qualité fixées par lui ;
- de vendre ou d'utiliser des produits fabriqués seulement par lui ou par des tiers désignés, lorsqu'il n'est pas possible, en pratique, en raison de la nature des produits contractuels, de définir des spécifications objectives de qualité ;
- de respecter, pour tous les articles à renouvellement fréquent, des spécifications qui permettront d'obtenir l'uniformisation minimale indispensable pour préserver l'identité du réseau de franchise.

En revanche, il ne peut lui imposer :

- de s'approvisionner exclusivement auprès de lui lorsque les matériels sont disponibles sur le marché ;
- d'accepter qu'une de ses filiales soit seule à pouvoir effectuer un type de prestations, alors que l'identité du réseau est protégée par l'agrément par le franchiseur de chaque magasin et des aménagements qui y sont effectués ;
- de recourir aux entreprises qu'il a sélectionnées pour les travaux et l'aménagement intérieur de son magasin.

C. Exemption / Règle de raison

1. Exemption par catégorie

La franchise est couverte par le règlement 330-2010. Alors qu'elle faisait auparavant l'objet d'un règlement spécifique, particulièrement détaillé, elle n'est pas mentionnée dans le nouveau règlement, si ce n'est indirectement par le biais de la définition du savoir-faire et du régime de la clause de non-concurrence post-contractuelle en cas de transmission d'un tel savoir-faire par le fournisseur à l'acheteur.

Les lignes directrices ne consacrent que des développements très brefs à la franchise. Elle y est définie comme la concession d'une méthode commerciale comportant «une licence de droits de propriété intellectuelle relatifs à des marques ou à des signes distinctifs ou à un savoir-faire pour l'utilisation et la distribution de biens et de services» assortie d'«une assistance commerciale ou technique». Selon le texte, la plupart des engagements contenus dans les accords de franchise peuvent être considérés comme nécessaires à la protection des droits de propriété intellectuelle ou au maintien de l'identité commune ainsi qu'à la réputation du réseau, et ne relèvent donc pas de l'article 101 TFUE, paragraphe 1. Ces accords comprennent, en outre, «généralement une combinaison de restrictions verticales portant sur les produits distribués, en particulier la distribution sélective et/ou l'exclusivité de marque et/ou la distribution exclusive ou des formes adoucies de ces

restrictions».

A RETENIR

Le règlement 330-2010 pose une présomption de légalité pour les accords qui ne contiennent pas de restrictions caractérisées dès lors que les parts de marché détenues par le fournisseur et le distributeur ne dépassent pas 30 % du marché pertinent (Règl. 330-2010, art. 3, paragr. 1). Au-delà, l'accord ne peut être exonéré qu'au titre de la règle de raison ou de l'exemption individuelle.

Les clauses de prix imposés, d'interdiction des ventes parallèles ou d'interdiction des ventes passives constituent des restrictions caractérisées, dites clauses noires, qui privent l'accord en son entier de l'exemption par catégorie. L'obligation de non-concurrence post-contractuelle (ou obligation de non-rétablissement) ou contractuelle est qualifiée de clause rouge par le texte : sa validité est soumise à certaines conditions, qui, si elles ne sont pas remplies, excluent la clause du bénéfice de l'exemption. L'exclusivité territoriale ne peut avoir qu'une portée limitée : elle ne peut être associée à la sélection des distributeurs (et donc à l'interdiction de revente hors réseau) que si les ventes actives et passives ne sont pas restreintes, sauf en ce qui concerne la clause de localisation qu'il est toujours possible d'imposer au distributeur.

2. Règle de raison

L'adoption d'un règlement restrictions verticales, qui met en place un mécanisme d'exemption automatique en deçà du seuil de 30 % de part de marché rend, en principe, le recours à la règle de raison inutile lorsque l'accord entre dans son champ d'application. Dans le cas contraire, la validité de certaines obligations demeure soumise à leur caractère indispensable à la protection du réseau. Aussi les règles dégagées par la jurisprudence européenne sur l'obligation d'approvisionnement exclusif ou sur l'obligation de non-concurrence post-contractuelle conservent-elles leur portée dans ce cadre.

A RETENIR

Appréciant le contrat de franchise à la lumière d'une règle de raison, les autorités de concurrence ont posé le principe selon lequel les obligations inhérentes à la franchise, bien que susceptibles de porter atteinte à la concurrence, ne sont pas contraires à l'article 101 TFUE, paragraphe 1 et L. 420-1 du Code de commerce.

La compatibilité des contrats de franchise s'apprécie *in concreto*, en fonction des clauses qu'ils contiennent et du contexte économique dans lequel ils s'insèrent, dès lors qu'elles sont nécessaires à la protection du savoir-faire transmis ou à l'identité et à la réputation du réseau. Il en est ainsi des clauses d'approvisionnement exclusif, qui sont destinées à préserver l'identité et la réputation du réseau ou des clauses de non-concurrence, dont la durée doit toutefois être proportionnée à l'objectif de protection du savoir-faire.

3. Exemption individuelle

Les accords de franchise sont susceptibles de bénéficier d'une exemption individuelle lorsque leur licéité ne résulte ni de l'application de la règle de raison ni de celle du règle-

ment 330-2010.

Selon la Commission, les restrictions verticales qui réduisent la concurrence inter-marques sont en règle générale plus nocives que celles qui limitent la concurrence intramarque. Il en est ainsi des obligations de non-concurrence. Celles-ci peuvent en effet, en excluant d'autres marques, leur fermer l'accès au marché, tandis que la distribution exclusive n'empêche pas le produit concerné d'atteindre le consommateur final, même si elle restreint la concurrence intramarque. En revanche, le transfert d'un savoir-faire substantiel, comme dans le contexte de la franchise, justifie le plus souvent une obligation de non-concurrence pour toute la durée de l'accord de fourniture. Dès lors, l'obligation d'approvisionnement exclusif auprès du franchiseur ou d'un autre franchisé du réseau peut se justifier au regard de la nature, de la qualité des produits ou de la nécessité de préserver l'homogénéité de l'image de la marque. De même, les clauses de non-concurrence contractuelles, inhérentes aux contrats de franchise, qui n'excèdent pas la durée de l'accord ou les clauses de non-concurrence post-contractuelles limitées dans le temps et dans l'espace, à une zone géographique stricte et à une durée maximale d'un an, sont justifiées.

Le souci de préserver la réputation du réseau peut également légitimer l'insertion d'une clause qui subordonne à l'assentiment préalable du franchiseur toute publicité effectuée par le franchisé, dans la mesure où elle ne concerne que la nature de la publicité et non les prix de revente.

Enfin, le droit d'exploiter les signes distinctifs et le savoir-faire du franchiseur est souvent accordé pour un territoire limité. Bien qu'elle ne soit pas de l'essence du contrat de franchise, l'exclusivité territoriale peut être essentielle à l'économie du contrat. Elle conforte les investissements réalisés par le franchisé pour mettre en œuvre le savoir-faire du franchiseur. Les clauses d'exclusivité territoriale, qui aboutissent à un partage des marchés entre franchisés, ou entre franchisés et franchiseur, peuvent ainsi bénéficier de l'exemption individuelle au titre de l'article 101 TFUE, paragraphe 3, dès lors que le franchisé demeure libre de fixer les prix de vente et de procéder à des rétrocessions au sein du réseau et à des ventes passives.

TITRE III

Abus de domination

INTRODUCTION

A RETENIR

L'abus de domination recouvre trois incriminations très différentes : l'abus de position dominante (art. 102 TFUE ; art. L. 420-2, al. 1, C. com.), l'abus de dépendance économique (art. L. 420-2, al. 2, C. com.) et la pratique de prix abusivement bas (art. L. 420-5 C. com.), ces deux dernières incriminations étant propres au droit français. La position dominante s'apprécie par référence à un marché ; l'état de dépendance économique, dans les relations interentreprises.

Les textes français relatifs à l'abus de position dominante et de dépendance économique prévoient, comme en matière d'ententes, qu'une exemption peut être accordée (art. L. 420-4 ; Comp. art. 102 TFUE, qui ne comporte aucune possibilité d'exemption en cas d'abus de position dominante), mais celle-ci n'est pratiquement jamais octroyée. Enfin, la pratique de prix abusivement bas, qui ne peut être exemptée, ne requiert ni position dominante, ni situation de dépendance économique, mais seulement la démonstration de la détention par son auteur d'un pouvoir de marché suffisant pour éliminer une autre entreprise ou l'empêcher d'accéder au marché.

PLAN

Nous examinerons successivement :

- l'abus de position dominante (Chapitre 1) ;
- l'abus de dépendance économique (Chapitre 2) ;
- la pratique de prix abusivement bas (Chapitre 3).

CHAPITRE I Abus de position dominante

SECTION 1

Position dominante

I. Marché concerné

- A. Principes
- B. Marché de produits ou de services
- C. Marché géographique

II. Position dominante individuelle

- A. Part de marché
- B. Autres indices

III. Position dominante collective

- A. Liens entre entreprises
- B. Structure du marché

SECTION 2

Abus

I. Définition

- A. De l'abus de comportement à l'abus de structure ou d'exclusion
- B. Applications de l'abus de structure ou d'exclusion

II. Régime

- A. Incrimination
- B. Exonération
- C. Cumul d'infractions

CHAPITRE I Abus de position dominante

L'article 102 TFUE prohibe «le fait [...] d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché intérieur ou dans une partie substantielle de celui-ci». L'article L. 420-2, alinéa 1, du Code de commerce prohibe «dans les conditions prévues à l'article L. 420-1 [sur les ententes] l'exploitation abusive [...] d'une position dominante sur le marché intérieur ou dans une partie substantielle de celui-ci». La position dominante peut être individuelle ou collective puisque les textes précisent qu'elle est détenue par «une ou plusieurs entreprises» ou «par une entreprise ou un groupe d'entreprises». Bien que les législateurs européen et français n'aient vraisemblablement pas eu en vue d'instituer un contrôle des situations de marché oligopolistiques, cette précision permet aujourd'hui aux autorités de contrôle de le mettre en œuvre. Enfin, les articles 102 TFUE et L. 420-2, alinéa 1, *in fine*, donnent une liste non exhaustive d'abus en incriminant l'imposition de prix, la limitation de la production, la discrimination, les contrats liés, le refus de vente, ainsi que la rupture de relations commerciales établies.

À la lettre, seul l'abus de position dominante est prohibé, non la position dominante elle-même. Pourtant, d'un point de vue économique, ce qui doit être contrôlé, c'est le pouvoir de marché, et donc la position dominante : peu importe l'abus, sauf dans la mesure où il serait le révélateur d'une telle position. La position dominante est fonction de la définition du marché retenue par les autorités de contrôle. Ainsi, l'appréciation portée par la Commission sur l'existence d'une position dominante et portant sur l'exploitation abusive de celle-ci peut être remise en cause par une délimitation erronée du marché «concerné».

A RETENIR

En pratique, objet et condition du contrôle se sont inversés : alors que dans un premier temps (celui des textes), la position dominante constituait la condition d'un contrôle dont l'abus faisait l'objet, dans un second (celui de la jurisprudence), ce dernier ne représente plus que la condition d'un contrôle qui porte en réalité sur la position dominante.

La sanction n'est plus déclenchée par un comportement fautif, que l'on peut éviter en se conformant à la norme, mais par une situation de marché, qui peut être inévitable. Dès lors, le contrôle perd peu à peu tout caractère normatif : un même comportement constitue ou non un abus, selon la taille de l'entreprise et la structure du marché.

Dans un troisième temps, le juge est revenu à une position plus protectrice de la sécurité juridique des entreprises. Tout comportement d'une entreprise dominante n'est pas abusif. Pour être prohibé, encore faut-il qu'il soit anormal, c'est-à-dire qu'il dépasse ce qui est nécessaire à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise en cause. Le critère économique est alors réapparu au sein même du contrôle de proportionnalité. D'abord apprécié au regard des caractéristiques intrinsèques du comportement de l'entreprise dominante - certaines pratiques étant alors considérées comme abusives *per se* -, le dépassement de l'intérêt légitime de l'entreprise dominante est aujourd'hui évalué compte tenu des effets de son comportement sur le marché.

Ni l'article 102 TFUE ni l'article L. 420-2 du Code de commerce ne définissent la position dominante. Les auteurs distinguent généralement deux définitions différentes de la position dominante : l'une, dite «statique», considère avant tout l'état du marché et identifie la position dominante à une situation d'absence de concurrence ; l'autre, qualifiée de «dynamique», ne se réfère pas directement à la situation du marché mais définit la position dominante comme un pouvoir économique. Dans cette dernière conception, la part de marché détenue par l'entreprise, bien qu'elle demeure un critère essentiel, ne saurait constituer un indice exclusif. Le droit européen retient une définition dynamique. La Commission définit la position dominante d'une entreprise comme «une situation fournissant à une entreprise ou un groupe d'entreprises la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et, finalement, des consommateurs». Le droit français retient une définition dynamique symétrique à la définition européenne. La position dominante d'une entreprise est définie comme «une position de nature à lui permettre de s'abstraire de la concurrence d'autres entreprises présentes sur le même marché».

La position dominante d'une entreprise n'est que la traduction juridique de son pouvoir de marché, lui-même reflété par le taux d'élasticité de l'offre et de la demande : plus la demande exprimée par les consommateurs est insensible aux variations de prix (inélasticité de la demande), et plus il est difficile pour d'autres offreurs d'adapter leur production afin de satisfaire le même besoin (inélasticité de l'offre), plus le pouvoir de marché de l'entreprise considérée est important. Ce dernier est directement fonction de la part de marché contrôlée par l'entreprise. L'élasticité de la demande et de l'offre sera en effet d'autant plus faible que celle-ci sera grande, puisque les consommateurs auront plus de mal à se reporter sur d'autres produits en cas d'augmentation des prix initiée par le monopoleur. En d'autres termes, la part de marché contrôlée par l'entreprise est un indice de mesure indirect de l'élasticité. Il n'est donc pas étonnant que celle-ci soit prise en considération dans la définition du marché concerné.

SECTION 1

Position dominante

I. Marché concerné

A. Principes

La détermination du marché ne représente qu'une technique parmi d'autres pour mesurer l'importance du pouvoir de marché d'une entreprise.

PLAN

Cette finalité explique les principes qui régissent sa définition :

- la relativité de la définition du marché ;
- le rapport entre définition du marché et élasticité de la demande ;
- le rapport entre définition du marché et élasticité de l'offre ;
- les dimensions du marché.

1. Relativité

A RETENIR

Il n'est pas nécessaire de choisir entre différentes définitions de marché possibles si, quelle que soit la délimitation retenue, l'entreprise en cause se trouve en position dominante.

En outre, l'appréciation du marché peut différer pour un même secteur selon qu'elle est menée dans le cadre des pratiques anticoncurrentielles ou des concentrations : dans le premier cas, l'analyse concerne un marché existant alors que dans le second, elle revêt un caractère prospectif. Il en est de même de la définition du marché retenue par la Commission dans le cadre du contrôle des aides d'État.

2. Définition du marché et élasticité de la demande

A RETENIR

La notion de marché concerné implique qu'une concurrence effective puisse exister entre les produits qui en font partie, ce qui suppose un degré suffisant d'interchangeabilité en vue du même usage entre tous les produits faisant partie du même marché. Selon la Communication concernant la définition du marché en cause, un marché de produits «comprend tous les produits et/ou services que le consommateur considère comme interchangeables ou substituables en raison de leurs caractéristiques, de leur prix et de l'usage auquel ils sont destinés».

Selon la Cour d'appel de Paris, deux produits appartiennent au même marché du point de vue de la demande lorsqu'ils sont suffisamment substituables. Le degré d'interchangeabilité ou de substituabilité s'apprécie au regard des caractéristiques des produits concernés (performances, prix...), telles que perçues par les utilisateurs. La communication n'exige pas que la Commission suive un ordre hiérarchique rigide dans l'appréciation des différentes sources d'information ou différents types d'éléments de preuve.

L'approche descriptive est parfois complétée par une analyse économétrique. Parmi les méthodes disponibles, le test de l'élasticité croisée de la demande est le plus souvent utilisé. Il consiste à mesurer le rapport existant entre la fluctuation du prix d'un produit et les ventes d'un autre. Deux biens peuvent être tenus pour des substituts lorsqu'une augmentation du prix de l'un entraîne une augmentation des ventes de l'autre. **La Communication concernant la définition du marché précise ainsi que : «du côté de la demande, l'examen de la substituabilité suppose d'abord l'analyse des caractéristiques des produits ou services et l'usage auxquels ils sont destinés, ainsi que l'étude de l'effet de substitution sur le marché dans un passé récent qui peut exister notamment dans l'hypothèse d'une légère modification de prix de l'ordre de 5 à 10 %» (test du monopoleur hypothétique ou SSNIP - *small but significant and non transitory increase in price*). Si le SSNIP est profitable, cela signifie que la demande est inélastique et qu'un marché de produit distinct a été identifié.** Dans le cas contraire, il faut élargir le marché de produit. Il s'applique indépendamment du degré de sensibilité au prix des acheteurs. Le test de l'élasticité croisée n'est pas à lui seul décisif mais doit plutôt être considéré comme faisant partie d'un faisceau d'indices. Le SSNIP est en réalité rarement appliqué,

les autorités de contrôle lui préférant la méthode descriptive traditionnelle. Dans certains cas, il n'existe pas de prix de marché. En outre, si les entreprises en cause disposent d'un certain pouvoir de monopole, elles pratiqueront des prix supérieurs au prix de concurrence, ce qui conduira les autorités de concurrence à inclure dans la définition du marché des produits en réalité non substituables (théorie dite de la «Cellophane Fallacy», du nom d'une affaire fameuse jugée en 1956 par la Cour suprême des États-Unis). La Cour de justice a ainsi précisé que le caractère graduel ou inerte de l'augmentation des ventes d'un produit nouveau se substituant à un produit existant ne revêt une importance pour la définition du marché que s'il peut indiquer que le produit existant exerce une contrainte concurrentielle significative sur le nouveau produit.

3. Définition du marché et élasticité de l'offre

À côté de l'élasticité de la demande, l'élasticité de l'offre, qui permet de mesurer la capacité d'autres offreurs de satisfaire la demande adressée à l'entreprise supposée dominante, a toujours été considérée par les autorités européennes comme un facteur complémentaire de délimitation du marché pertinent. Parce qu'elle est un indice de mesure de la concurrence potentielle, l'élasticité de l'offre revêt un intérêt particulier dans le cas de marchés émergents. L'interchangeabilité et la substituabilité présentent naturellement un caractère dynamique, dans la mesure où une nouvelle offre est susceptible de modifier la conception des produits considérés comme interchangeables avec un produit déjà présent sur le marché ou comme substituables à ce produit et, de cette manière, de justifier une nouvelle définition des paramètres du marché pertinent. Ainsi, selon la Cour (CJUE, 30 janv. 2020 GlaxoSmithKline, aff. C-307-18, LawLex2020132), lorsque le principe actif d'un princeps tombe dans le domaine public mais reste couvert par un brevet secondaire, il convient de prendre en considération, pour définir le marché de produit concerné, non seulement la version princeps de ce médicament mais également les versions génériques de celui-ci, même si celles-ci pourraient ne pas être en mesure d'entrer légalement sur le marché avant l'expiration dudit brevet les génériqueurs concernés sont en mesure de se présenter à brève échéance sur le marché concerné avec une force suffisante pour constituer un contrepoids sérieux au fabricant princeps déjà présent sur ce marché.

Selon la Communication sur la définition du marché en cause, la substituabilité peut être analysée du point de vue de l'offre lorsqu'elle produit des effets équivalents à la substituabilité du point de vue de la demande en termes d'immédiateté et d'efficacité. Critère subsidiaire, donc, par rapport à l'élasticité de la demande, l'élasticité de l'offre vise à apprécier la capacité d'autres offreurs à satisfaire la demande adressée à l'entreprise supposée dominante. Deux produits doivent être considérés comme substituables du point de vue de l'offre dès lors que les producteurs peuvent réorienter leur production d'un type de produit vers un autre, par une simple adaptation, sans risque ou coûts irrécupérables. Lorsque le passage d'un type de production à l'autre entraîne de trop lourds investissements ou des révisions stratégiques ou qu'il existe des barrières à l'entrée, telles que des contraintes légales ou technologiques, les produits en cause appartiennent à des marchés distincts.

4. Dimensions du marché

A RETENIR

Un marché se délimite dans trois dimensions : le produit, l'espace et éventuellement, mais plus rarement, le temps.

Le marché s'apprécie sur la base de la demande soumise à la Commission et non de l'évolution qui pourrait se dessiner à l'avenir. Si la Commission doit procéder à une analyse de la structure du marché et de la concurrence qui y règne au moment de l'adoption de sa décision, elle n'a pas pour autant l'obligation de se livrer à une nouvelle analyse du marché en cause dans tous les cas. A l'inverse, la Commission n'est pas tenue par les appréciations relatives aux marchés pertinents de ses précédentes décisions, mais elle peut les prendre en considération lors de son analyse comme un élément pertinent parmi d'autres, si rien n'indique que les conditions de concurrence sur les marchés en cause ont substantiellement changé.

Un marché s'apprécie à l'époque des faits reprochés. En effet, la définition du marché peut varier au fil du temps, à mesure que les caractéristiques des produits et des services évoluent et que les possibilités de substitution, notamment du côté de la demande, se modifient. Un marché ne peut exister que pendant un temps déterminé, en l'absence de substituabilité des produits ou services offerts durant cette période. La détermination du marché pertinent, qui n'est pas immuable, doit donc, le cas échéant, traduire les évolutions technologiques, quelles qu'aient pu être les définitions retenues par les diverses autorités auparavant. Ainsi, il n'est pas possible d'établir l'existence d'un marché de la vente événementielle en ligne, dès lors que la substituabilité du côté de la demande ne peut plus être analysée pour la période visée par le grief notifié, étant donné que la perception contemporaine qu'ont les acteurs du marché des possibilités de substitution qui leur étaient offertes ou qu'ils considéraient comme telles il y a près d'une décennie, n'est pas suffisamment fiable.

En cas d'interdépendance de deux marchés pertinents distincts, l'Autorité de la concurrence retient le concept de marché biface pour expliquer leur fonctionnement. Le marché biface (dit aussi «double-face» ou «*two-sided market*») est caractérisé par des interactions de deux types au moins d'agents économiques conduisant à une externalité de réseau, qui correspond à une situation dans laquelle l'activité économique d'un opérateur - consommation ou production - influe positivement ou négativement sur le bien-être susceptible d'être retiré par un autre agent de sa propre activité, sans que cette influence ne passe par un mécanisme de marché, ni se traduise par un transfert monétaire. Le marché de la régie publicitaire cinématographique nationale qui comprend la rencontre de l'offre de services de régies publicitaires spécialisées dans le média cinéma et la demande des exploitants de cinéma, constitue un «marché à deux faces», car les régies ont par ailleurs pour activité de démarcher des annonceurs et de les convaincre d'utiliser l'espace publicitaire que représente l'écran de cinéma. Tel est aussi le cas du marché de la cartographie fine permettant la géolocalisation de points de vente sur les sites internet des entreprises et de celui de la publicité en ligne, qui font appel aux mêmes matières premières. Sur un tel marché, les parts de marché faciales n'étant pas révélatrices du pouvoir de marché des parties, les parts de marchés intra-groupe - traditionnellement

exclues du calcul des parts de marché - sont à prendre en considération dans l'analyse du pouvoir de marché de l'entreprise concernée.

Selon les autorités de concurrence, il est possible d'isoler un **sous-marché** au sein d'un marché global et de le considérer comme un marché distinct lorsqu'il possède des caractéristiques spécifiques du point de vue de la demande et de l'offre et propose des produits ou des services indispensables et non interchangeables avec ceux du marché plus général dont il fait partie. Enfin, l'**autoconsommation** qui consiste pour une entreprise à produire un bien ou à se rendre un service nécessaire à son activité n'a pas à être prise en considération dans la définition du marché.

B. Marché de produits ou de services

PLAN

Trois familles de critères sont généralement utilisées pour identifier un marché de produit :

- la nature du produit ou du service ;
- ses conditions d'utilisation ;
- son mode de commercialisation.

1. Caractéristiques du produit ou du service

PLAN

Les caractéristiques du produit ou du service comprennent :

- les caractéristiques techniques et fonctions du produit ou du service ;
- son prix ;
- ses conditions de fabrication.

a. Caractéristiques techniques/Fonctions

Les qualités d'un produit sont un facteur essentiel de définition du marché concerné dans la pratique des autorités de contrôle. Des produits sont peu interchangeables lorsque leurs différences techniques créent des conditions de demande nettement distinctes. Lorsqu'un même produit remplit différentes fonctions, seule sa fonction principale doit, ainsi, être prise en considération. Au-delà des caractéristiques techniques, la qualité du service offert constitue un élément de différenciation.

Pour définir le marché par produits ou services, les autorités européennes ne se limitent pas à des caractéristiques purement objectives. Ainsi, l'image d'un produit ou d'un service peut entraîner un attachement qui le rend spécifique. De même, le goût, les qualités olfactives, la ligne éditoriale, le caractère artisanal peuvent conduire les autorités de concurrence à distinguer un produit bien que d'autres produits présentent des caractéristiques techniques similaires.

Des produits ou services proches peuvent, selon le cas, appartenir au même marché ou à des marchés distincts. Lorsque l'offre et la demande émanent d'opérateurs différents et portent sur des produits ou services spécifiques, les différents paliers du même processus

économique constituent des marchés distincts.

EXEMPLES

Sont considérés comme appartenant à des marchés distincts :

- les matières premières nécessaires à la fabrication d'un produit et les produits transformés ;
- les consommables par rapport aux appareils avec lesquels ils sont compatibles ;
- les pneus neufs par rapport aux pneus rechapés ;
- les imprimantes par rapport aux cartouches d'encre de la même marque ;
- les téléphones portables ou de voitures par rapport au téléphone traditionnel ;
- les services indispensables aux revendeurs professionnels par rapport à la vente de véhicules ;
- l'antibiotique par rapport aux autres produits du même type dès lors qu'il entre dans les compositions thérapeutiques modernes les plus fréquemment utilisées dans le traitement d'une maladie ;
- les logiciels et les consoles de jeux, dès lors que les fabricants et les distributeurs ne sont pas les mêmes et que l'achat des deux biens peut s'effectuer de façon indépendante ;
- les machines expresso à café portionné et les capsules compatibles avec ces machines, car l'achat des machines - biens durables achetés une seule fois - et des capsules - consommables achetés régulièrement - n'est pas effectué au même moment, ni nécessairement au même endroit et que leur fabrication et leur commercialisation sont généralement réalisées par des entreprises différentes ;
- l'exploitation des réseaux de télévision par câble, les chaînes de télévision offertes par les éditeurs aux diffuseurs et la télédiffusion par câble.

Les autorités de contrôle considèrent que la définition du marché nécessite l'examen concret et objectif des choix effectués par les acheteurs ou les prescripteurs. Au-delà des caractéristiques du produit, ce sont les comportements des utilisateurs qui définissent les limites d'un marché. Dans d'autres hypothèses, les autorités de concurrence considèrent que la complémentarité des produits ou des services implique de les regrouper au sein du même marché. Tel est le cas du marché global des pompes funèbres qui englobe le marché des prestations et services funéraires en raison de la connexité des prestations, de la pratique des offreurs et de l'attitude des familles. Dans le cas particulier d'un marché secondaire accessoire d'un marché principal, les autorités de contrôle ont été conduites à considérer qu'une entreprise peut se trouver en position dominante par rapport à ses propres produits dès lors que le marché du produit secondaire est un marché captif. Tel est notamment le cas lorsque l'accès au marché secondaire est interdit aux entreprises tierces du fait de la détention par l'entreprise dominante d'un droit de propriété intellectuelle. Les autorités de concurrence n'en déduisent pas pour autant une position domi-

nante automatique des fabricants sur le marché du produit secondaire : la concurrence horizontale sur le marché primaire permettrait, dans certaines conditions, de réguler les marchés secondaires et d'exclure toute position dominante sur ces marchés. Cette régulation ne serait possible que si les marchés primaire et secondaire sont étroitement liés, ce qui dépend de la réunion de quatre conditions, «à savoir, premièrement, que le consommateur puisse faire un choix éclairé, y compris en ce qui concerne les prix pendant la durée de vie des machines, deuxièmement, qu'il soit probable que le consommateur fasse un tel choix éclairé lors de l'achat, troisièmement, que, lorsqu'il paraît qu'une politique d'exploitation est poursuivie sur les marchés secondaires, un nombre suffisant de consommateurs adapte ses pratiques d'achat sur le marché primaire et, quatrième-ment, que cette adaptation des pratiques d'achat ait lieu dans un délai raisonnable». Plus généralement, la Commission considère qu'une définition étroite du marché du produit secondaire est opportune lorsque la compatibilité avec le produit primaire est importante.

b. Prix

Le prix peut constituer une caractéristique du produit ou du service et permettre de mesurer sa substituabilité. Ainsi, parmi les critères de non-substituabilité, les autorités de contrôle retiennent le rapport qualité/prix, l'écart de prix entre les produits, l'existence de marges bénéficiaires supérieures ou d'une tarification plus avantageuse. La substituabilité est cependant peu probable lorsque le choix des consommateurs est conditionné par d'autres critères que le prix. Le prix peut, en outre, s'avérer un indicateur très imparfait. Lorsque l'un des produits en cause est monopolisé, son prix devient nécessairement supérieur à ce qu'il serait dans une situation de concurrence. Deux produits en principe non substituables peuvent ainsi devenir substituables du fait de l'exercice du pouvoir de marché dont il s'agit de vérifier l'existence.

c. Conditions de fabrication

Pour délimiter le marché, les autorités de contrôle peuvent se fonder sur les conditions de fabrication du produit ou de prestation du service. Selon les autorités de contrôle, des produits appartiennent à des marchés distincts lorsqu'ils s'individualisent non seulement par leur utilisation mais encore par des caractéristiques particulières de production qui les rendent spécifiquement aptes à cette destination. Les autorités européennes établissent ainsi une distinction entre la glace artisanale, qui est généralement fabriquée, distribuée et consommée localement, sur une petite échelle, et la glace industrielle, qui est fabriquée pour être distribuée sur une grande échelle. L'Autorité de la concurrence estime que les techniques utilisées et les normes fixées pour la fabrication et l'affinage excluent toute substituabilité entre le reblochon d'appellation d'origine contrôlée et les autres fromages. De même, elle considère que les services offerts par les organisations qui décernent des labels de qualité aux locations saisonnières se distinguent des prestations de promotion et de commercialisation de ces locations dès lors qu'un contrôle régulier des critères de qualité est effectué et que les titulaires du label peuvent bénéficier d'aides publiques.

2. Conditions d'utilisation

Selon l'arrêt *Continental Can* (CJCE, 21 fevr. 1973, 6-72) des produits qui présentent des caractères objectifs similaires peuvent appartenir à des marchés distincts parce qu'ils correspondent à des usages différents. Les autorités de concurrence considèrent plus rarement que des produits techniquement différents puissent appartenir au même marché du seul fait de leur usage. Lorsqu'elles envisagent l'usage du produit, les autorités de la concurrence tiennent compte des préconisations techniques et des utilisations effectives et retiennent, parmi plusieurs utilisations possibles, celles correspondant à la fonction principale du produit.

Les conditions d'utilisation permettent soit de regrouper différentes familles de produits au sein d'un même marché, soit de différencier des groupes d'utilisateurs situés au même stade du processus économique. Ainsi, des économies de champ (*«economies of scope»*) peuvent favoriser le regroupement de biens complémentaires au sein d'un même marché. Une entreprise réalise des économies de champ lorsque l'offre de plusieurs biens ou services ensemble lui revient moins cher que de les proposer séparément. Ainsi, bien que chaque outil réponde à un besoin spécifique et ne soit pas substituable à un autre, l'outillage à main doit être envisagé comme un marché unique, dès lors que le grossiste propose au distributeur un échantillonnage complet d'outils répondant aux différents besoins des consommateurs.

EXEMPLES

Eu égard à leurs conditions d'utilisation, il y a lieu de distinguer :

- les pneumatiques neufs et les pneumatiques rechapés, les transporteurs évitant systématiquement de monter des pneus rechapés à l'avant de leurs véhicules ou sur des camions effectuant des transports dangereux, afin d'éviter tout incident de parcours susceptible de retarder une livraison ;
- chaque forme de conditionnement du lait, car les consommateurs, qui ne considèrent pas les différents types de lait comme substituables, ne passent pas indifféremment d'un mode de conditionnement à un autre ;
- chaque liaison aérienne dès lors que les passagers sensibles au facteur temps et peu disposés à effectuer des escales et des correspondances préfèrent les vols directs au départ de leur aéroport le plus proche vers leur aéroport de destination ;
- les jeux vidéo des jeux électroniques à usage collectif ;
- les consoles statiques des consoles portables ;
- le marché du mobilier urbain publicitaire du marché de mobilier urbain non publicitaire ;
- les services de train massif de ceux de wagon isolé en matière de transport ferroviaire de marchandises ;
- les jeux organisés et commercialisés par la Française des jeux, comme les jeux de grattage, de ceux proposés dans les casinos. ;
- les spécialités médicamenteuses qui ont le même principe actif, mais qui se pré-

sentent sous des formes distinctes (par injection ou par voie transdermique).

En revanche, les applications smartphone équipées de la fonctionnalité GPS et les bases de données à installer sur un navigateur GPS sont substituables car de nombreux consommateurs utilisent leur smartphone comme navigateur GPS.

3. Méthode de commercialisation

Les autorités de contrôle déduisent parfois l'existence d'un marché de produits distinct de la spécificité du circuit de distribution.

EXEMPLES

On distingue, du point de vue de la méthode de distribution :

- les glaces destinées à la consommation immédiate, des glaces italiennes dont la commercialisation nécessite des installations et plus de personnel ;
- un marché du sucre en vrac ou en sac de 50 kg et du sucre au détail vendu au kilo ou en sachet ;
- le service des agences de voyages aériens de celui du transport aérien car il représente une activité économique à laquelle les compagnies aériennes ne peuvent substituer une autre forme de distribution de leurs billets ;
- le marché de la vente du livre par clubs et le marché du livre en général ;
- dans le secteur de la presse, les ventes en kiosque et les ventes par abonnement ;
- dans celui des jeux de hasard, les jeux proposés par les casinos et ceux distribués par la Française des jeux ;
- au sein du marché des glaces à impulsion, le marché des glaces et crèmes glacées industrielles dès lors qu'elles présentent cette spécificité d'être fabriquées à grande échelle pour être distribuées sur l'ensemble du territoire national et que leur distribution relève de spécialistes qui exercent leurs activités à travers des réseaux de distribution, de grossistes et de points de vente ;
- en matière de croquettes pour chiens selon qu'elles font l'objet d'une distribution spécialisée comprenant le circuit vétérinaire ou d'une commercialisation par la grande distribution en se fondant sur la nature des gammes vendues, les comportements d'achat et de vente et le positionnement marketing différent entre les circuits.

Si elle implique parfois de distinguer un marché spécifique, la prise en considération de la méthode de commercialisation ne conduit cependant pas nécessairement à une segmentation. Le caractère très subjectif de ce critère de définition des marchés peut conduire à des définitions de marchés contradictoires selon l'autorité amenée à statuer pour un même marché et une même période.

C. Marché géographique

PLAN

Le marché géographique se caractérise par :

- ses critères de définition ;
- son étendue.

1. Critères

A RETENIR

Pour délimiter le marché géographique concerné, les autorités européennes se fondent sur différents critères objectifs et/ou subjectifs.

La **nature du produit ou du service** constitue l'un de ces critères. Ainsi, les quarante et un aéroports espagnols n'étant interchangeables que dans une mesure limitée, notamment à cause de la distance existant entre eux, chacun a été considéré comme constituant un marché géographique distinct. De même, les services de pilotage du port de Gênes caractérisent à eux seuls un marché spécifique. La capacité d'assurer, dans un bref délai, l'appui technique en cas de panne a permis de délimiter le marché régional de la fourniture de traction ferroviaire. Le béton prêt à l'emploi, en raison de sa nature pondéreuse et non stockable, ou le carburéacteur, dont la nature empêche les emports de carburant, constituent nécessairement des marchés locaux.

Plus généralement, les **coûts de transport** représentent le facteur essentiel de délimitation du marché dans l'espace puisqu'ils limitent la possibilité de vente au-delà d'un certain rayon géographique dans le cas notamment de produits pondéreux et de faible valeur intrinsèque. Plus leur valeur absolue ou relative par rapport au prix du produit est grande, plus le pouvoir de marché de l'entreprise est important. Même lorsqu'ils ne font pas obstacle à la distribution du produit, les coûts de transport sont des facteurs unificateurs du marché qui doivent être pris en considération dans sa délimitation géographique.

La **localisation des opérateurs et des clients** de l'entreprise en cause joue également un rôle important dans la délimitation de la zone géographique concernée. Ainsi, le marché auxiliaire des sons et images revêt un caractère national dans la mesure où les conditions de fonctionnement du marché principal des paris se caractérisent par des liens de proximité géographique étroits entre les parieurs et les agences hippiques présents au niveau de l'État membre. En revanche, pour les systèmes d'exploitation pour PC clients, les systèmes d'exploitation pour serveurs de groupe de travail et les lecteurs multimédias, la localisation des opérateurs et consommateurs confère au marché une dimension mondiale, car ces systèmes sont fabriqués par un grand nombre de sociétés opérant à l'échelle mondiale et sont vendus dans le monde entier.

Enfin, la définition du marché géographique s'effectue également compte tenu de l'existence de **barrières réglementaires**, qu'elles soient nationales ou européennes. Les dimensions du marché géographique peuvent varier d'un niveau à l'autre du même processus économique. Ainsi, il convient de distinguer, dans le secteur des pompes funèbres, les relations que le prestataire de services entretient avec les clients de celles qui l'unissent aux

communes. Dans le premier cas, le prestataire de services étant titulaire d'un monopole territorial en vertu d'un texte légal, chaque commune ou groupe de communes constitue un marché géographique distinct. Dans le second, l'ensemble des communes dans lesquelles l'entreprise est active forme un marché unique.

Adoptant une approche globale, les autorités de concurrence soulignent que le marché géographique correspond à la zone dans laquelle les **conditions objectives de concurrence** du produit ou du service sont «**similaires**» ou «**suffisamment homogènes**» pour les opérateurs économiques. L'homogénéité existe du point de vue de l'offre lorsque, dans une zone définie, les caractéristiques des produits, la réglementation administrative, les offreurs et le degré de maturité du marché sont identiques ou que le volume des échanges et le taux de substituabilité de l'offre sont importants. S'agissant de la demande, les autorités de concurrence tiennent compte en particulier des comportements de consommation, de l'organisation de la distribution, de la structure de la demande, des politiques d'approvisionnement et de l'importance des importations. L'absence de différence de prix entre les produits au sein d'une zone géographique donnée est considérée comme un indice essentiel de l'homogénéité de celle-ci.

Les autorités de contrôle complètent parfois ces critères objectifs par des **appréciations d'ordre psychosociologique** pour mieux tenir compte des inélasticités caractérisant un marché déterminé. Ainsi, la langue et les préférences culturelles des consommateurs, les usages locaux et les habitudes de consommation des utilisateurs, telle la préférence pour certains conditionnements ou marques de cigarettes, peuvent constituer des facteurs de délimitation du marché géographique. Compte tenu de la langue et des préférences des consommateurs, l'Autorité de la concurrence estime que le marché de la publicité télévisée revêt une dimension nationale. La Cour d'appel de Paris souligne, dans l'affaire Tuiles d'Alsace (Paris, 21 mars 1991, LawLex023229), qu'en l'état du comportement des acheteurs dans cette région, des techniques et habitudes des professionnels et de la spécificité architecturale alsacienne, les tuiles d'Alsace ne sont en concurrence que sur le marché alsacien bien qu'elles soient également vendues dans d'autres régions. Se référant aux usages de la clientèle à Paris et en banlieue, l'Autorité de la concurrence considère que le marché de la distribution de disques comprend Paris intra-muros et la banlieue en soulignant que la clientèle du disque à Paris, qui habite essentiellement en Île-de-France, peut se livrer à une comparaison des prix auprès des hypermarchés proches de son domicile.

2. Étendue

A RETENIR

Les articles 102 TFUE et L. 420-2 du Code de commerce prohibent l'exploitation abusive d'une position dominante sur le marché intérieur ou sur une partie substantielle de celui-ci. La condition de substantialité ne définit en réalité qu'une limite très théorique : une région d'un État membre ou une ville ou un quartier peuvent constituer une partie substantielle du marché intérieur dès lors qu'ils revêtent une certaine importance économique au regard du marché intérieur dans son ensemble.

Tel est le cas lorsque les transactions qui s'effectuent dans la zone considérée exercent un effet directeur sur les prix et les conditions de vente de l'ensemble du marché. Il n'existe

d'un point de vue théorique aucune étendue géographique minimale.

Pour établir si un territoire déterminé revêt une importance suffisante pour constituer une partie substantielle du marché intérieur, il faut, notamment, prendre en considération la structure et le volume de la production et de la consommation du produit, ainsi que les habitudes et les possibilités économiques des vendeurs et des acheteurs. Ainsi, un port, en raison du volume du trafic et de l'importance qu'il revêt au regard de l'ensemble des activités d'importation et d'exportation maritimes dans l'État membre concerné, ou un aéroport, en raison de l'ampleur du trafic de passagers, constitue un marché spécifique recouvrant une partie substantielle du marché intérieur. De même, la zone de diffusion à partir du site de la tour Eiffel représente une partie substantielle du marché intérieur dès lors que le titulaire de la convention d'occupation domaniale de ce site se voit confier le principal site national de diffusion hertzienne analogique et numérique couvrant 11 millions d'habitants, soit 18 % de la population métropolitaine, seulement cinq États sur les vingt cinq constituant l'Union européenne à l'époque des faits comptant une population égale, et seize autres, une population inférieure. La preuve de l'existence d'une position dominante sur une partie substantielle du marché intérieur résulte parfois de dispositions nationales prévoyant la juxtaposition de monopoles territorialement limités, mais couvrant dans leur ensemble tout le territoire d'un État membre ou de la détention d'un droit exclusif, comme celui de la collecte, ou du transport et de la distribution du courrier sur le territoire d'un État membre.

Faisant sienne l'approche de la Commission, l'Autorité de la concurrence décide que la zone de chalandise d'un point de vente dépend du temps de trajet nécessaire pour l'atteindre. Dès lors, le marché géographique, **purement local**, se définit à partir d'un point central - l'implantation du point de vente - auquel il faut ajouter la zone alentour comprise entre 10 et 30 minutes de trajet, la durée variant en fonction de la taille du point de vente et de son attractivité. Ainsi, dans le secteur de la grande distribution à dominante alimentaire, la délimitation géographique doit s'effectuer en tenant compte de la zone de chalandise des magasins qui varie selon le type de magasin concerné, sa taille, son environnement commercial, son accessibilité et la part de clientèle commune. De même, le marché des salles de cinéma doit s'analyser par zones de chalandise délimitées en tenant compte notamment du temps de déplacement des clients, de l'existence d'autres équipements cinématographiques et des voies de communication.

Le marché revêt une **dimension nationale** lorsque la demande émane de l'ensemble des opérateurs présents sur le territoire, que le prix du produit varie moins en fonction du lieu d'implantation de l'acheteur que des quantités annuelles commandées et que le coût du transport ne constitue pas un obstacle au regard du prix de vente particulièrement élevé.

Une demande stable et non négligeable, même variable en intensité selon les États membres, sur l'ensemble du **territoire de l'Union européenne**, la possibilité de s'approvisionner dans d'autres États membres et le faible coût du transport confèrent au marché géographique une dimension européenne. Le marché s'étend à l'Union européenne dès lors que les produits bénéficient d'une norme européenne, sont importés sur le territoire national, et que les distributeurs se fournissent auprès des filiales françaises des fabricants ou d'importateurs exclusifs ou par les moyens d'achats directs à l'étranger.

La parfaite substituabilité de produits répondant à des caractéristiques identiques sur le marché européen exclut ainsi une délimitation nationale du marché géographique, en dépit d'une réglementation nationale, insuffisante dans cette hypothèse à conférer une spécificité à la confrontation de l'offre et de la demande.

Enfin, les marchés pour les systèmes d'exploitation pour PC clients, pour les systèmes d'exploitation pour serveurs de groupe de travail et pour les lecteurs multimédias s'étendent au **monde entier**, car les accords de licence sont mondialement valables et il n'existe pas de restrictions à l'importation. Le marché de la construction de bateaux de plaisance revêt une dimension internationale dès lors que les constructeurs de bateaux de plaisance réalisent plus de la moitié de leur chiffre d'affaires grâce aux exportations.

II. Position dominante individuelle

PLAN

La position dominante de l'entreprise s'établit à partir de :

- la part de marché qu'elle détient ;
- d'autres indices tirés de la structure (du marché ou de l'entreprise), de ses comportements ou de ses performances.

A. Part de marché

A RETENIR

Même si elle considère que la position détenue par l'entreprise sur le marché ne constitue théoriquement qu'un «facteur» de la position dominante, la Cour de justice estime que «l'existence de parts de marché d'une grande ampleur est hautement significative». Les autorités françaises considèrent que lorsque la part de marché de l'entreprise revêt une certaine importance, elle peut constituer un indice suffisant de l'existence d'une position dominante.

À l'inverse, la détention d'une part de marché limitée exclut la qualification d'entreprise dominante. Entre ces deux extrêmes, la part de marché ne représente qu'un critère relatif qu'il faut compléter par d'autres indices. En règle générale, une part de marché supérieure à 50 % pendant plusieurs années peut suffire à caractériser une position dominante. Il en est de même d'une part de marché de 40 à 45 % si elle est corroborée par d'autres facteurs. Selon la Commission, la domination de l'entreprise est peu probable lorsque la part de marché se situe en deçà de 40 %.

Lorsqu'une entreprise détient un **monopole de droit ou de fait**, les autorités de contrôle paraissent se satisfaire de la seule constatation de celui-ci pour conclure à l'existence d'une position dominante. Ainsi, l'opérateur qui détient un monopole légal se trouve en position dominante. Tel est notamment le cas lorsque des dispositions nationales prévoient la juxtaposition de monopoles territorialement limités, mais couvrant dans leur ensemble tout le territoire national d'un État membre. De même, le détenteur du monopole légal de la production et du transport de l'électricité et concessionnaire des réseaux de distribution de 95 % des communes françaises est en position dominante sur

le marché de la production, du transport et de la distribution d'électricité. La solution est identique lorsque les entreprises sont détentrices d'un monopole de fait. La détention d'une part de marché de 100 % ou le fait d'être la seule entreprise sur le marché à proposer un produit ou un service suffit à conférer à l'entreprise en cause une position dominante.

La notion de domination ne se limite pas aux situations de monopole mais s'étend aux hypothèses de **quasi-monopole**. Des parts de marché extrêmement importantes constituent par elles-mêmes, sauf circonstances exceptionnelles, la preuve d'une position dominante. Tel est le cas lorsque l'entreprise en cause détient une part de marché de 91,8 %, de 90 %, ainsi que l'exclusivité ou la quasi-exclusivité pour tous les gros clients, de 85 % et exerce une influence sur certains autres producteurs, qui suivent une politique de vente identique à la sienne vis-à-vis des négociants. La détention d'une part de marché de 70 % est également, en soi, révélatrice d'un degré significatif de pouvoir de marché, même s'il ne s'agit que de l'un des indicateurs d'une position dominante.

La domination se mesure compte tenu non seulement de l'existence mais aussi de la position des producteurs concurrents. Plus la disproportion entre la position de l'entreprise en cause sur le marché et celle de ses concurrents est grande, plus le temps de réaction de ceux-ci sera important et leur possibilité de satisfaire la demande limitée. Ainsi, l'entreprise qui possède plus de 90 % de part de marché contre 5 à 10 % de part pour son concurrent direct bénéficie d'une position dominante. De même, l'entreprise qui contrôle entre 85 et 90 % des marchés concernés, tandis que les concurrents n'en représentent qu'une part marginale, détient une position dominante individuelle, même si certaines pertes ont pu être constatées. Pour les parts de marchés intermédiaires situées entre 30 et 80 %, la disproportion relative des parts de marché entre l'entreprise concernée et ses concurrents constitue un indice essentiel de domination. L'entreprise qui contrôle 32 % d'un marché peut être déclarée en position dominante dès lors que la part de marché de son principal concurrent n'excède pas la moitié de la sienne. Il en est a fortiori ainsi pour l'entreprise dont la part de marché s'établit entre 74 et 89 % alors que celle du second opérateur avoisine 7 % ou de celle qui contrôle entre 60 et 80 % des ventes alors qu'aucun concurrent n'en réalise plus de 12 %. Une entreprise qui détient une part de marché de 45 %, nettement supérieure à celle de ses concurrents malgré sa légère diminution, et qui mène une importante politique de marketing pour le lancement et la diffusion de sa marque est en position dominante. Une entreprise qui possède 50 % de part de marché dans chaque État membre occupe une position dominante dans l'Union européenne, dès lors qu'il existe un écart considérable entre sa part de marché et celle de ses quatre concurrents et que le marché comporte de nombreuses barrières à l'entrée. Il en est de même pour l'entreprise qui possède 57 à 65 % du marché concerné tandis que ses principaux concurrents n'en détiennent que 4 à 8 % malgré sa rentabilité temporairement nulle et les pertes enregistrées. Enfin, une entreprise est dominante lorsqu'elle contrôle 45 % du marché concerné, soit une part plusieurs fois supérieure à celle de son principal concurrent ou 39,7 % d'un marché tandis que son principal concurrent n'en détient que 5,5 %. À l'inverse, l'entreprise située sur un marché en forte croissance, dont la part de marché est passée de 49,5 à 48,25 %, alors que ses principaux concurrents atteignent respectivement 35,60 % et 16,25 %, n'est pas en position dominante.

Il en est de même de l'entreprise qui contrôle 33,28 % d'un marché contre 29,75 % à son principal concurrent, ou de celle dont la part de marché atteint 27,9 % alors que son concurrent contrôle 17 % du marché et les marques de distribution, 82,4 %. Enfin, sauf circonstances particulières déterminantes d'une position dominante collective, l'existence d'un concurrent d'une puissance équivalente à la sienne ne permet pas à une entreprise d'adopter le comportement indépendant caractérisant une position dominante.

B. Autres indices

A RETENIR

En dehors de situations de monopole ou de quasi-monopole, la part de marché prédominante détenue par l'entreprise est considérée comme une condition insuffisante qui doit être confortée par des facteurs complémentaires pour établir la position dominante.

PLAN

Ces indices complémentaires sont tirés de :

- la structure du marché ;
- la structure de l'entreprise soupçonnée de domination ;
- ses comportements ;
- ses performances.

1. Structure du marché

L'intensité de la concurrence existant sur le marché et la possibilité pour les concurrents d'y accéder constituent des critères essentiels de définition de la position dominante. L'absence de concurrence potentielle et le faible contrepoids représenté par les principaux concurrents peuvent confirmer l'existence d'une position dominante. L'incapacité des principaux concurrents à exercer une concurrence efficace ajoutée à des obstacles s'opposant à la pénétration du marché en cause suffit à qualifier de leader une entreprise détenant une part de marché intermédiaire. Cependant, l'existence d'une concurrence, même vive, sur un marché donné, n'exclut pas la constatation d'une position dominante sur ce même marché, celle-ci étant essentiellement caractérisée par la capacité de se comporter sans avoir à tenir compte, dans sa stratégie de marché, de cette concurrence et sans pour autant subir des effets préjudiciables du fait de cette attitude.

L'importance des investissements publicitaires et commerciaux exigés pour atteindre une taille optimale peut également constituer un obstacle à l'entrée d'un nouveau concurrent sur un marché déterminé. Il en est ainsi lorsqu'une entreprise contrôle 85 % du marché concerné et est la seule à disposer de la possibilité de mettre en œuvre des subventions croisées alors que tout entrant est confronté à la nécessité d'effectuer de lourds investissements ou lorsqu'il existe d'importants effets de réseau et liens de connexité commerciaux et techniques sur le marché.

Les barrières structurelles à l'entrée d'un marché peuvent trouver leur origine hors du jeu naturel de ce dernier. Ainsi, les contraintes réglementaires peuvent ériger des barrières

à l'entrée par l'imposition de formalités, de quotas ou de dispositions protectrices des producteurs nationaux ou européens. La position dominante de l'opérateur historique de diffusion audiovisuelle résulte ainsi du pouvoir de négociation limité des multiplex, contraints de contracter avec lui, du fait de leur obligation légale de couverture en numérique de 95 % de la population française.

Enfin, le pouvoir de marché d'une ou plusieurs entreprises peut se trouver contrebalancé par la **puissance d'achat** de leur client.

2. Structure de l'entreprise

Parmi les indices permettant de corroborer la position dominante de l'entreprise, les autorités de concurrence retiennent son leadership, sa qualité d'opérateur historique ou son image de marque. La disproportion des moyens financiers d'un opérateur avec ses concurrents ou les facilités d'approvisionnement peuvent également constituer un facteur d'appréciation de la position dominante. La puissance financière résulte notamment de l'appartenance à un groupe, qui est en elle-même un indice de position dominante. La détention de droits de propriété intellectuelle ou d'un droit spécial ou exclusif constitue également un facteur de position dominante. Il en va de même de la large diffusion des produits de l'entreprise sur l'ensemble d'un territoire ou du fait de disposer d'une organisation commerciale vaste et sophistiquée ou d'une gamme de produits étendue et diversifiée, ou d'une base de données exhaustive et régulièrement mise à jour nécessitant un investissement important et continu. Enfin, l'entreprise qui réalise des économies d'échelle, est intégrée verticalement, dispose d'une avance technologique ou tient ses partenaires dans sa dépendance est susceptible de détenir une position prééminente sur le marché concerné.

3. Comportements

Certains types de comportements ne sauraient être adoptés qu'à la condition que l'entreprise dispose de suffisamment de puissance économique pour les imposer aux autres participants au marché, ou seraient irrationnels si leur auteur ne se trouvait pas dans une position de domination. Certaines conditions contractuelles ne peuvent être imposées que par une entreprise en position dominante. De même, le fait pour plusieurs entreprises de transport de proposer dans une grille de prix des taux variant d'un produit à l'autre en fonction de la valeur du produit alors que cette valeur n'a aucune influence sur le coût du transport caractérise l'existence d'une position dominante. Plus généralement un abus peut être un indice de domination.

Au lieu d'être envisagés comme des indices, les comportements adoptés par l'entreprise sont parfois appréhendés comme la cause de la domination. La position de fournisseur exclusif ou quasi exclusif constitue ainsi un facteur de domination.

4. Performances

Les droits européen et français de la concurrence se montrent extrêmement réticents à utiliser les critères de performance. Si les autorités de concurrence admettent traditionnellement que le maintien de la part de marché peut être révélateur d'une position dominante, l'érosion progressive de celle-ci ne peut constituer, en elle-même, la preuve

de l'absence de position dominante, dès lors que la part détenue reste très importante. De même, la baisse de prix ne contredit pas nécessairement l'existence d'une position dominante dans la mesure où elle peut résulter d'une politique de prix librement choisie sans être due à la pression de la concurrence. Les autorités européennes considèrent même «qu'une marge bénéficiaire réduite ou même des pertes temporaires ne sont pas incompatibles avec une position dominante tout comme des bénéfices élevés peuvent être compatibles avec une situation de concurrence effective». Les pertes enregistrées et la rentabilité temporairement nulle d'une entreprise n'excluent donc pas l'existence d'une position dominante. Enfin, l'augmentation du chiffre d'affaires du principal concurrent ne suffit pas à caractériser une absence d'indépendance de comportement et ne saurait exclure la position dominante d'une entreprise. De même, un opérateur dont la part de marché dépasse 80 %, ne peut invoquer, pour contester sa position dominante, la progression de son principal concurrent.

III. Position dominante collective

PLAN

Une position dominante collective peut être inférée :

- soit de l'existence de liens entre les entreprises ;
- soit de l'analyse de la structure du marché.

A. Liens entre entreprises

A RETENIR

Traditionnellement, la position dominante collective implique la constatation de liens entre entreprises leur permettant d'adopter une même ligne d'action sur le marché.

Au départ, la notion de liens entre entreprises était interprétée de façon relativement stricte et ne recouvrait que des liens tirés de la structure des entreprises, comme l'existence de gérants communs ou la détention de participations croisées. Progressivement, la notion de lien s'est distendue pour se réduire à de simples «facteurs de corrélation» : des liens commerciaux, tels que des engagements d'approvisionnement exclusif ou des échanges systématiques de produits entre les entreprises concernées, ou même purement «économiques», tels qu'un accord de licence de brevet, voire la simple constitution d'un groupement, peuvent aujourd'hui les constituer.

Dans cette conception très lâche du lien, la seconde condition, comportementale, devient naturellement déterminante : tout lien entre entreprises suffit à fonder une position dominante collective dès lors qu'il permet d'adopter une stratégie commerciale commune. L'objet du contrôle se déplace ainsi progressivement des relations existant entre les entreprises en cause vers le marché sur lequel ces entreprises se présentent comme une «entité unique».

B. Structure du marché

1. Droit européen

A RETENIR

Jusqu'où va la structuralisation du contrôle ? Il ne semble pas que les autorités européennes aient à ce jour transposé le principe posé par l'arrêt Gencor (TPICE, 25 mars 1999, aff T-102-96 LawLex023656), intervenu en matière de concentrations, au domaine de l'abus de position dominante.

Dans cette décision, le juge européen a clairement affirmé que la domination collective pouvait constituer un instrument de contrôle des situations de marché oligopolistiques : «on ne saurait exclure, par principe, que deux ou plusieurs entités économiques indépendantes soient, sur un marché spécifique, unies par des liens économiques et que, de ce fait, elles détiennent ensemble une position dominante par rapport aux autres opérateurs sur le même marché». Il a toutefois ajouté que «cette conclusion s'impose davantage dans le contrôle des concentrations»... que dans celui de l'abus de position dominante. La raison en est simple. Le contrôle des concentrations est un contrôle purement structurel alors que celui de l'abus de domination est par nature comportemental. Or, on ne saurait, dans le cadre d'un contrôle comportemental, se satisfaire d'un lien «involontaire» résultant de la seule structure du marché, en identifiant le lien économique à la relation d'interdépendance existant entre les membres d'un oligopole.

2. Droit français

A RETENIR

L'Autorité de la concurrence va plus loin que les autorités européennes et admet qu'une situation de marché peut dans certains cas suffire à caractériser une domination collective.

Citant l'arrêt du Tribunal de première instance, Gencor (TPICE, 25 mars 1999, aff. T-102-96 LawLex023656), elle considère qu'un oligopole restreint peut suffire à caractériser une position dominante collective, en relevant : - que si l'une des sociétés mères d'une filiale commune devait emporter un marché en concurrence avec une filiale commune, l'autre société mère en serait, compte tenu de la structure du marché, forcément informée ; - que dans les zones où opère une entreprise commune, les comportements des sociétés mères sont parallèles et prévisibles, la décision de l'une d'elles, de répondre à un appel à candidatures afin d'évincer une entreprise commune pouvant entraîner des réactions de représailles de l'autre société-mère ; - enfin, que le produit qu'elles commercialisent est homogène et sa demande inélastique à son prix, et qu'elles opèrent sur un marché faiblement contestable. Cette solution rappelle celle adoptée par le juge européen dans la décision Airtours (TPICE, 6 juin 2002, aff. T-342-99, LawLex023474), qui affirme que la domination collective peut être inférée de la seule structure du marché sous trois conditions : - transparence du marché ; - ligne d'action commune et police de l'oligopole ; - absence de contestation de la ligne d'action par des concurrents actuels, potentiels ainsi que par les consommateurs. Statuant sur renvoi, la Cour d'appel de Paris (Paris, 15 avr. 2010, LawLex10468) a toutefois censuré une décision de l'Autorité de la concurrence qui

s'était fondée simultanément sur la jurisprudence *Airtours* et les conditions plus classiques de liens structurels et de stratégie commerciale commune. Selon elle, pour établir une domination collective, il faut non seulement que des liens structurels, une stratégie commune ou les caractéristiques oligopolistiques du marché soient caractérisés, mais aussi qu'il soit démontré que les entreprises en cause disposent en commun de la possibilité de se comporter, dans une mesure appréciable, de manière indépendante sur le marché, vis-à-vis des concurrents, des clients et des consommateurs.

SECTION 2

Abus

PLAN

L'abus constitue le facteur de déclenchement du contrôle. Nous examinerons successivement :

- sa définition ;
- son régime.

I. Définition

A RETENIR

La notion d'abus n'est définie pas plus par le Traité que par le Code de commerce. L'analyse de la jurisprudence révèle l'adhésion des autorités de concurrence à deux conceptions différentes de l'exploitation abusive qui, loin de s'exclure l'une l'autre, coexistent dans la pratique décisionnelle ou la jurisprudence. Aux actions illicites réalisées au détriment d'agents économiques définis avec lesquels l'entreprise dominante est en rapport, que l'on peut désigner comme des «abus de comportement» ou «abus d'exploitation», s'opposent les actes considérés comme illégitimes parce qu'ils portent atteinte à la structure de la concurrence, qui constituent des «abus de structure» ou «abus d'exclusion».

A. De l'abus de comportement à l'abus de structure ou d'exclusion

Dans les deux formes d'abus, la source de l'illégalité n'est pas la même. Dans l'hypothèse d'un abus de comportement, le caractère abusif découle d'éléments intrinsèques à l'action de l'entreprise. Il réside dans un acte d'exploitation qui n'a pu être adopté que grâce à l'utilisation par l'entreprise de sa position dominante. Les exemples mentionnés à l'article 102 TFUE ou L. 420-2 du Code de commerce (imposition de prix ou de conditions inéquitables ou de clauses jumelées, pratiques discriminatoires, limitation du développement technique et commercial, refus de vente, rupture de relations commerciales établies) correspondent à cette hypothèse. L'abus de comportement «peut ainsi consister dans la pratique d'un prix excessif sans rapport raisonnable avec la valeur économique de la prestation fournie», que seule une entreprise dominante est capable de mettre en œuvre. En revanche, c'est l'effet d'exclusion qu'il produit qui seul caractérise l'abus de structure. La qualification de la volonté de l'entreprise dominante n'est plus au cœur de l'appréciation. On ne se préoccupe pas de son intention d'exploiter, mais on s'intéresse

exclusivement aux conséquences de son comportement. L'«abus de structure» n'est pas déduit des caractéristiques du comportement de l'entreprise dominante, mais de l'importance des effets restrictifs produits sur le marché. Un comportement licite lorsqu'il est adopté par une entreprise non dominante devient illicite dans le cas d'une entreprise dominante. Très logiquement, les autorités européennes considèrent, à la différence de l'Autorité de la concurrence, que la question du lien de causalité qui devrait exister entre la position dominante et l'abus est indifférente. Alors que l'«abus de comportement» est un comportement abusif par sa source, l'«abus de structure» est un comportement abusif par son effet.

Abus de comportement et abus de structure ne constituent pas deux catégories étanches : selon que l'on se place du point de vue du fait générateur ou de ses effets, le même acte est souvent susceptible de recevoir les deux qualifications. En pratique, les autorités de contrôle ont de plus en plus tendance à appréhender les pratiques du point de vue de leurs conséquences sur la structure du marché (abus de structure) en accordant corrélativement moins d'importance à leurs caractéristiques intrinsèques (abus de comportement).

B. Applications de l'abus de structure ou d'exclusion

Sont susceptibles de constituer des abus :

- **Les pratiques de prix abusives : stratégies de prix imposés, prix excessivement élevés ou excessivement bas ; offres provoquant un effet de ciseau tarifaire ; stratégie de prix prédateurs.**

Les pratiques de ciseau tarifaire, qui sont le fait d'entreprises intervenant simultanément à deux niveaux d'un même processus économique, se rencontrent principalement en matière de téléphonie. L'approche des autorités européennes est similaire.

A RETENIR

Une entreprise exploite abusivement sa position dominante, par un effet de ciseau, lorsqu'elle facture à ses concurrents des tarifs de prestations intermédiaires plus élevés que les prix de détail qu'elle pratique à l'égard de ses propres abonnés, ce qui met ses concurrents dans l'impossibilité de dégager des bénéfices dans la mesure où ils doivent supporter par ailleurs des frais de commercialisation, de facturation, de recouvrement, etc.

De telles compressions de marge peuvent conduire à l'éviction de concurrents de l'entreprise dominante du marché aval alors même qu'ils seraient tout aussi efficaces. Ainsi, une pratique de ciseau tarifaire est anticoncurrentielle si un concurrent potentiel aussi efficace que l'opérateur historique verticalement intégré ne peut entrer sur le marché aval qu'en subissant des pertes. Selon la Cour de cassation, «un tel effet peut être présumé seulement lorsque les prestations par l'entreprise auteur du ciseau tarifaire leur sont indispensables pour la concurrence sur le marché aval. Il existe un effet de ciseau tarifaire abusif lorsque la différence entre les prix de détail de l'entreprise dominante et le tarif des prestations intermédiaires pour des prestations comparables, à ses concurrents, est soit négative, soit insuffisante pour couvrir les coûts spécifiques des produits de l'opérateur

dominant pour la prestation de ses propres services aux abonnés sur le marché aval. Pour établir que la compression de marges est susceptible d'être contraire à l'article 102 TFUE, il n'y a pas lieu de démontrer que l'entreprise dominante impose des prix excessifs pour ses produits de gros d'accès indirect ou des prix prédateurs pour ses produits de détail. Une telle pratique est susceptible de produire un effet d'éviction, même en l'absence de caractère indispensable du produit de gros pour la fourniture du produit de détail, et même si la marge des concurrents reste positive, dès lors qu'en raison d'une réduction de rentabilité elle est susceptible de rendre au moins plus difficile l'exercice des activités de ces derniers sur le marché concerné. Les autorités de contrôle recourent au test du concurrent aussi efficace (AEC) en se fondant en priorité sur les tarifs et les coûts de l'entreprise dominante, et non sur la situation spécifique de ses concurrents, actuels ou potentiels, car «l'utilisation de tels critères d'analyse permet de vérifier si une entreprise en position dominante aurait été suffisamment efficace pour proposer ses prestations de détail aux clients finals autrement qu'à perte, si elle avait été préalablement obligée d'acquitter ses propres prix de gros pour les prestations intermédiaires». Enfin, pour constituer un abus de position dominante, une pratique de ciseau tarifaire doit produire un effet anticoncurrentiel, qui n'a pas nécessairement besoin d'être actuel. La preuve d'un effet anticoncurrentiel potentiel de nature à évincer les concurrents au moins aussi efficaces que l'entreprise dominante est suffisante.

A RETENIR

Les autorités européennes estiment, à l'instar du juge américain appliquant la théorie Areeda-Turner, selon laquelle, le prix prédateur se définit comme le prix inférieur au coût marginal qu'une stratégie de prix de prédation, c'est-à-dire de prix anormalement bas destinés à éliminer un rival, peut sous certaines conditions tomber sous le coup de l'article 102 TFUE. Selon la Cour de justice (CJCE, 3 juillet 1991, AKZO, aff. C-62-86, LawLex023986), des prix inférieurs à la moyenne des coûts variables sont nécessairement abusifs : une entreprise dominante ne peut avoir d'autre intérêt de pratiquer de tels prix que celui d'éliminer ses concurrents, avant de relever ensuite ses prix en tirant profit de sa situation monopolistique, puisque chaque vente représente pour elle la perte de la totalité des coûts fixes et d'une partie des coûts variables. En revanche, des prix inférieurs à la moyenne des coûts totaux mais supérieurs à la moyenne des coûts variables ne peuvent être considérés comme abusifs que dans la mesure où ils sont fixés dans le cadre d'un plan ayant pour but d'éliminer un concurrent.

Depuis l'arrêt *Brook Group vs Brown Williamson Tobacco Corp.*, la Cour suprême américaine complète le test Areeda-Turner par le «test de récupération des pertes» (*recoupment test*) aux termes duquel une stratégie de prédation ne peut pas être considérée comme rationnelle, et doit donc être exclue, en l'absence de possibilité pour l'entreprise dominante de récupérer ses pertes. Les autorités européennes adoptent une approche inverse puisqu'elles affirment expressément que la possibilité de récupération des pertes ne constitue pas un préalable à la constatation de prix prédateurs.

La position des autorités européennes a connu par la suite une certaine évolution qui n'a pas manqué d'influencer les autorités françaises. Le test de coût, applicable tant en matière de prédation que de pratiques d'éviction, doit en principe être mené en examinant les seuls coûts de l'entreprise dominante. Dans ses lignes directrices relatives

aux abus d'exclusion, la Commission définit la prédation par un test destiné à évaluer si un concurrent hypothétique aussi efficace que l'entreprise dominante risque de se voir exclu par des pratiques de prix abusives, et notamment de prédation. **Même si la Commission ne se réfère pas au coût moyen variable ou au coût moyen total de l'arrêt Akzo auxquels elle préfère le coût moyen évitable (CME) et le coût marginal moyen à long terme (CMMLT), la différence n'est que relative. Le test de prix d'éviction est positif lorsque le coût moyen évitable ou le coût marginal moyen à long terme n'est pas couvert par le prix de vente pratiqué par l'entreprise en position dominante. En principe, seule la fixation de prix inférieurs au CMMLT est considérée comme susceptible d'évincer des concurrents aussi efficaces du marché.** Toutefois, la prédation sera aussi établie lorsque la preuve est apportée que l'entreprise dominante supporte des pertes ou renonce à des bénéfices à court terme délibérément, afin d'évincer ou de pouvoir évincer un ou plusieurs de ses concurrents réels ou potentiels, en vue de renforcer ou de maintenir son pouvoir de marché. A cette fin, la Commission cherchera à démontrer que l'entreprise concernée a consenti un sacrifice ou poursuivi une stratégie de prédation qui ont produit des effets d'éviction anticoncurrentiels préjudiciables aux consommateurs. Selon la Commission, un comportement prédateur peut se manifester de différentes manières, notamment par construction d'une réputation d'agressivité : le prédateur, qui craint l'entrée de plusieurs concurrents sur des marchés distincts, choisit parmi eux une proie et met en œuvre une politique de prix agressive en tarifant très en dessous de ses coûts, afin de dissuader les concurrents potentiels d'entrer sur les autres marchés, par crainte que le prédateur y adopte le même comportement agressif. La Cour de cassation estime que l'adoption d'une stratégie de prédation par construction d'une réputation d'agressivité sur un marché autre que le marché dominé n'est pas établie en l'absence de circonstances particulières de nature à établir un lien entre le comportement abusif et la position dominante.

A RETENIR

Dans le cas particulier d'une entreprise chargée d'un service public mais exerçant simultanément une activité concurrentielle, «le concept de coût pertinent à prendre en compte pour évaluer si le prix des prestations offertes en concurrence est abusif est celui du coût incrémental», c'est-à-dire les dépenses supplémentaires dues à l'exercice de l'activité concurrentielle.

Qu'il s'agisse d'apprécier l'existence d'un prix prédateur ou d'une pratique tarifaire ayant un effet d'éviction, la mise en œuvre du test de coût Akzo impose de s'assurer qu'il n'y ait pas de surdimensionnement des moyens alloués à la mission de service public, qui permettrait de financer des prix artificiellement bas pour l'activité concurrentielle. Le fait que les prix pratiqués par l'entreprise en position dominante se situent à un niveau inférieur aux coûts totaux moyens, mais supérieurs aux coûts incrémentaux moyens, afférents à l'activité, ne peut être considéré comme abusif que si cette politique conduit, sans justification objective, à l'éviction effective ou probable de ses concurrents. Il convient de déterminer si la disparition de concurrents relève d'une mauvaise politique de gestion interne ou de facteurs extérieurs, ou si elle est imputable à la pratique tarifaire mise en œuvre par l'entreprise dominante dans la mesure où ces concurrents seraient considérés

comme étant aussi efficaces qu'elle.

- Les remises ou avantages entraînant un effet d'exclusion : remises de couplage, remises de fidélité ou de parts de marché, remises de la tranche supérieure, sur le chiffre d'affaires, remises d'objectifs ou frontalières, avantages financiers ou commerciaux telles des récompenses ou des livraisons prioritaires, rabais d'exclusivité.

Le Tribunal de l'Union (TUE, 12 juin 2014, Intel Corp, aff. T-286-09, LawLex142086) distingue trois catégories de rabais : les rabais quantitatifs, liés au volume des achats effectués qui ne sont pas illicites en soi, les rabais de fidélité dont l'octroi est lié à une condition d'approvisionnement exclusif ou quasi-exclusif et qu'il qualifie de rabais d'exclusivité, et les rabais dont l'octroi n'est pas lié à un approvisionnement exclusif ou quasi exclusif, mais qui peuvent revêtir un effet fidélisant.

A RETENIR

Les rabais d'exclusivité ont, par leur nature même, la capacité de restreindre la concurrence. Il est dès lors inutile d'établir un effet potentiel d'éviction au vu des circonstances : en octroyant des rabais d'exclusivité, l'entreprise dominante peut utiliser son pouvoir économique sur la part non disputable de la demande du client comme un levier pour s'approprier la part disputable et ainsi barrer au concurrent l'accès au marché. Il n'est pas non plus nécessaire d'examiner si le système de rabais contraint le concurrent aussi efficace à facturer des prix négatifs.

La Cour de justice (CJUE, 6 sept. 2017, aff. C-413-14 Intel Corp., LawLex171362) rejoint le Tribunal sur ce terrain : l'application du critère du concurrent aussi efficace ne constitue pas une condition indispensable pour constater le caractère abusif d'un système de rabais.

A RETENIR

En revanche, dans l'affaire Intel, la Cour a précisé que, lorsqu'une entreprise en position dominante soutient, au cours de la procédure administrative, preuves à l'appui, que le système de rabais de fidélité lié à une condition d'approvisionnement exclusif qu'elle a mis en œuvre, n'a pas eu la capacité de restreindre la concurrence, la Commission se doit non seulement d'apprécier l'importance de la position dominante de l'entreprise sur le marché pertinent, le taux de couverture du marché par la pratique contestée, ainsi que les conditions et les modalités d'octroi des rabais en cause, leur durée et leur montant, mais aussi l'existence éventuelle d'une stratégie visant à évincer les concurrents au moins aussi efficaces.

Dans cette hypothèse, le recours au test du concurrent aussi efficace - *as efficient competitor test* (AEC) - est déterminant pour apprécier la capacité d'un système de rabais de fidélité relevant en principe de l'interdiction de l'article 102 TFUE, de produire un effet d'éviction. Dans l'affaire TDF (Paris, 21 déc. 2017, LawLex172125), se référant aux arrêts Hoffman Laroche (CJCE, 13 févr. 1979, aff. 85-76, LawLex024107), et Intel (CJUE, 6 sept. 2017, aff. C-412-14P, LawLex024107), la Cour d'appel de Paris relève que «les rabais d'exclusivité, dont l'octroi est lié à la condition que le client - quel que soit par ail-

leurs le montant, considérable ou minime, de ses achats - s'approvisionne pour la totalité ou une partie importante de ses besoins auprès de l'entreprise en position dominante, sont présumés incompatibles avec l'objectif d'une concurrence non faussée dans le marché commun parce qu'ils ne reposent pas - sauf circonstances exceptionnelles - sur une prestation économique justifiant cet avantage financier». Dans de telles circonstances, l'abus de position dominante est présumé du fait que le client de l'entreprise en cause, tenu de s'adresser à celle-ci pour un certain volume d'achats, est incité à augmenter ce volume, plutôt que de s'approvisionner pour le surplus de ses besoins auprès de la concurrence, afin d'atteindre le seuil fixé pour une remise sur la totalité de ses achats, et que cet effet d'incitation emporte un effet d'éviction puissant au niveau du marché tout entier. Ce système de rabais exclusif produit un effet dissuasif du fait du risque pour l'entreprise cliente de perdre les rabais sur la part non disputable du marché, de sorte qu'il en résulte une restriction de la liberté des clients de choisir leur sources d'approvisionnement en fonction de l'offre la plus attrayante.

A RETENIR

Les remises de couplage ne sont pas prohibées *per se*. Pour qu'elles soient jugées illicites, il faut apporter la preuve de leur objet ou de leurs effets anticoncurrentiels. Lorsque la remise de couplage procure un avantage au consommateur, l'abus de position dominante n'est pas caractérisé.

Telle est la position adoptée par la Commission dans ses Lignes directrices relatives aux abus d'exclusion, qui posent le principe selon lequel une pratique de vente liée peut produire des gains d'efficacité (pts 47 et s.). En contradiction avec la Commission, la Cour d'appel de Paris a, cependant, estimé que des pratiques de rabais sur une offre couplée mises en œuvre par un offreur en situation de monopole sur le marché amont de la fourniture du produit faussent nécessairement la concurrence, au moins potentiellement. La Cour semble considérer que lorsqu'un opérateur, en position dominante sur le marché d'un produit «liant», subordonne, de façon obligatoire, la vente de ce produit, jugé indispensable, à la vente d'une autre produit «lié», cette pratique de couplage est, sauf circonstances particulières, constitutive d'un abus de position dominante.

- **Les refus de vente ou de prestation** : une entreprise peut limiter l'accès à ses produits de gros en proposant des conditions contractuellement désavantageuses, en retardant le processus de négociation, en limitant pour des motifs formels et techniques l'accès à son réseau et à ses lignes d'abonnés et en refusant de fournir des informations générales exactes et fiables indispensables.

A RETENIR

Selon le Tribunal, un refus de fourniture ne peut être abusif que s'il existe un risque d'élimination de toute concurrence effective.

La Commission, pour fixer ses priorités en matière d'application dans sa Communication relative aux abus d'exclusion, part du principe que, d'une manière générale, une entreprise, qu'elle soit ou non dominante, devrait avoir le droit de choisir ses partenaires

commerciaux et de disposer librement de ses biens. Un refus de fourniture revêt néanmoins, selon elle, un caractère prioritaire lorsqu'il porte sur un produit ou un service objectivement nécessaire pour pouvoir exercer une concurrence efficace sur un marché aval, qu'il est susceptible de conduire à l'élimination d'une concurrence en aval et de léser le consommateur. La Cour de cassation souligne que la seule constatation d'un refus de vente ne suffit pas à caractériser une pratique abusive, qui nécessite d'établir que l'objet ou l'effet du refus opposé par l'entreprise en position dominante sur un marché donné est de limiter ou exclure directement ou indirectement la concurrence réelle ou potentielle et de renforcer sa position sur ce marché ou un marché connexe ou en aval.

- Les refus d'accès : déréférencement, boycott ou refus d'achat

Un refus d'accès est abusif s'il porte sur un produit ou un service objectivement nécessaire pour exercer une concurrence efficace sur un marché aval et risque de conduire à l'élimination d'une concurrence effective sur le marché aval et de léser le consommateur.

- Les refus de mise à disposition d'une «installation essentielle»

A RETENIR

Des infrastructures sont qualifiées d'essentielles lorsqu'elles ne sont pas interchangeables et qu'en raison de leurs caractéristiques particulières, il n'y a pas d'alternatives viables pour les concurrents potentiels de leur détenteur, qui se trouvent de ce fait exclus du marché.

Tel est le cas du fichier créé par l'opérateur historique gazier dans le cadre de son ancien monopole, qui n'est pas répliquable par ses concurrents, dans des conditions raisonnables de coût et de temps. En revanche, le déploiement des réseaux en fibre optique par des opérateurs alternatifs atteste de la possibilité de répliquer le réseau FttH d'Orange dans des conditions non déraisonnables, de sorte que cette infrastructure ne peut-être qualifiée d'essentielle. Les autorités de concurrence appliquent la notion d'infrastructure essentielle non seulement à des installations matérielles (hélicoptère, port, réseau...), mais aussi à des biens immatériels impossibles à reproduire par des moyens raisonnables, qui constituent de ce fait des «ressources essentielles». Depuis l'arrêt IMS Health (CJCE, 24 avr. 2004, aff. C-418-01, LawLex04941) Le refus d'une entreprise titulaire d'un droit d'auteur de donner accès à un produit ou à un service indispensable pour exercer une activité déterminée est abusif dès lors qu'il fait obstacle à l'apparition d'un produit nouveau pour lequel il existe une demande potentielle des consommateurs, qu'il est dépourvu de justification et de nature à exclure toute concurrence sur un marché dérivé.

- **Les ventes ou prestations de services liées : vente liée de produits ou services complémentaires, octroi de primes produisant un effet de vente liée ou de tarifs préférentiels en cas d'acceptation d'une prestation accessoire liée.** L'entreprise en position dominante sur le marché des systèmes d'exploitation pour PC clients qui lie la vente de son navigateur web, Internet Explorer, à celle de son système d'exploitation dominant, Windows, sans que les fabricants d'ordinateurs, les assembleurs et les utilisateurs finals ne puissent, ni juridiquement, ni techniquement, obtenir l'un sans

l'autre, de sorte à bénéficier d'un avantage inégalable en termes de distribution de navigateurs web et à inciter artificiellement les développeurs web et les concepteurs de logiciels à optimiser leurs produits d'abord pour Internet Explorer, met en œuvre une pratique potentiellement abusive. L'opérateur dominant qui effectue sur ses appareils des modifications techniques non objectivement justifiées, afin d'organiser une incompatibilité avec les capsules des fabricants concurrents, met en œuvre une pratique susceptible d'être qualifiée d'abus.

- **Les conditions commerciales discriminatoires : pratique de tarifs préférentiels ou de redevances commerciales différenciées, réduction en période de pénurie des livraisons à un client d'une manière substantielle et dans une proportion nettement plus marquée que pour les autres clients, refus de conclure des contrats de gestion avec des artistes ressortissants d'autres États membres ou encore imposition de restrictions fondées sur la nationalité ou le lieu d'établissement.** Une pratique de différenciation tarifaire entre appels «on net» et appels «off net» qui n'est objectivement justifiée, ni par des différences entre les charges de terminaison d'appel, ni par des coûts de transfert interne, constitue un abus de position dominante. La discrimination de partenaires commerciaux qui se trouvent dans un rapport de concurrence ne peut être considérée comme abusive, que si le comportement de l'entreprise en position dominante conduit, au vu des circonstances de l'espèce, à une distorsion de concurrence entre partenaires commerciaux.

- **Les stratégies d'éviction : alignement des prix, exercice d'une action en justice visant à harceler un concurrent ou à l'évincer, pratiques d'échange de produit, monopolisation de supports publicitaires, offre de rachat, octroi de paiements en vue du report du lancement d'un produit concurrent, subventions croisées, procédure de cooptation au sein d'une position dominante collective ou exercice de pressions sur les autorités publiques, dénigrement des produits d'une entreprise, conclusion d'accords de «Pay for Delay».**

- **Les clauses abusives : clauses d'exclusivité ou de non-concurrence, clause anglaise, clause léonine réservant des avantages du contrat à l'entreprise dominante et faisant peser les charges sur ses clients.**

A RETENIR

De telles clauses ne sont pas anticoncurrentielles en soi, mais uniquement dans la mesure où elles visent à lier indûment les clients ou, pour la quasi-totalité de leurs besoins, produisent un effet d'éviction ou limitent le choix du consommateur final.

- **L'exercice abusif de droits de propriété intellectuelle : refus d'octroi de licence pour un produit ou service essentiel pour l'activité considérée, fourniture aux autorités publiques de déclarations trompeuses afin d'obtenir indûment des droits exclusifs.**

- **La limitation de la production ou du développement, sauf si une partie de la demande demeure satisfaite.**

II. Régime

A RETENIR

Droit européen et droit français ne condamnent plus systématiquement les abus de position dominante mais les apprécient à la lumière d'une règle de raison. La Commission a tenté de rationaliser son appréciation en adoptant une Communication destinée à servir de document d'orientation lors de l'application de l'article 102 TFUE aux abus d'exclusion.

Dans ce document, elle indique qu'elle adoptera désormais dans ce cadre une approche entièrement économique, fondée sur les effets des comportements appréhendés avec le souci de protéger la concurrence - et donc les consommateurs -, mais non les concurrents.

La ligne de démarcation entre position dominante et abus se trouve en conséquence fortement atténuée puisque conjointement aux preuves directes de stratégie d'exclusion, des facteurs directement liés à la domination, tels que la position de l'entreprise soupçonnée de domination, des concurrents, des clients ou des fournisseurs, les barrières à l'entrée et facteurs de mobilité, l'impact de l'abus ou les indices de performance, sont pris en considération pour constater l'abus.

A RETENIR

La Commission précise qu'elle n'interviendra à l'égard des abus d'exclusion en matière de prix que si le comportement en cause est de nature à faire obstacle à la concurrence de la part d'un opérateur aussi efficace que l'entreprise dominante. Tel sera le cas si l'entreprise pratique des prix inférieurs à ses coûts (coûts variables moyens ou coûts incrémentaux moyens de long terme).

L'entreprise dominante peut justifier son comportement en prouvant qu'il est objectivement nécessaire ou qu'il entraîne des gains d'efficacité de nature à compenser ses effets restrictifs.

A RETENIR

Pour démontrer la réalité des gains d'efficacité, l'entreprise dominante devra établir avec une probabilité raisonnable et sur la base de preuves vérifiables que quatre conditions cumulatives sont remplies :

- les gains d'efficacité résultent du comportement en cause ;
- il n'existe aucun moyen alternatif moins restrictif pour les réaliser ;
- les gains d'efficacité compensent les atteintes à la concurrence et au bien-être du consommateur sur les marchés concernés ;
- le comportement n'élimine pas une concurrence effective en supprimant la totalité ou la plupart des sources existantes de concurrence actuelle ou potentielle.

Conformément à la Communication relative aux abus d'exclusion, la Cour de justice a récemment considéré que, pour justifier son comportement abusif, une entreprise en

position dominante se doit de démontrer cumulativement que les gains d'efficacité susceptibles d'en résulter neutralisent les effets préjudiciables probables sur le jeu de la concurrence et les intérêts des consommateurs sur les marchés affectés, que ces gains d'efficacité ont été ou sont susceptibles d'être réalisés grâce audit comportement, que ce dernier est indispensable à la réalisation de ceux-ci et qu'il n'élimine pas une concurrence effective en supprimant la totalité ou la plupart des sources existantes de concurrence actuelle ou potentielle.

A la différence du droit européen, et même si le texte est rarement appliqué, les abus de position dominante sont aussi susceptibles de bénéficier en droit français d'une exemption individuelle, comme les ententes. Ainsi, les pratiques émanant d'un opérateur en position dominante et qui tombent sous le coup de l'article L. 420-2 du Code de commerce sont justifiées, dès lors qu'elles résultent de l'application d'un texte législatif ou d'un texte réglementaire pris pour son application. L'exemption peut aussi être accordée lorsque la pratique abusive a pour effet d'assurer un progrès économique. Tel est le cas, selon la Cour de cassation, lorsque l'abus est la conséquence de la mise en place d'un service après-vente de qualité ou d'un réseau de franchisage spécialisé dans la présentation et la mise en valeur d'articles de luxe.

A. Incrimination

PLAN

Un certain nombre de questions juridiques ont été soulevées devant les autorités de concurrence à l'occasion de l'incrimination d'abus de position dominante :

- l'atteinte à la concurrence doit-elle être sensible ?
- la tentative d'abus peut-elle être réprimée ?
- une infraction complexe peut-elle exister ?
- un lien de causalité entre la position dominante et l'abus est-il requis ?
- un lien de connexité entre marché dominé et marché sur lequel l'abus est réalisé est-il nécessaire ?
- comment sanctionner l'abus commis par un groupe d'entreprises ?

1. Appréciation de l'atteinte à la concurrence

Si la concurrence sur le marché pertinent n'est pas susceptible d'être restreinte, l'incrimination d'abus de position dominante est, en principe, impossible. A propos de la pratique abusive consistant à «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», la Cour de justice (19 avr. 2018, MEO, aff. C-525-16, LawLex18619) a précisé que même si l'application de l'article 102 TFUE, deuxième alinéa, sous c) ne requiert pas la fixation d'un seuil de sensibilité (*de minimis*), la discrimination de prix doit être susceptible de créer un désavantage dans la concurrence en affectant les intérêts de l'opérateur qui s'est vu imposer des tarifs supérieurs à ceux de ses concurrents. La Cour de justice s'est récemment référée à la théorie de l'effet cumulatif applicable en matière d'entente lorsqu'un accord ne satisfait pas à la condition de sensibilité, pour retenir que

trois accords de report d'entrée (Pay for Delay) pris ensemble, conclus par un fabricant de médicament princeps avec ses concurrents génériqueurs, « produisent des effets cumulatifs d'accords restrictifs parallèles de nature à renforcer sa position dominante », et à rendre la stratégie contractuelle mise en oeuvre par celle-ci abusive.

Lorsqu'elle examine si une discrimination de prix produit ou est susceptible de produire un désavantage concurrentiel, l'Autorité de la concurrence ou la juridiction nationale compétente est tenue de prendre en compte toutes les circonstances du cas qui lui est soumis et, partant, d'apprécier, la position dominante de l'entreprise, le pouvoir de négociation en ce qui concerne les tarifs, les conditions et les modalités d'imposition de ceux-ci, leur durée et leur montant, ainsi que l'existence éventuelle d'une stratégie visant à évincer du marché aval l'un de ses partenaires commerciaux au moins aussi efficace que ses concurrents.

La notion de désavantage dans la concurrence vise, dans l'hypothèse où une entreprise dominante applique des prix discriminatoires à des partenaires commerciaux sur le marché aval, la situation dans laquelle ce comportement est susceptible d'avoir pour effet une distorsion de la concurrence entre ces partenaires, la constatation d'un tel désavantage ne requérant pas la preuve d'une détérioration effective et quantifiable de la position concurrentielle, mais se fondant sur une analyse de l'ensemble des circonstances qui doit permettre de conclure que ce comportement a une influence sur les coûts, sur les bénéfices, ou sur un autre intérêt pertinent d'un ou de plusieurs des partenaires de sorte qu'il est de nature à affecter leur position. Ainsi, lorsque l'incidence d'une différenciation tarifaire sur les coûts supportés par l'opérateur qui s'estime lésé, ou encore sur la rentabilité et les bénéfices de cet opérateur, n'est pas significative, il peut en être déduit que cette différenciation tarifaire n'est pas susceptible d'avoir un quelconque effet sur la position concurrentielle dudit opérateur.

L'absence de but anticoncurrentiel n'empêche pas de retenir l'abus de position dominante. **L'effet anticoncurrentiel d'une pratique doit exister, mais ne doit pas nécessairement être concret, la démonstration d'un effet anticoncurrentiel potentiel de nature à évincer les concurrents au moins aussi efficaces que l'entreprise dominante étant suffisante.** La Commission s'est ainsi fondée sur une analyse d'effets probables pour établir l'existence d'une pratique abusive de compression de marges, en constatant que le comportement de l'entreprise en cause avait probablement renforcé les barrières à l'entrée et à l'expansion sur le marché, et qu'en l'absence de distorsions résultant du ciseau tarifaire, la concurrence aurait probablement été plus vive, ce qui aurait profité aux consommateurs en termes de prix, de choix et d'innovation. Cette démonstration n'est pas nécessaire, selon le Tribunal, lorsqu'il s'agit de rabais d'exclusivité qui, par leur nature même, recèlent une capacité d'éviction et qui peuvent être qualifiés d'abusifs indépendamment d'une analyse des circonstances de l'espèce qui viserait à établir un effet potentiel. La Cour de justice, dans le cas d'un système de rabais qui ne prévoyait pas d'obligation formelle d'exclusivité mais revêtait un caractère fidélisant, a considéré qu'il suffisait qu'il produise un effet anticoncurrentiel probable, sans qu'il soit nécessaire d'en démontrer le caractère grave ou notable. Peu importe la mauvaise foi ou le comportement délibéré de l'entreprise. La démonstration d'un élément intentionnel n'est pas requise pour déterminer l'existence d'un abus. Une éventuelle intention anticoncurrentielle ne

constitue que l'une des circonstances factuelles susceptibles d'être prises en considération pour déterminer l'existence d'un abus de position dominante. Inversement, une intention d'exercer une concurrence fondée sur les mérites, à la supposer établie, ne saurait démontrer l'absence de pratiques abusives.

Les autorités françaises de concurrence ont d'abord estimé que lorsqu'il est le fait d'une entreprise en position dominante, un abus affecte nécessairement le jeu de la concurrence de façon suffisamment importante pour tomber sous le coup de l'incrimination.

Leur position a évolué depuis lors. **Tout comme la Cour d'appel de Paris, l'Autorité de la concurrence considère qu'en l'absence d'effet sensible ayant affecté le marché, des pratiques susceptibles d'entraver la concurrence au sens de l'article L. 420-2 ne sauraient être qualifiées d'abusives.** Selon la Cour de cassation, la pratique ou le comportement reproché à l'entreprise dominante doit, pour constituer un abus, causer un préjudice matériel et/ou moral et produire un effet sensible. Cependant, il suffit, pour établir l'effet sensible, de démontrer que le comportement abusif d'une entreprise dominante est de nature à ou susceptible de produire un effet anticoncurrentiel sur les marchés concernés, sans qu'il soit nécessaire d'apporter la preuve d'un effet concret.

Pour incriminer des pratiques anticoncurrentielles multiples, qui se sont déroulées concomitamment et dont il est difficile d'isoler les effets propres à chacune d'elles, constater qu'elles ont eu des effets, soit réels, soit potentiels, sur la concurrence, est suffisant. L'effet d'éviction est d'autant plus sensible lorsque, comme dans le cas des télécommunications, il est démultiplié par un effet de réseau particulier, dit «effet club» incitant les consommateurs victimes de l'abus à coordonner leur choix au sein du groupe auquel ils appartiennent (famille, entreprise, amis...) pour concentrer leurs abonnements sur le réseau de l'entreprise dominante. Ces «effets club» se produisent en matière de téléphonie mobile lorsque les tarifs de l'opérateur en position dominante en faveur des appels émis par ses clients au sein de son propre réseau (appel «on net»), par rapport aux appels hors réseau (appels «off net») incitent les consommateurs qui peuvent coordonner leur choix à concentrer leurs abonnements sur le plus grand des réseaux, tout en donnant des concurrents une image défavorable de réseaux chers. Parce qu'il renforce mécaniquement l'opérateur contrôlant un important parc de clients au détriment de concurrents disposant d'un réseau de plus petite taille ou d'entrants potentiels qui peuvent difficilement se faire une place durable sur le marché et atteindre la taille critique permettant de ne pas souffrir de l'effet de réseau, l'«effet club» emporte un effet anticoncurrentiel. Des marchés marqués par des effets de réseau importants peuvent aboutir à la création de positions fortes liées à un phénomène de concentration autour d'acteurs dominants (effet «boule de neige»). L'effet sensible a été également retenu pour les pratiques tarifaires de France Télécom sur le marché de l'ADSL, qui ont eu pour effet de dissuader les investisseurs prêts à fournir aux opérateurs alternatifs les moyens de développer leur activité ADSL, alors que leur intervention financière était absolument nécessaire, causant ainsi à l'un de ces opérateurs la perte d'une chance d'accéder au marché.

Pour autant, le constat que la concurrence s'est développée pendant la période couverte par la pratique abusive n'est pas exclusif d'un effet d'éviction, lorsqu'à défaut de cette pratique, le développement de la concurrence aurait pu être plus important. Le fait que la part de marché d'un concurrent ait augmenté ou soit restée stable ne signifie pas plus

qu'une pratique abusive soit dénuée d'effet. De même, la réaction des tiers n'exclut pas la responsabilité de l'entreprise en position dominante, dès lors qu'il est établi que son comportement est objectivement de nature à restreindre la concurrence.

L'Autorité de la concurrence recourt fréquemment à des tests économiques pour mesurer l'atteinte à la concurrence, tels que le test du concurrent aussi efficace ou plus rarement celui de l'absence de sens économique, selon lequel des pratiques sont anti-concurrentielles dès lors qu'elles n'ont aucun sens économique pour l'entreprise que celui de la réduction ou de l'élimination de la concurrence. Selon la Cour d'appel de Paris, le concurrent aussi efficace est un concurrent théorique qui se définit exclusivement par référence aux coûts de l'entreprise dominante verticalement intégrée, de sorte qu'il est, littéralement, l'entreprise verticalement intégrée placée, contrairement à sa situation réelle, dans l'obligation de supporter ses propres prix de gros, sans qu'aucune des particularités empruntées aux concurrents réels de l'entreprise dominante n'ait à être prise en compte sauf à fausser le résultat du test. Toutefois, ces tests ne peuvent, pour déterminer le caractère anticoncurrentiel des pratiques examinées, se substituer à l'analyse concrète de leur objet ou effet réel ou potentiel.

2. Tentative

La tentative est prohibée au même titre que l'acte. Lorsque plusieurs entreprises en position dominante tentent par leurs comportements d'évincer un de leurs concurrents, le fait que le but recherché ne soit pas atteint n'exclut pas la qualification d'abus de position dominante au sens de l'article 102 TFUE. Toutefois, le défaut de résultats peut dans certains cas établir l'absence d'abus. Tel est le cas lorsque les mesures destinées à neutraliser la concurrence potentielle revêtent la forme d'une incitation à entrer sur le marché en tant que membre d'une conférence maritime et non de mesures destinées à restreindre la capacité des concurrents éventuels à entrer sur le marché. En revanche, même si elle a été infructueuse dans certains pays, la stratégie d'ensemble qui tend pour une entreprise en position dominante à garder indûment les fabricants de produits génériques à l'écart du marché par le biais de l'obtention de certificats complémentaires de protection en violation du cadre réglementaire qui les a institués est abusive.

3. Infraction complexe

Les autorités européennes ont développé en droit des ententes la théorie de l'infraction complexe ou infraction unique et continue qui permet de saisir un ensemble d'éléments de fait sans avoir à qualifier ni à imputer séparément les différents comportements s'inscrivant dans le cadre d'un accord global. La notion d'infraction unique et continue s'applique à un ensemble d'actions qui s'inscrivent dans un plan d'ensemble, en raison de l'identité de leur objet, les différents comportements en cause présentant un lien de complémentarité, chacun d'entre eux étant destiné à faire face à une ou à plusieurs conséquences du jeu normal de la concurrence, et contribuant, par leur interaction, à la réalisation des objectifs visés dans le cadre de ce plan global. **Retenue une première fois en matière d'abus de position dominante dans l'affaire AstraZeneca (TUE, 1er juil. 2010, AstraZeneca, aff. T-321-05 LawLex10782), la notion d'infraction unique et continue a été consacrée dans l'affaire Intel (TUE, 12 juin 2014, Intel Corp, aff. T-321-05, LawLex10782) dans laquelle une entreprise a été condamnée pour avoir**

octroyé des rabais d'exclusivité à ses clients dans le cadre d'une stratégie d'ensemble qui visait à évincer son seul concurrent important. La preuve de l'existence d'une telle stratégie peut, selon le Tribunal, être apportée par un faisceau d'indices, tels que la continuité temporelle entre les pratiques, leur caractère comparable et leur complémentarité, ou encore la volonté de dissimuler le caractère anticoncurrentiel des relations avec ses clients par la conclusion d'accords informels. A la suite du Tribunal de l'Union, l'Autorité de la concurrence reconnaît désormais la notion d'infraction unique et continue en matière d'abus de position dominante. Elle l'a récemment appliquée à deux pratiques qui se distinguaient l'une de l'autre, non seulement par la forme - l'une consistant en une intervention juridiquement infondée auprès d'une autorité de santé et l'autre en une stratégie de dénigrement auprès de professionnels de santé -, mais aussi par le stade auquel elles intervenaient - la première, au moment de la libéralisation du marché, pour faire obstacle à la commercialisation des génériques ; la seconde, après cette libéralisation, pour retarder la pénétration des génériques sur le marché -, dans la mesure où, complémentaires, elles relevaient d'un même plan d'ensemble, dont l'objectif commun était l'éviction des génériques concurrents, ou à tout le moins la préservation d'une position de marché prédominante du princeps.

4. Lien de causalité

Pour être prohibée, il n'est pas nécessaire que l'entrave à la concurrence soit créée directement ou uniquement par le comportement abusif. **Selon les autorités européennes, dès lors qu'il y a atteinte à une structure de concurrence effective, l'abus est constitué, quels que soient les moyens employés à cet effet et indépendamment de l'existence d'un quelconque lien de causalité entre la position dominante et l'abus. L'Autorité de la concurrence requiert au contraire dans tous les cas qu'il existe un lien de causalité entre la position dominante et l'abus.** Un tel lien peut être constaté lorsqu'une entreprise tire parti du fait qu'elle contrôle plus de 50 % du marché concerné pour imposer ses agissements.

5. Marchés connexes

Un abus peut être retenu sur un marché distinct de celui sur lequel l'entreprise est en position dominante. Il doit dans cette hypothèse exister un lien de connexité étroit entre les deux marchés et une situation de prééminence sur le marché connexe.

Une entreprise en position dominante sur un premier marché détient-elle une position dominante automatique sur le marché secondaire ? Après avoir apporté une réponse positive à cette question, les autorités de concurrence semblent être revenues à une approche plus stricte, plus économique. Il ne suffit plus que le fabricant d'un produit primaire soit le seul producteur de pièces détachées pour ses produits pour le déclarer en position dominante mais il faut qu'un véritable pouvoir de marché soit caractérisé sur le marché secondaire.

Selon les autorités françaises, aucun lien de causalité ne peut normalement pas être relevé lorsqu'une pratique abusive est mise en œuvre sur un marché distinct du marché dominé. Toutefois, un abus peut être retenu sur un marché distinct de celui sur lequel l'entreprise est en position dominante, lorsqu'il existe un lien de connexité suffisant entre

les deux marchés et un rapport de causalité entre la domination de l'un et les pratiques relevées sur l'autre. La connexité entre deux marchés peut provenir d'un lien de nature verticale, mais aussi de la similitude des agents économiques, notamment des clients, ou encore de la complémentarité entre les produits. Cependant, le lien de connexité ne résulte pas nécessairement des caractéristiques des marchés en cause, mais peut aussi être la conséquence de l'action de l'entreprise dominante. Tel est le cas, lorsque l'entreprise utilise la rente dégagée sur un marché où elle détient un monopole légal pour financer les surcoûts salariaux de sa filiale sur un marché connexe, en lui permettant d'appliquer des prix inférieurs à ses coûts variables ou lorsqu'une entreprise met en œuvre une pratique abusive sur un marché qu'elle ne domine pas pour renforcer sa position dominante sur un autre marché, ou lorsque les marchés en cause présentent des liens de connexité si étroits qu'une entreprise se trouve dans une situation assimilable à la détention d'une position dominante sur l'ensemble de ces marchés. L'existence d'un lien de connexité s'apprécie au cas par cas à partir d'un faisceau d'indices tirés non seulement de la nature des marchés concernés, mais aussi de la stratégie de l'entreprise dominante qui établit un lien entre deux marchés dès lors qu'elle y intervient. Selon la Cour de cassation, une entreprise en position dominante n'est pas fondée à soutenir l'absence de lien de connexité entre le marché dominé des bases de données d'informations médicales sur lequel elle a opposé un refus de vente à la plaignante et le marché non dominé des logiciels CRM dans le secteur de la santé sur lequel cette pratique a causé à cette dernière un désavantage en termes de coûts et d'image par rapport à ses concurrents, dès lors que ce lien se déduit de l'interdépendance fonctionnelle de ces logiciels et des bases de données, les logiciels CRM ne pouvant fonctionner sans base de données.

6. Groupe d'entreprises

Lorsque l'abus met en cause un groupe d'entreprises, il suffit que celui-ci ait été mis en œuvre par l'une des sociétés du groupe et il n'est pas nécessaire qu'il soit le résultat d'une stratégie élaborée par les instances dirigeantes du groupe. **La notion de position dominante collective n'exige pas que les entreprises concernées se trouvent dans un rapport de concurrence, ni que leur abus, pour être sanctionné, soit le fait de tous les participants.**

B. Exonération

1. Mise en œuvre de la règle de raison en droit européen

A RETENIR

Les autorités de contrôle ont vite estimé que lorsqu'une entreprise dominante utilise des «procédés normaux de concurrence», ses activités ne sont pas répréhensibles. Pour apprécier l'anormalité du comportement de l'entreprise, le juge européen applique, selon une règle de raison, un contrôle de proportionnalité : l'action de l'entreprise dominante est considérée comme «anormale» dès lors qu'elle dépasse ce qui est nécessaire à la protection de ses intérêts légitimes.

En effet, la position dominante ne prive pas l'entreprise du droit de préserver ses propres intérêts commerciaux lorsque ceux-ci sont menacés, à condition que cette protection soit

fondée sur des critères d'efficacité économique et présente un intérêt pour les consommateurs. Tel est le cas des mesures visant à assurer le bon fonctionnement interne de l'entreprise ou dictées par des nécessités techniques, ou des politiques de qualité. L'entreprise en position dominante doit démontrer que son comportement est objectivement nécessaire ou que l'effet d'éviction qu'il entraîne peut être contrebalancé, voire surpassé, par des avantages en termes d'efficacité qui profitent également aux consommateurs. Des stratégies légitimes en elles-mêmes peuvent devenir abusives lorsqu'elles sont poursuivies conjointement à des pratiques dépassant la sauvegarde des intérêts commerciaux. En outre, sous peine de vider l'article 102 TFUE de sa substance, un comportement ne saurait perdre son caractère abusif au motif qu'il constitue la pratique généralement suivie dans un secteur déterminé. En particulier, le titulaire d'un droit d'auteur dont l'exercice ne constitue pas un abus de position dominante en soi outrepassé la légitime protection de ses droits lorsqu'il refuse l'accès à un produit ou à un service indispensable pour exercer une activité déterminée dès lors qu'il existe une demande potentielle des consommateurs, que ce refus est dépourvu de justification et qu'il est de nature à exclure toute concurrence sur un marché du produit ou service dérivé. Par ailleurs, la prise en considération des gains d'efficacité des pratiques concernées ne saurait dépendre des objectifs éventuellement poursuivis par leur auteur ni du point de savoir si ceux-ci sont le fruit d'une volonté délibérée ou au contraire, uniquement fortuits ou non intentionnels. Enfin, il est également tenu compte de l'importance de l'effet anticoncurrentiel. La Cour de justice adopte cette approche dans l'arrêt Intel, lorsqu'elle relève que tout effet d'éviction ne porte pas nécessairement atteinte au jeu de la concurrence, dès lors que, par définition, la concurrence par les mérites peut conduire à la disparition du marché ou à la marginalisation des concurrents moins efficaces et donc moins intéressants pour les consommateurs du point de vue notamment des prix, du choix, de la qualité ou de l'innovation.

Par conséquent, l'analyse de la capacité d'éviction de concurrents au moins aussi efficaces est pertinente pour apprécier si un système de rabais relevant en principe de l'interdiction de l'article 102 TFUE peut être objectivement justifié par des avantages en termes d'efficacité qui profitent aux consommateurs. De même, lorsqu'une partie substantielle de la demande demeure satisfaite ou qu'il existe des solutions alternatives pour le consommateur, l'abus n'est pas constitué. Au contraire, le verrouillage partiel du marché ne peut être justifié par le caractère suffisant de la partie restant à conquérir pour un nombre limité de concurrents. L'utilisation d'une «règle de raison» aboutit, finalement, à réduire la liberté d'action de l'entreprise dominante proportionnellement à l'importance de son pouvoir de domination. Plus le pouvoir de l'entreprise dominante est important relativement au marché sur lequel elle se situe, plus son autonomie de comportement est réduite.

2. Mise en œuvre de la règle de raison en droit français

A RETENIR

À l'instar des autorités européennes, l'Autorité de la concurrence procède à une appréciation générale, en considérant comme licite l'ensemble des comportements de l'entreprise dominante justifiés par des «nécessités objectives».

L'Autorité met ainsi en balance, dans le cadre d'une règle de raison, l'intérêt légitime de l'entreprise et les effets anticoncurrentiels entraînés par son comportement. Si une clause d'exclusivité n'est pas illégale en soi, elle le devient dès lors qu'elle est disproportionnée et s'étend à des marchés autres que ceux sur lesquels intervient l'entreprise dominante. À l'inverse, la mise en place d'un service après-vente de qualité peut justifier un abus de position dominante. Les décisions les plus récentes reflètent la volonté des autorités de contrôle d'accorder une plus grande place aux incidences économiques du comportement dans le cadre de cette appréciation.

EXEMPLES

Quels sont les comportements qui peuvent être justifiés au titre de la règle de raison ?

- une remise de couplage, même si elle est supérieure au montant de l'économie que le couplage a permis de réaliser ;
- un refus de livrer son produit à un opérateur qui ne le recherche qu'à la condition que son prix, fixé par les pouvoirs publics, lui permette une revente profitable sur des marchés étrangers ;
- une offre globale à une collectivité à un prix plus intéressant, si l'attribution de plusieurs lots permet à l'entreprise de réaliser des économies d'échelle ou une optimisation de sa production ;
- sur le marché de la publicité liée aux moteurs de recherche sur internet, une modification unilatérale de la politique contractuelle de l'entreprise pour interdire la publicité en faveur de «produits dont la finalité principale est de contourner les contrôles routiers» dès lors que cette interdiction répond au souci de tenir compte de la législation du pays où la publicité est diffusée ;
- une rupture des relations commerciales avec un annonceur si la rupture est justifiée par l'adoption d'une politique de contenus guidée par la protection de l'intérêt des consommateurs ;
- une politique d'intégration verticale menée par une entreprise publique, sous réserve d'une efficacité commerciale équivalente, qui lui permet de se réserver la totalité des revenus commerciaux, n'est pas non plus abusive.
- le fait pour une entreprise publique détentrice d'un monopole légal d'entrer sur un marché relevant du secteur concurrentiel à condition de maintenir une séparation étanche - juridique, matérielle, comptable, financière et commerciale - entre les activités liées au monopole et celles relatives à la diversification ;
- le fait pour la filiale d'une entreprise publique présente sur un marché libéralisé de faire référence à son appartenance en tant qu'argument technique ou commercial dès lors que la libéralisation est amorcée depuis plusieurs années, que le marché s'est développé à partir d'une technologie spécifique pour laquelle l'opérateur historique ne dispose pas de compétences particulières et que des opérateurs entrants durant la période considérée exercent une concurrence effective.

En revanche :

- le fait d'être ou de se sentir agressé par un concurrent utilisant des moyens déloyaux ne saurait justifier une quelconque rétorsion, sous forme de pratique anti-concurrentielle, de la part de l'entreprise en position dominante ;
- un fournisseur en position dominante ne saurait justifier l'imposition d'obligations d'achat exclusif à ses distributeurs par la volonté de minimiser le risque de parasitisme commercial ;
- l'entreprise ne peut pas, de sa propre initiative, prendre des mesures destinées à éliminer les produits d'un concurrent qu'elle considère comme dangereux ou d'une qualité inférieure à ses propres produits, sauf circonstances très exceptionnelles ;
- une entreprise dominante ne peut justifier son immixtion dans le processus décisionnel d'une autorité publique par l'exercice du droit fondamental d'agir en justice, dès lors qu'une telle intervention ne constitue ni une action judiciaire, ni un recours hiérarchique ou gracieux formé contre une décision administrative ;
- s'il est loisible à une entreprise d'attirer l'attention d'un syndicat sur les agissements de l'un de ses adhérents au regard des règles de conduite qu'il préconise, l'entreprise dominante, à qui il n'appartient pas de se substituer aux missions dévolues aux autorités administratives compétentes pour vérifier le respect, par sa concurrente, de son obligation d'auto-contrôle de la qualité sanitaire de ses produits, va au-delà lorsqu'elle remet gravement en cause les qualités substantielles des produits de cette dernière.

C. Cumul d'infractions**A RETENIR**

L'application des articles 101 TFUE ou L. 420-1 du Code de commerce à un accord n'entraîne pas l'inapplicabilité des articles 102 TFUE ou L. 420-2 du Code de commerce, dès lors que les conditions d'application de chaque disposition sont remplies.

Les notions d'entente et d'abus de position dominante ne sont pas exclusives l'une de l'autre, notamment lorsque l'abus se manifeste par la conclusion d'un accord. La mise en œuvre de conditions commerciales discriminatoires ou une clause d'exclusivité ou les procédés dilatoires employés par deux entreprises en position dominante afin de s'opposer à l'utilisation, par un nouveau concurrent, des infrastructures essentielles qu'elles sont les seules à détenir, sont contraires aux règles relatives aux ententes et à celles régissant les abus de position dominante. Le fait que des opérateurs soumis à une concurrence effective aient participé à une pratique autorisée au titre du droit des ententes n'implique pas que l'adoption de cette même pratique par une entreprise en position dominante ne puisse pas constituer un abus de cette position. Un même acte ou une même opération peut constituer à la fois une entente et un abus de position dominante. Le constat d'un abus de position dominante suppose une atteinte à la structure concurrentielle du marché dépassant les seuls effets propres à chacun des accords concernés et sanctionnés au titre de l'article 101 TFUE (CJUE, 30 janv. 2020, aff. C-307-18, LawLex20132). L'octroi d'une exonération au titre de la règle de raison ou d'une exemption sur le fondement

de l'article 101 TFUE, paragraphe 3, n'empêche pas non plus l'application des articles 102 TFUE ou L. 420-2 du Code de commerce. Une entente, légitime ou exemptée, peut même être considérée comme la source d'une position dominante occupée en commun.

Les opérations de concentration sont également régies par un ensemble de règles propres qui diffèrent du droit des pratiques anticoncurrentielles. Une concentration ne peut constituer, en elle-même, un abus de position dominante en application des articles 102 TFUE et de l'article L. 420-2 du Code de commerce, même dans l'hypothèse ou à défaut de franchir les seuils définis par les articles L. 430-2 du Code de commerce et 1er du règlement 139-2004, elle n'a pas été soumise à notification obligatoire devant l'Autorité ou la Commission. Toutefois, en droit interne les dispositions relatives au contrôle des concentrations ne font pas obstacle à l'application des règles relatives aux pratiques anticoncurrentielles lorsque les comportements poursuivis sont détachables de la concentration en elle-même, mais permis par elle. Ainsi, le fait pour deux opérateurs économiques de créer une entreprise commune et de lui laisser le soin de répondre à l'appel à concurrence lancé par une collectivité constitue un comportement détachable de la création de la filiale commune en elle-même.

CHAPITRE II Abus de dépendance économique

SECTION 1

Dépendance économique

I. Principe

- A. Dépendance économique du fournisseur à l'égard du distributeur
- B. Dépendance économique du distributeur à l'égard du fournisseur

II. Critères

- A. Absence de solution équivalente
- B. Importance de la relation

III. Régime

- A. Condition d'existence de relations commerciales
- B. Caractères de la dépendance
- C. Preuve de la dépendance

SECTION 2

Abus

I. Comportement abusif

II. Objet ou effet anticoncurrentiel

CHAPITRE II Abus de dépendance économique

Depuis les années 1970, on assiste, avec le développement des grandes surfaces, au renversement du rapport des forces traditionnel entre producteurs et distributeurs. Les industriels, qui se trouvent dans une situation de dépendance économique croissante par rapport à la grande distribution, devenue un canal obligé pour assurer l'accès de leurs produits au consommateur final, se plaignent des abus dont ils sont victimes de la part de certains grands distributeurs. Or, l'abus de position dominante, tel qu'il est actuellement mis en œuvre, n'est pas un instrument adéquat pour réprimer les comportements abusifs des distributeurs, dans la mesure où ceux-ci n'occupent pas, en règle générale, de position dominante sur un marché de produit déterminé.

Aussi la Commission de la concurrence a-t-elle souhaité, dans son avis du 14 mars 1985 relatif à la situation des centrales et supercentrales d'achat, que le législateur se dote «de moyens juridiques permettant, comme [dans d'autres pays européens], de contrôler les comportements d'offres ou de demandes discriminatoires émanant d'entreprises ou de groupes d'entreprises qui, sans détenir une position dominante, sont, en raison de leur poids sur le marché, des partenaires obligés soit pour leurs fournisseurs, soit pour leurs clients».

Répondant aux vœux de la Commission, l'article L. 420-2, alinéa 2, consacre la notion d'abus de dépendance économique : «Est [...] prohibée [...] 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.» Bien qu'il vise également la dépendance des distributeurs par rapport aux fournisseurs, le texte a été essentiellement imaginé pour protéger les fabricants contre les pratiques abusives des grandes surfaces, et plus particulièrement contre les déréférencements abusifs pratiqués parfois par leurs centrales d'achat.

S'inscrivant dans les relations interentreprises, l'abus de dépendance économique permet de sanctionner des entreprises qui, sans contrôler une part de marché prédominante pour un produit particulier, disposent néanmoins d'un pouvoir économique considérable, une puissance d'achat, dont elles peuvent être tentées d'abuser.

A RETENIR

L'article L. 420-2, alinéa 2, n'a connu qu'un succès très relatif. D'abord, il n'a pas répondu aux vœux de ses promoteurs. Imaginé à l'origine pour protéger les fournisseurs contre certaines pratiques abusives des grandes surfaces, il a en réalité surtout été invoqué par des distributeurs victimes de refus de vente ou de pratiques discriminatoires mis en œuvre par leurs fournisseurs. Surtout, le texte s'est révélé très peu efficace : depuis 1987, les conditions de la prohibition ont rarement été réunies. Les causes de l'échec sont multiples : rareté des plaintes déposées par les entreprises dépendantes par crainte de représailles, impossibilité de preuve de la dépendance, exigence que l'abus produise un effet restrictif sur le marché...

Pour les résoudre, le législateur a créé en 1996 des cas de dépendance ne requérant ni la preuve d'un état de dépendance économique, ni la démonstration que l'abus dénoncé

produit des effets restrictifs sur le marché dans son ensemble, et a prévu que l'action, qui relève de la compétence exclusive des juridictions judiciaires, pourra être introduite par le parquet. Il est intervenu à différentes reprises par la suite pour préciser les cas d'abus de dépendance et rendre leur sanction plus efficace. Parallèlement, il a apporté une retouche à l'article L. 420-2 en atténuant la condition d'atteinte au marché et en supprimant la référence à l'absence de solution équivalente.

SECTION 1

Dépendance économique

Bien que l'état de dépendance économique ne se constate pas sur un marché, mais dans les relations entre deux entreprises, il est nécessaire pour évaluer la dépendance économique et vérifier si, comme le requiert le texte, le fonctionnement ou la structure de la concurrence sont affectés, de déterminer le marché pertinent. La notoriété de la marque peut constituer un des critères de la définition du marché de produit concerné. Néanmoins, elle doit alors être suffisamment importante pour rendre le produit insubstituable. Tel n'est pas le cas d'un jeu dont le succès peut n'être qu'éphémère, le marché étant particulièrement versatile.

I. Principe

PLAN

En pratique, deux situations doivent être distinguées :

- la dépendance économique du fournisseur à l'égard du distributeur ;
- la dépendance économique du distributeur à l'égard du fournisseur.

A. Dépendance économique du fournisseur à l'égard du distributeur

Pour apprécier la dépendance d'un fournisseur à l'égard d'un distributeur, les autorités de la concurrence tiennent compte, notamment, de l'importance de la part du chiffre d'affaires réalisée par ce fournisseur avec le distributeur, de l'importance du distributeur dans la commercialisation des produits concernés, des facteurs ayant conduit à la concentration des ventes du fournisseur auprès du distributeur (choix stratégiques ou nécessité technique), de l'existence et de la diversité éventuelle de solutions alternatives pour le fournisseur. La dépendance du fournisseur se mesure donc avant tout par référence à la position de force relative du distributeur à son égard. Cette dernière est appréciée, non à partir de la part de marché contrôlée par le distributeur, mais compte tenu de l'importance quantitative (part du chiffre d'affaires réalisée avec lui) et qualitative (rôle dans la commercialisation) du distributeur pour le fournisseur dont la dépendance est alléguée.

La situation de l'offreur n'est théoriquement envisagée qu'à titre subsidiaire, lorsque les raisons de la concentration des ventes et l'existence de solutions alternatives ne peuvent être directement établies. Pour apprécier la situation du fournisseur, les autorités de contrôle tiennent compte, notamment, de la faiblesse de ses ressources financières, de la faiblesse des marges des offreurs sur les marchés sur lesquels ils opèrent, de l'absence de

notoriété de la marque du fournisseur, de la durée et de l'importance de la pratique de la politique de partenariat qu'il a éventuellement menée avec le distributeur, de l'importance et de la surcapacité d'offre sur le marché de ses produits, et des contraintes de transport de ses produits. La pratique du contrôle démontre que ces indices subsidiaires sont en réalité les critères essentiels. **Dans la plupart des cas, alors même que la part de chiffre d'affaires réalisée par les fournisseurs avec les distributeurs dont ils se prétendaient dépendants s'élevait à 15 % ou variait entre 22 et 67,5 %, les arguments des fournisseurs ont été rejetés au motif qu'ils avaient adopté des comportements établissant leur autonomie, que leurs marques étaient notoires, que les marges du secteur dans lequel ils intervenaient étaient importantes, ou que l'offre était déjà très concentrée.**

Le faisceau de critères élaboré pour apprécier la dépendance des fournisseurs de la grande distribution a été transposé aux fournisseurs de services. L'Autorité de la concurrence considère que la dépendance économique d'un support par rapport à une centrale d'achat d'espaces publicitaires est établie dès lors que la puissance d'achat de la centrale lui permet d'imposer ses conditions financières et que la répartition du marché organisée par les deux principaux opérateurs le prive de toute solution alternative. De même, un fournisseur de services qui ne peut disposer d'installations et d'équipements substituables à l'infrastructure essentielle sur laquelle un concurrent détient un monopole d'exploitation, se trouve nécessairement en situation de dépendance économique vis-à-vis de ce dernier.

B. Dépendance économique du distributeur à l'égard du fournisseur

Les autorités de la concurrence considèrent que la dépendance économique d'un distributeur par rapport à un fournisseur doit s'apprécier compte tenu, notamment, de l'importance de la part du fournisseur dans le chiffre d'affaires du revendeur, de la notoriété de la marque du fournisseur, de l'importance de la part de marché du fournisseur, de l'impossibilité pour le distributeur d'obtenir d'autres fournisseurs des produits équivalents. Le dernier critère jurisprudentiel tend à vérifier que l'entreprise dépendante ne dispose pas de solution objectivement équivalente ou, en d'autres termes, que l'entreprise dominante est pour elle un partenaire obligatoire. En réalité, il est difficile de constater des situations de dépendance dans le secteur de la distribution, du fait que le distributeur ne supporte pas, lors du changement de fournisseur, de coûts fixes trop importants eu égard à sa capacité de financement et que ce changement peut généralement s'opérer dans des délais assez brefs. En outre, l'importance du chiffre d'affaires réalisé avec le fournisseur peut résulter d'un choix de stratégie commerciale qui exclut la dépendance économique et, souvent, le distributeur peut passer d'un réseau à un autre. Un distributeur ne peut pas se plaindre d'être en état de dépendance économique à l'égard de son fournisseur exclusif, dès lors qu'il lui était loisible de trouver d'autres sources d'approvisionnement et qu'il n'a eu aucune difficulté à se reconverter. Enfin, lorsque le distributeur se fournit par l'intermédiaire d'une centrale d'achat, l'appréciation de la relation de dépendance doit tenir compte de la double qualité du distributeur. À la fois adhérent et client de la centrale, la dépendance ne pourra être établie que si prédomine le rapport de distribution.

II. Critères

PLAN

L'état de dépendance, au sens de l'article L. 420-2, alinéa 2, du Code de commerce, s'induit essentiellement à partir de deux critères, qui doivent être présents simultanément :

- l'inexistence de solutions équivalentes ;
- l'importance de la relation pour la partie dépendante.

A. Absence de solution équivalente

Le critère essentiel de la dépendance réside dans l'absence de solution équivalente. À la vérité, ce critère paraît absorber tous les autres. Pour lui faire produire un effet propre, il convient de l'interpréter comme imposant à l'autorité de contrôle de vérifier dans quel délai et à quel coût le distributeur est susceptible de bénéficier d'un approvisionnement alternatif. La dépendance économique ne peut résulter du fait qu'un distributeur réalise tout son chiffre d'affaires avec un seul fournisseur dès lors qu'il ne démontre pas qu'il a été dans l'impossibilité de changer de réseau d'approvisionnement. Le juge considère qu'un distributeur dispose d'une solution équivalente même si le recours à un circuit alternatif peut lui occasionner des difficultés passagères ou entraîner un léger manque à gagner. La solution équivalente n'est donc pas nécessairement une solution identique. Il peut même s'agir d'une solution moins avantageuse. Les autorités de la concurrence n'ont pas clairement défini le seuil à partir duquel l'absence d'équivalence peut être constatée. Faut-il que l'entreprise dépendante démontre que l'approvisionnement en cause est indispensable à la poursuite de son activité, ou suffit-il qu'elle établisse un risque de préjudice sérieux ?

La dépendance est établie lorsque la répartition du marché organisée par les principaux opérateurs prive un support publicitaire de toute solution alternative, lorsqu'un opérateur ne peut disposer d'installations ou d'équipements substituables à l'infrastructure essentielle détenue par un concurrent en situation de monopole, lorsque la dénonciation du contrat de franchise implique automatiquement celle du contrat de location-gérance, lorsque des exploitants de salles de cinéma se trouvent dans l'impossibilité d'obtenir d'autres distributeurs de films des produits équivalents, ou encore lorsque l'impossibilité pour les transporteurs de recourir à d'autres prestataires pour la desserte de la Corse s'infère de la décision de la Commission constatant que les aides d'État octroyées à l'entreprise concernée se justifiaient par l'exécution de son obligation de service public qui palliait une véritable carence du marché. En revanche, la société qui, malgré la cessation de ses relations commerciales avec la société mise en cause, a poursuivi son activité lui procurant un chiffre d'affaires non négligeable avec d'autres partenaires et a pu développer et diversifier sa clientèle, y compris pendant le délai du préavis contractuel, n'établit pas son état de dépendance économique.

Selon la Cour de cassation, la solution de substitution pour le distributeur se définit comme celle répondant à ses demandes d'approvisionnement dans des conditions techniques et économiques comparables. Toutefois, la Cour d'appel de Paris a admis que l'équivalence est satisfaite lorsque l'approvisionnement demeure possible, même à des conditions moins favorables. Pour le fournisseur, la solution alternative consiste à trouver rapidement de nou-

veaux clients d'importance équivalente. Dans tous les cas, la solution est équivalente lorsqu'elle peut être trouvée dans des délais acceptables, emprunte des circuits économiques comparables et n'entraîne pas de coûts prohibitifs.

B. Importance de la relation

La notoriété des produits constitue un facteur de caractérisation de la situation de dépendance du distributeur vis-à-vis du fournisseur. En revanche, elle n'est pas un critère déterminant de la dépendance du fournisseur. Ainsi, le Conseil de la concurrence a refusé d'admettre la dépendance à l'égard d'une centrale d'achats d'entreprises régionales qui arguaient de la faible notoriété de leurs produits. De même, l'importance des parts de marché détenues par un fournisseur liée à la notoriété de sa marque exclut sa dépendance vis-à-vis d'une grande enseigne de la distribution alors en outre que sa puissance financière lui a permis de suspendre ses livraisons pendant de longues périodes. La notoriété des produits du fournisseur est toutefois un facteur insuffisant, en l'absence d'autres justifications, pour caractériser la dépendance économique du distributeur. Celle-ci est également exclue lorsqu'il existe sur le marché plusieurs marques de notoriété équivalente, substituables entre elles.

L'importance du chiffre d'affaires réalisé avec le partenaire peut être un critère déterminant de la dépendance à moins qu'il ne s'explique par une politique commerciale délibérée de la part de l'entreprise dépendante. Par ailleurs, l'existence de solutions équivalentes exclut la dépendance même lorsque la part du chiffre d'affaires s'élève à 50 %. Enfin, le producteur, qui contrôle d'importantes parts de marché, n'est pas dépendant d'une grande enseigne de la distribution. Il en va de même d'un distributeur à l'égard d'un fournisseur dont les parts de marché sont voisines, voire inférieures à celles de ses concurrents.

La stipulation d'une clause d'exclusivité dans les rapports entre un fournisseur et son distributeur ou un entrepreneur et son sous-traitant est susceptible de placer son débiteur dans une situation de dépendance, car elle l'empêche en principe de diversifier ses sources d'approvisionnement ou ses activités. La situation de dépendance ne se déduit toutefois pas automatiquement de la clause d'exclusivité. Lorsqu'elle ne concerne qu'un type d'activité, l'exclusivité n'exclut pas toute faculté de diversification.

III. Régime

PLAN

La pratique décisionnelle et la jurisprudence ont précisé le régime juridique de l'incrimination sous trois aspects :

- la condition d'existence de relations commerciales ;
- les caractères de la dépendance ;
- la preuve de la dépendance.

A. Condition d'existence de relations commerciales

La caractérisation d'un état de dépendance économique présuppose en principe, selon la Cour d'appel de Paris, l'existence d'une relation commerciale. Ce faisant, la cour réduit sensiblement le champ d'application de l'article L. 420-2, alinéa 2, du Code de commerce. Cette analyse conduisant à exclure du champ d'application de la disposition les refus d'accès à une installation essentielle dans lesquels aucun contrat n'est par définition conclu, la cour a, pour couvrir cette hypothèse, précisé que la dépendance économique était établie par le refus de contracter mettant en cause la poursuite de l'activité du demandeur. Si l'absence de relations commerciales exclut la dépendance économique, a fortiori le défaut d'activité économique sur un marché empêche-t-il de la constater. Ainsi en est-il des décisions d'entente préalable de prise en charge et d'agrément de matériels prises par les caisses primaires d'assurance maladie, qui sont de nature administrative et non commerciale. Cependant, la jurisprudence a déjà eu l'occasion de l'étendre à d'autres types de relations. Au demeurant, la Cour de Versailles admet que les rapports entre la coopérative et l'associé constituent au moins partiellement des relations de distribution.

B. Caractères de la dépendance

La dépendance doit être objective. Le distributeur qui se plaint d'un état de dépendance doit établir que celui-ci résulte de facteurs qui lui sont extérieurs tels que les caractéristiques techniques du produit, sa notoriété ou sa position sur le marché. Le chiffre d'affaires réalisé par le distributeur avec un produit ne doit pas résulter d'un choix de stratégie commerciale, le distributeur concentrant délibérément ses achats auprès du même fournisseur plutôt que de chercher d'autres sources d'approvisionnement.

La dépendance ne peut pas être collective. Les situations de dépendance économique s'inscrivent dans le cadre de relations bilatérales entre deux entreprises et doivent être évaluées au cas par cas et non pas globalement pour toute une profession ou entre l'ensemble des distributeurs et l'ensemble des fournisseurs. Ainsi, un distributeur ne peut invoquer aucune dépendance collective vis-à-vis de trois fournisseurs sans établir de coordination entre les comportements de ces derniers à son égard.

C. Preuve de la dépendance

La dépendance économique s'apprécie en tenant compte de l'importance du partenaire dans le chiffre d'affaires ou encore de la part des livraisons réalisée avec lui, de la notoriété de sa marque, de l'importance de sa part de marché et de l'impossibilité de trouver un débouché ou un approvisionnement à des conditions identiques. Les critères permettant de déterminer l'existence d'une solution de substitution doivent être appuyés d'éléments chiffrés relatifs au niveau des marges ou à l'importance des excédents de capacité dans les différents secteurs d'activité concernés. Si l'absence d'éléments chiffrés n'empêche pas de caractériser la situation du fournisseur, **il est toutefois indispensable que les indices retenus soient convergents pour qu'il soit possible de caractériser un état de dépendance économique.** Il n'est cependant pas nécessaire, pour établir une présomption de dépendance, que tous les critères pouvant être pris en considération aillent dans le même sens. Il suffit qu'un nombre suffisant d'entre eux soit réuni.

La charge de la preuve de l'état de dépendance économique pèse sur celui qui l'invoque.

SECTION 2**Abus**

Les pratiques d'une entreprise à l'égard d'une entreprise dépendante ne sont prohibées que si «d'une part, elles restreignent le jeu de la concurrence sur un marché et si, d'autre part, elles sont abusives, c'est-à-dire, notamment, reflètent un comportement que l'entreprise n'aurait pas pu avoir si elle ne disposait pas d'une situation de domination de l'entreprise qui est dans sa dépendance».

PLAN

Pour qu'un abus de dépendance économique existe, il faut que deux éléments constitutifs soient réunis :

- un comportement abusif ;
- un objet ou un effet anticoncurrentiel.

I. Comportement abusif**A RETENIR**

Seuls les comportements anormaux du point de vue concurrentiel sont susceptibles de tomber sous le coup de l'article L. 420-2, alinéa 2.

L'énumération non limitative de comportements prohibés figurant au dernier alinéa de l'article L. 420-2 comprend le refus de vente, les ventes liées ou pratiques discriminatoires. En pratique, l'abus revêt des formes différentes selon que l'entreprise dépendante est un distributeur ou un fournisseur. Dans le premier cas, ce sont généralement des refus de vente ou de livraison, des pratiques discriminatoires, ou des ruptures de contrat, qui sont allégués. Dans le second, l'entreprise dépendante fait souvent valoir qu'elle est victime d'une discrimination, d'un déréférencement ou d'une menace de déréférencement. Ainsi, le fait pour un distributeur, à l'occasion d'une concentration lui conférant une plus grande puissance d'achat, de renégocier à la baisse et sans contrepartie des avantages consentis par ses fournisseurs (pratique dite de la corbeille de la mariée) est susceptible de réaliser l'exploitation abusive d'un état de dépendance économique. De même, le fait pour une centrale d'achat d'imposer une clause du client le plus favorisé à des entreprises sous sa dépendance est constitutif d'abus : elle limite la concurrence entre les centrales, sa bénéficiaire étant assurée d'obtenir les meilleures conditions commerciales, et empêche la baisse des prix. Le refus d'accès à une infrastructure essentielle constitue également un abus de dépendance économique lorsque l'exploitant monopolistique fixe un prix injustifié ou discriminatoire à cette facilité alors que son accès est indispensable à ses concurrents potentiels.

Dans le cadre des réseaux de distribution, les distributeurs se plaignent parfois de comportements spécifiques. Les autorités de concurrence considèrent que la réorganisation du réseau ne constitue pas en soi un abus de dépendance économique. C'est uniquement si cette réorganisation s'accompagne de pratiques discriminatoires qu'elle pourrait entrer dans le champ d'application de l'article L. 420-2, alinéa 2, du Code de commerce. Il

a également été prétendu que la modification unilatérale des conditions contractuelles pourrait caractériser une exploitation abusive de l'état de dépendance économique lorsque le distributeur ne dispose pas d'une solution équivalente pour son approvisionnement du fait de la politique commerciale du fournisseur et de la nécessité de détenir un stock suffisant pour répondre aux besoins de la clientèle. Pour être répréhensible, la modification des conditions contractuelles doit avoir un objet ou un effet anticoncurrentiel. Tel n'est pas le cas lorsqu'elle est la conséquence inéluctable de l'ouverture du marché imposée par une directive européenne. Enfin, l'immixtion du fournisseur dans la gestion du distributeur traduit un abus de dépendance économique si et seulement si ce dernier ne dispose pas de solution alternative.

II. Objet ou effet anticoncurrentiel

Le renvoi de l'article L. 420-2, dans sa rédaction antérieure à la loi du 15 mai 2001, aux règles relatives aux ententes (l'abus de dépendance économique est prohibé «dans les mêmes conditions» que l'article L. 420-1, c'est-à-dire lorsqu'il a pour objet ou pour effet de restreindre la concurrence sur un marché) subordonnait la prohibition à la constatation d'un effet anticoncurrentiel actuel ou potentiel. L'abus de dépendance économique s'inscrivant dans les relations interentreprises, il portait par définition atteinte à une entreprise particulière, qui de surcroît n'était pas nécessairement très importante. La constatation d'un effet sur le marché en général s'avérait très difficile. Tout préjudice subi par l'entreprise dépendante n'était pas susceptible de le constituer. Fallait-il attendre que celle-ci soit éliminée du marché pour qu'un abus puisse être constaté ? Les autorités de contrôle paraissaient pencher en ce sens, mais une telle interprétation conduisait à vider l'incrimination de son contenu.

Or, une autre voie pouvait être empruntée. La référence au marché qui figurait à l'article L. 420-2, 2^o n'avait pas la signification qu'elle revêt habituellement en droit de la concurrence. Il ne s'agissait pas d'empêcher l'exercice par une entreprise de son pouvoir de monopole, mais de restreindre le champ d'application d'une règle protectrice aux contours mal définis. La fonction de la règle aurait dû dicter son interprétation. Puisque le bon fonctionnement du marché en général n'était pas en cause, le renvoi à l'article L. 420-1 aurait dû être interprété comme une condition de substantialité : seuls les abus de dépendance produisant des effets sensibles, c'est-à-dire émanant d'entreprises suffisamment importantes, auraient dû relever de la prohibition.

A RETENIR

C'est semble-t-il la solution retenue par le législateur en 2001 : le renvoi de l'article L. 420-2, alinéa 2, à l'article L. 420-1 et, par là même, la référence au marché qui n'a pas véritablement sa place au sein des règles relatives à la dépendance, a été supprimé. Désormais, l'exploitation abusive de l'état de dépendance économique est prohibée dès lors qu'elle est «susceptible d'affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence». Il ne semble pas que la modification du texte ait entraîné une évolution de la jurisprudence.

CHAPITRE III Pratique de prix abusivement bas

I. Champ d'application

II. Abus

- A. Comportement abusif
- B. Objet ou effet anticoncurrentiel

CHAPITRE III Pratique de prix abusivement bas

A RETENIR

La loi du 1er juillet 1996 a créé une incrimination nouvelle : l'interdiction des offres ou pratiques de prix abusivement bas (art. L. 420-5 C. com.). La disposition est destinée à compléter l'arsenal législatif, puisqu'elle concerne notamment des hypothèses dans lesquelles ni la prohibition de la revente à perte, ni la théorie des prix prédateurs ne sont applicables.

Les conditions de mise en œuvre s'inspirent du modèle de la responsabilité civile : une faute (offre ou pratique de prix abusivement bas), un préjudice (élimination du marché ou barrière à l'entrée, actuelle ou potentielle) et un lien de causalité (objet ou effet) entre la faute et le préjudice sont nécessaires.

Enfin, les pratiques de prix abusivement bas ne sont pas susceptibles d'exonération puisque l'article L. 420-4 du Code de commerce réserve la possibilité d'octroi d'une exemption aux ententes et abus de position dominante ou de dépendance économique.

I. Champ d'application

A RETENIR

L'article L. 420-5 se situe à la marge du droit de la domination puisqu'il n'exige pas à proprement parler que l'entreprise qui commet l'abus occupe une position dominante sur le marché ou que sa victime se trouve en situation de dépendance.

Toutefois, sont seules susceptibles de relever de l'article L. 420-5, les pratiques émanant d'entreprises ayant le pouvoir d'éliminer d'autres entreprises du marché dans la mesure où elles disposent de moyens d'action supplémentaires tenant à leurs capacités financières, leur force commerciale ou leur structure d'activité. La prohibition des prix abusivement bas est strictement encadrée dans son champ d'application.

Dans sa lettre, l'article L. 420-5 vise les «prix de vente aux consommateurs». Une interprétation littérale conduirait donc à ne l'appliquer qu'aux contrats de vente, qui, juridiquement, ne peuvent porter que sur des produits, ce qui exclurait les prestations de services. Mais l'avis rendu par le Conseil de la concurrence le 2 mai 1996 sur saisine de la Commission de la production et des échanges se réfère «aux produits ou services visés par l'interdiction des prix abusivement bas». Fondée sur une conception économique de la vente, l'interprétation de l'autorité de concurrence semble plus conforme à l'esprit du droit de la concurrence.

La notion de vente aux consommateurs n'est pas définie. Faut-il recourir à la définition du droit de la consommation, ou faire prévaloir un concept autonome ? On sait que, traditionnellement, le droit français de la consommation oppose au professionnel le consommateur et le professionnel qui contracte en dehors du cadre de son activité professionnelle. La disposition pourrait-elle, dans ces conditions, s'appliquer à certains professionnels ? Une réponse négative semble s'imposer, en particulier parce que l'intention du législateur est de lutter contre certaines pratiques de la grande distribution au détri-

ment du petit commerce, qui ne se manifestent que lors de la vente à un consommateur final. La jurisprudence paraît aller dans ce sens. Ainsi, la Cour d'appel de Paris définit le consommateur comme la personne physique ou morale qui, sans expérience particulière dans le domaine où elle contracte, agit pour la satisfaction de ses besoins personnels et utilise dans ce seul but le produit ou service acquis : l'opérateur qui dispose de capacités et de compétences spécifiques dans le domaine concerné par la demande ou dont les clients sont des utilisateurs professionnels n'est pas un consommateur. Un syndicat intercommunal n'est donc pas un consommateur lorsqu'il intervient pour subdéléguer une mission de service public et agit pour satisfaire, non ses propres besoins, mais ceux des habitants des communes. En revanche, le Conseil a considéré que la commune acquiert la qualité de consommateur dès lors qu'elle agit pour la satisfaction de ses besoins propres et est dépourvue d'expérience particulière dans le domaine où elle contracte.

Le texte exclut les reventes en l'état, sauf en ce qui concerne les «enregistrements sonores reproduits sur supports matériels». La disposition concerne donc à la fois les ventes directes des producteurs aux consommateurs et les ventes des produits transformés par les revendeurs à des consommateurs. La notion de produit transformé donne lieu à de nombreuses discussions. S'il est peu contestable que la découpe ou le tranchage d'un produit alimentaire constitue une transformation, il n'est pas sûr que la décongélation ou le reconditionnement en représente une. Alors que la vente d'un produit dans son emballage d'origine caractérise indéniablement une vente en l'état, le montage des éléments du produit ainsi que la fourniture de consommables peuvent constituer une transformation.

Il n'est pas nécessaire d'établir que l'entreprise qui pratique des prix abusivement bas détient une position dominante sur le marché en cause.

II. Abus

PLAN

Pour qu'une pratique de prix abusivement bas existe, il faut que deux éléments constitutifs soient réunis :

- un comportement abusif ;
- un objet ou un effet anticoncurrentiel.

A. Comportement abusif

A RETENIR

Selon l'Autorité de la concurrence, la notion de prix abusivement bas doit s'interpréter «dans la droite ligne de la jurisprudence communautaire et nationale sur les prix de prédation».

Un prix de prédation est un prix inférieur à la moyenne des coûts variables ou à la moyenne des coûts totaux lorsque l'intention de prédation est démontrée. La volonté d'éviction ne peut être déduite des seuls alignements de prix sur ceux d'un concurrent pratiquant des tarifs de base inférieurs. La pratique d'un prix coûtant ne présume pas de l'effet d'éviction, qui doit être étayé par des éléments suffisamment probants.

La charge de la preuve du caractère abusivement bas des prix pratiqués par un concurrent pèse sur l'entreprise qui s'en prétend victime. La partie saisissante doit en effet «fournir des éléments tenant par exemple à ses coûts d'achat, aux coûts de production des produits en cause, à sa situation financière, au lien entre sa situation et la pratique dénoncée, ainsi que des éléments susceptibles de démontrer la volonté d'un concurrent de l'éliminer». Comme l'a souligné le Conseil de la concurrence, la communication de publicités de prix est manifestement insuffisante pour établir que les éléments de l'infraction sont réunis.

B. Objet ou effet anticoncurrentiel

A RETENIR

La vente à prix abusivement bas doit, pour être sanctionnée, avoir un objet ou un effet anticoncurrentiel. Selon l'autorité de concurrence, «seule est susceptible de revêtir un caractère abusif une pratique de prix bas qui présente un caractère suffisamment permanent et étendu, de telle sorte que l'on puisse en déduire qu'elle fait partie d'une stratégie de détournement de la clientèle d'un concurrent et d'éviction de celui-ci».

L'étendue de la pratique est appréciée en fonction de l'importance des différences de prix, du poids des produits concernés dans l'activité respective des entreprises et éventuellement de l'effet cumulatif pouvant résulter de la mise en œuvre d'une même politique commerciale par différentes entreprises. Ne satisfont pas à ces conditions une opération promotionnelle limitée dans le temps (six jours) et ne portant que sur une quantité restreinte de produits (31 appareils) ou de simples publicités de prix et des courriers faisant état d'une baisse d'activité. L'éviction n'est pas davantage établie lorsque, pendant la période de référence, l'entreprise saisissante a connu une évolution plus favorable que celle de son concurrent et que les ventes du produit en cause, qui ne représentent pas une part prépondérante de son activité, n'ont pas connu de baisse sensible susceptible de compromettre son maintien sur le marché.

TITRE IV**Incidence des droits de propriété intellectuelle**

Les droits de propriété intellectuelle, qui confèrent des monopoles d'exploitation à leurs titulaires, peuvent être perçus du point de vue du droit de la concurrence et des règles relatives à la liberté de circulation comme des exceptions à son application ou au moins des facteurs de perturbation de la décision.

PLAN

Nous examinerons successivement :

les principes gouvernant la conciliation des droits de propriété intellectuelle avec les autres corps de règles :

les applications de ces principes.

CHAPITRE I Principes

SECTION 1

Distinction existence/exercice des droits de propriété intellectuelle

SECTION 2

Objet spécifique des droits de propriété intellectuelle

SECTION 3

Fonction essentielle des droits de propriété intellectuelle

CHAPITRE I Principes

A RETENIR

Le monopole d'exploitation conféré au titulaire d'un droit de propriété intellectuelle, par des règles nationales, sur une base territoriale, heurte directement les principes de libre concurrence et de libre circulation des marchandises établis par le Traité, qui entendent simultanément lutter contre tout pouvoir de monopole et promouvoir un marché intégré.

Initialement, le Traité de Rome, appliqué littéralement, ne fournissait aux autorités européennes comme fondement de leur compétence concernant l'examen de la compatibilité des droits nationaux de propriété intellectuelle avec les règles européennes que les articles [101] et [102].

Dès l'arrêt *Sirena* (CJCE, 18 février 1971, aff. 40-70, LawLex02396), la Cour montre que l'emprise du droit européen à l'égard des droits de propriété intellectuelle, qu'elle soit fondée sur le principe de libre circulation ou sur les articles 101 et 102 TFUE, ressortit de la même inspiration : «L'article 36, tout en relevant du chapitre concernant les restrictions quantitatives aux échanges entre États membres, s'inspire d'un principe susceptible de trouver aussi application en matière de concurrence en ce sens que, si les droits reconnus par la législation d'un État membre en matière de propriété industrielle et commerciale ne sont pas affectés dans leur existence par les articles 85 et 86 du Traité [aujourd'hui 101 et 102 TFUE], leur exercice peut cependant relever des interdictions édictées par ces dispositions».

Puis, dans l'arrêt *Deutsche Grammophon* (CJCE, 8 juin 1971, aff. 78-70, LawLex02394), la Cour retient que, pour le cas où l'exercice d'un droit de propriété intellectuelle échapperait aux éléments, contractuels ou de concertation, envisagés par l'article 101 TFUE, il y a lieu d'examiner sa compatibilité avec d'autres dispositions du Traité, relatives notamment à la libre circulation des marchandises.

Les articles 101 et 102 TFUE ne représentent donc pas les fondements exclusifs de la compétence européenne en la matière : les règles européennes de libre circulation des marchandises s'appliquent subsidiairement dès lors qu'elles poursuivent, comme les règles de concurrence, le même objectif de fusion des marchés nationaux dans un marché unique. Ainsi, le titulaire d'une marque dans tous les États membres peut s'opposer à la vente de produits revêtus de la même marque, originaires d'un État tiers, sans affecter la libre circulation des marchandises au sens de l'article 36 TFUE, pour autant que l'exercice du droit de marque n'apparaisse pas comme le fait d'une entente ou de pratiques concertées ayant pour objet ou pour effet de cloisonner le marché intérieur. De même, dès lors que l'exercice du droit de marque est légitime au regard de l'article 36 TFUE, cet exercice n'est pas contraire à l'article 102 TFUE pour le seul motif qu'il est le fait d'une entreprise en position dominante.

A RETENIR

Apparue dans le cadre de l'application des règles de concurrence, la distinction existence/exercice s'est vite révélée insuffisante pour concilier propriété intellectuelle et liberté de circulation. Dans le cadre du droit de la concurrence, l'exercice du droit est illégal dès lors qu'il est anticoncurrentiel : les notions d'entente et d'abus de position dominante suffisent à fixer les limites du contrôle. En revanche, la propriété intellectuelle conférant par nature des droits exclusifs, les autorités européennes ont été conduites à introduire des critères supplémentaires pour distinguer entre comportement licite et illicite.

Tel est le rôle des notions d'objet spécifique et de fonction essentielle du droit de propriété intellectuelle. D'abord destinées à concilier droits exclusifs et principe de libre circulation, ces notions ont aussi été utilisées par la suite dans le domaine du droit de la concurrence. Dès lors que l'abus de position dominante n'était plus condamné *per se*, mais seulement en cas de comportement disproportionné, elles pouvaient en effet ici aussi servir de principe de conciliation.

PLAN

Nous examinerons successivement ;

- la distinction existence/exercice des droits de propriété intellectuelle ;
- leur objet spécifique ;
- leur fonction essentielle.

SECTION 1**Distinction existence/exercice des droits de propriété intellectuelle****A RETENIR**

Le droit européen ne peut remettre en cause, aux termes de l'article 345 TFUE, l'existence d'un droit de propriété, et plus particulièrement de propriété intellectuelle, régulièrement acquis en vertu de règles nationales. En l'absence d'acte de volonté anticoncurrentiel, l'existence d'un tel droit ne saurait caractériser une infraction per se aux articles 101 et 102 TFUE, malgré la restriction de concurrence qu'entraîne tout droit exclusif.

Il constitue même, selon la Cour, un «élément essentiel du système de concurrence non faussée que le Traité doit établir et maintenir». Ainsi, la seule existence d'un brevet ne permet pas de constater une infraction à l'article 102 TFUE, en l'absence d'exercice abusif de ce droit. Le titulaire d'une licence peut légitimement se fonder sur l'existence d'un droit d'obtention végétale pour refuser de confier à des tiers des semences de base. Le titulaire de droits d'auteur ne viole pas plus l'article 101 TFUE lorsqu'il concède un droit exclusif de représentation d'un film pour une période déterminée sur le territoire d'un État membre. Enfin, le droit de marque, en tant que statut légal, échappe à l'article 101, TFUE, paragraphe 1.

A RETENIR

En revanche, l'exercice d'un droit de propriété intellectuelle entraîne une violation des règles de concurrence lorsque, dépassant les droits légitimes de son titulaire, il s'accompagne d'un comportement ou s'inscrit dans un schéma anticoncurrentiel.

Tel est le cas lorsque, combiné avec un accord reconnaissant au licencié la qualité de distributeur exclusif, l'exercice d'un droit de propriété intellectuelle assure à ce dernier une protection territoriale absolue. De même, l'exercice du droit sur la marque peut tomber sous le coup de la prohibition si les effets de la concertation dépassent ceux attachés au droit de marque. Enfin, des accords amiables conclus en matière de brevets, qui ne sont pas affectés dans leur existence par l'article 101, paragraphe 1, TFUE, peuvent néanmoins relever de l'interdiction édictée par ce texte lorsque les conditions de leur exercice ont pour objet de retarder l'entrée sur le marché de produits concurrents de ceux brevetés.

SECTION 2**Objet spécifique des droits de propriété intellectuelle****A RETENIR**

La théorie opérationnelle qui permet de concilier liberté de circulation et propriété intellectuelle est celle de l'épuisement des droits. Elle signifie que le droit exclusif conféré au détenteur de la propriété intellectuelle s'épuise pour les produits visés après leur première mise en circulation sur le marché intérieur :

«Le titulaire d'un droit de propriété industrielle et commerciale protégé par la législation d'un État membre ne saurait invoquer cette législation pour s'opposer à l'importation ou la commercialisation d'un produit qui a été écoulé licitement, sur le marché d'un État membre, par le titulaire du droit lui-même, avec son consentement ou par une personne unie à lui par des liens de dépendance juridique ou économique» (CJCE, 14 septembre 1982, *Keurkoop*, aff. 144-81, *LawLex033150*). Dans ce cadre, l'exercice des droits de propriété intellectuelle ne doit pas entraver le libre jeu de la concurrence au-delà de ce qu'exige la sauvegarde des droits qui constituent l'objet spécifique d'une telle protection. L'objet spécifique dépend de la nature du droit protégé. Ainsi, l'objet spécifique du droit de brevet consiste dans le droit exclusif d'utiliser une invention en vue de la fabrication et de la première mise en circulation de produits industriels sur le territoire européen, soit directement, soit par l'octroi de licences à des tiers, ainsi que le droit de s'opposer à toute contrefaçon. En revanche, ce droit ne peut avoir pour objet de garantir une protection de son détenteur contre les actions en contestation de sa validité, car il est d'intérêt public d'éliminer tout obstacle à l'activité économique qui pourrait découler d'un droit délivré à tort. L'objet spécifique du droit de marque réside dans le droit exclusif pour son titulaire d'utiliser la marque pour la première mise en circulation d'un produit et de le protéger contre les concurrents qui voudraient abuser de la position et de la réputation de la marque en vendant des produits revêtus de celle-ci. L'objet spécifique du droit sur un modèle protégé est la faculté pour son titulaire d'empêcher des tiers de fabriquer et

de vendre ou d'importer, sans son consentement, des produits incorporant le modèle.

SECTION 3

Fonction essentielle des droits de propriété intellectuelle

A RETENIR

Pour tenir compte des intérêts de l'Union, les autorités européennes ont été conduites à réduire les droits des titulaires en conditionnant leur objet spécifique à la sauvegarde de leur fonction essentielle. Seules les prérogatives relevant de l'objet spécifique, qui correspondent à la fonction essentielle du droit, sont alors considérées comme licites au regard du principe de libre circulation des marchandises.

La fonction essentielle du droit «réalise» son objet spécifique. Comme l'objet spécifique, la fonction essentielle diffère selon les droits protégés. La fonction essentielle du brevet est de garantir à son titulaire la récompense de son effort d'inventeur en lui permettant d'empêcher la commercialisation de produits fabriqués dans un autre État membre par le bénéficiaire d'une licence obligatoire portant sur un brevet parallèle détenu par ce même titulaire. La fonction essentielle de la marque consiste à garantir au consommateur ou à l'utilisateur final l'identité d'origine du produit, en lui permettant de distinguer, sans confusion possible, ce produit de ceux qui ont une autre provenance. Le droit d'obtention végétale a pour fonction essentielle de garantir l'obteneur contre toute manipulation défectueuse des variétés de semences de base qu'il a mises au point. Enfin, le droit d'auteur garantit à son titulaire la protection morale de l'œuvre et la rémunération de l'effort créateur.

CHAPITRE II Applications

SECTION 1

Ententes

I. Droits de propriété intellectuelle et libre concurrence

II. Accords de transfert de technologie

SECTION 2

Abus de position dominante

SECTION 3

Principe de libre circulation des marchandises

I. Brevet

II. Marque

III. Dessins et modèles

IV. Droits d'auteur/Droits voisins

CHAPITRE II Applications

SECTION 1

Ententes

I. Droits de propriété intellectuelle et libre concurrence

A RETENIR

Le droit européen ne saurait remettre en cause l'existence du monopole légal reconnu au titulaire d'un droit de propriété intellectuelle. Les autorités européennes affirment traditionnellement que si l'existence du droit exclusif ne saurait être contestée, ses conditions d'exercice peuvent en revanche être déclarées contraires au droit européen de la concurrence, en particulier lorsque le droit exclusif apparaît comme «l'objet, le moyen ou la conséquence d'une entente».

Le droit du titulaire d'un brevet ne peut ainsi être appréhendé par l'article 101 TFUE en l'absence de concertation. Il en va autrement lorsque le titulaire du brevet passe un accord de «pay for delay» avec des concurrents qui n'est pas objectivement nécessaire à la protection de son droit, puisqu'il pourrait atteindre ce résultat en intentant des actions en contrefaçon ou en négociant un règlement amiable avec eux sans entraîner leur exclusion du marché. De même, les actions d'un fabricant de logiciels, qui visent à empêcher l'importation de copies de ses produits, ne constituent pas un accord ou une pratique concertée avec ses revendeurs, dès lors qu'elles caractérisent l'exercice de droits d'auteur sur ces produits. L'obligation pour le licencié de respecter le savoir-faire du donneur de licence n'est pas davantage anticoncurrentielle dès lors qu'elle n'est pas exclusive, n'est qu'accessoire à l'objet principal de l'accord et permet de garantir que la technologie concédée sera exploitée de manière satisfaisante sur le plan technique. De même, l'obligation faite au licencié de payer une redevance pour l'utilisation d'une technologie brevetée pendant toute la période d'effectivité de l'accord de licence, en cas d'annulation ou de non-contrefaçon du brevet en cause, n'est pas contraire à l'article 101 TFUE pour autant que le licencié demeure libre de résilier le contrat moyennant un préavis raisonnable.

Dans tous les cas, la règle de raison permet de valider les restrictions de concurrence qui sont justifiées par la qualité des produits, la préservation de la bonne réputation de la marque, la protection du secret du savoir-faire ou la destination des obtentions végétales. De même, lorsque la licence accordée est ouverte et limitée aux rapports de droits entre le licencié et le titulaire du droit, l'exclusivité n'est pas en soi incompatible avec l'article 101 TFUE.

EXEMPLES

Quelles sont les obligations incluses dans un accord de licence contraires à l'article 101 TFUE ?

- l'obligation d'obtenir l'agrément préalable du donneur de licence pour la mise sur le marché d'un produit non couvert par la licence mais complémentaire du produit breveté ;

- l'obligation de s'approvisionner exclusivement en produits non couverts par le brevet auprès du donneur de licence ;
- l'obligation de payer des redevances même après l'expiration du brevet ;
- l'octroi de licences exclusives de savoir-faire et de brevet à une entreprise commune, assorties d'une interdiction de concéder des sous-licences sans l'accord préalable des deux entreprises fondatrices ;
- la clause d'un accord de licence, qui interdit au licencié de fabriquer et de commercialiser les produits contractuels après la rupture des relations, en dépit de l'expiration du brevet ;
- la clause d'une licence de marque qui confère au licencié le droit exclusif d'utiliser la marque dans un État membre, ainsi que la qualité de distributeur exclusif ;
- les clauses d'un contrat de licence exclusive entre le titulaire des droits de propriété intellectuelle et un organisme de radiodiffusion qui imposent au diffuseur de ne pas fournir de dispositif de décodage permettant l'accès aux programmes du titulaire en vue de leur visionnage à l'extérieur du territoire couvert par le contrat ;
- la concession d'une licence de savoir-faire à titre exclusif pour l'ensemble du territoire d'un État membre ;
- dans le cadre d'un accord de recherche-développement, l'interdiction d'octroyer des sous-licences à des tiers.

II. Accords de transfert de technologie

A RETENIR

Le règlement 316-2014 du 21 mars 2014 remplace et abroge le règlement 772-2004 du 7 avril 2004. La révision vise essentiellement à faciliter le partage de la propriété intellectuelle tout en renforçant les incitations en faveur de la recherche et de l'innovation. Comme son prédécesseur, le règlement pose une présomption de légalité des accords entrant dans son champ d'application et définit les restrictions ou les clauses qui ne doivent pas y figurer. Le texte est complété de lignes directrices dont l'objet est de permettre aux parties d'auto-évaluer leur accord.

Les accords de transfert de technologie font l'objet d'une appréciation favorable par les autorités de concurrence car ils «améliorent généralement l'efficacité économique et favorisent la concurrence dans la mesure où ils peuvent réduire la duplication des actions de recherche-développement, mieux inciter les entreprises à lancer de nouvelles actions de recherche-développement, encourager l'innovation incrémentale, faciliter la diffusion des technologies et susciter de la concurrence sur les marchés de produits». Ils encouragent l'innovation, accroissent la diffusion des technologies, réduisent les coûts de production et de recherche développement. Les accords de recherche et développement ne relèveront du nouveau règlement que si les règlements d'exemption par catégorie relatifs aux restrictions verticales (330-2010), aux accords R&D (1217-2010) et aux accords de spécialisation (1218-2010) ne sont pas applicables. De même, les accords portant sur des achats de matières premières ou d'équipements seront couverts, seulement s'ils

sont directement liés à la production ou la vente de produits contractuels issus de la technologie concédée.

Le règlement concerne tous les accords par lesquels un donneur de licence autorise le preneur à exploiter la technologie concédée, éventuellement après avoir poursuivi des activités de recherche développement, pour la production de biens et de services. Le texte vise les accords purs de licence de brevets, de savoir-faire et de droits d'auteur, mais également les accords mixtes, équivalents, ou comportant des clauses accessoires. En revanche, sont exclus les accords de licence relatifs à la sous-traitance d'activités de recherche-développement, ainsi que ceux visant le regroupement de technologies.

Aux termes de l'article 2, l'article 101, paragraphe 1, TFUE ne s'applique pas aux accords de transfert de technologie conclus entre deux entreprises, qui autorisent la production de produits contractuels, lorsque la part de marché détenue par les entreprises à l'accord ne dépasse pas, sur les marchés de technologies et les marchés de produits affectés, 20 % si les parties sont concurrentes, ou 30 % si elles ne le sont pas. Au-delà, l'octroi d'une exemption individuelle demeure possible. L'accord ne doit pas contenir des restrictions caractérisées, qui excluent le bénéfice de l'exemption. Sous peine de ne pouvoir bénéficier de l'exemption, les accords entre concurrents ne doivent donc pas comporter de clauses de prix imposés, de limitation de la production, de répartition des marchés ou des clients. Le preneur ne doit pas être empêché d'exploiter sa propre technologie et chaque partie doit pouvoir effectuer de la recherche-développement, à condition de préserver le secret du savoir-faire concédé. De même, les accords entre non-concurrents ne doivent pas contenir de clause d'imposition de prix, sans préjudice de la possibilité d'imposer un prix de vente maximal ou conseillé, introduire des restrictions de territoire ou de clientèle concernant les ventes passives, ou restreindre les ventes actives ou passives aux utilisateurs finals par les preneurs membres d'un système de distribution sélective qui opèrent en tant que détaillants sur le marché.

L'article 5 établit une liste de restrictions exclues, qui doivent faire l'objet d'une appréciation individuelle, mais dont la présence est sans influence sur la licéité de l'accord qui les contient. Pour les accords entre entreprises concurrentes, l'exemption ne s'applique pas à l'obligation directe ou indirecte pour le preneur d'accorder au donneur ou à un tiers désigné par lui une licence exclusive sur les améliorations dissociables qu'il aura apportées à la technologie concédée ou sur les nouvelles applications qu'il aura lui-même mises en œuvre ou de ne pas mettre en cause la validité des droits de propriété intellectuelle que le preneur détient dans l'Union, sous réserve, dans le cas d'une licence exclusive de la possibilité de résilier l'accord si le preneur met en cause la validité de l'un des droits sur technologie concédés. Dans les accords entre entreprises non concurrentes, l'exemption ne sera pas accordée aux obligations directes ou indirectes limitant la capacité du preneur d'exploiter sa propre technologie ou la capacité de l'une des parties à l'accord d'effectuer de la recherche-développement, sauf si cette dernière restriction est indispensable pour empêcher la divulgation du savoir-faire concédé à des tiers.

L'exemption peut être retirée aux accords qui ne satisfont pas à une ou plusieurs des conditions posées à l'article 101, paragraphe 3, TFUE même si l'accord visé entre dans le champ d'application du règlement. Tel est le cas lorsque l'accès au marché est restreint

par l'effet cumulatif de réseaux parallèles d'accords restrictifs similaires, ou lorsque les parties, sans raison valable, n'exploitent pas la technologie concédée. La Commission peut également, par une décision de non-application, exclure du champ d'application du règlement les accords de transfert de technologie qui comportent des restrictions spécifiques concernant un marché couvert à plus de 50 % par des réseaux d'accords de transferts de technologie similaires.

Selon les lignes directrices, certaines clauses incluses dans des accords de licence conclus dans le cadre d'accords de règlements sont susceptibles d'être anticoncurrentielles. La Commission rappelle, en outre, que les accords de création de regroupements de technologies ou « pools de brevets », tout comme la concession de licences à partir de ceux-ci, ne peuvent, en tant qu'accords multilatéraux, bénéficier d'une exemption automatique au titre du règlement. Les pools de brevet devront remplir six conditions pour que leur mise en place et leur fonctionnement soient considérés licites. Enfin, les lignes directrices précisent que les clauses de non-contestation et les clauses de non-résiliation incluses dans un accord de transfert de technologie entre les parties à un accord de regroupement et des tiers tombent vraisemblablement sous le coup de l'article 101, paragraphe 1 (pt. 272).

SECTION 2

Abus de position dominante

A RETENIR

L'application de l'article 102 TFUE suppose l'existence d'une position dominante et l'exploitation abusive de celle-ci. La seule existence d'un droit de propriété intellectuelle ne suffit pas à conférer à son titulaire une position dominante, ni, a fortiori, à constituer un abus.

L'exercice du droit de propriété intellectuelle peut, en revanche, donner lieu à un abus du fait de l'exclusivité qu'il confère. Ainsi, l'entreprise qui se livre à « une embuscade tendue au moyen d'un brevet » et réclame des redevances abusives pour l'utilisation de ses brevets, adopte un comportement contraire à l'article 102. Il en est de même lorsque l'entreprise en position dominante obtient un droit exclusif par le biais de procédés de nature à tromper les autorités publiques alors qu'elle n'y a pas droit ou n'y a droit que pour une période plus limitée. L'exploitation des droits d'auteur semble également particulièrement propice aux abus de position dominante. Le fait pour une entreprise chargée de l'exploitation de droits d'auteur d'imposer à ses adhérents des engagements non indispensables à la réalisation de son objet social, à des compositeurs l'apport global de toutes catégories de droits pour le monde entier ou des tarifs sensiblement plus élevés que ceux pratiqués dans les autres États membres caractérise un abus. Le refus d'accès au marché opposé par une entreprise en position dominante, titulaire de droits d'auteur, est également susceptible d'être abusif. Tel est le cas du refus de conclure des contrats de gestion avec des artistes ressortissants d'autres États membres ou d'octroyer des licences afin de s'assurer un monopole sur un marché dérivé et faire obstacle à l'arrivée d'un nouveau produit.

Indépendamment des abus commis par des intermédiaires (ex. société collective de gestion), l'exercice d'un droit d'auteur par son titulaire peut, dans des circonstances exceptionnelles, donner lieu à un comportement abusif. Tel est le cas lorsque l'exercice du droit de propriété intellectuelle excède ce qui est nécessaire à la réalisation de la fonction essentielle de ce droit. Dans l'affaire Magill, semblant sacrifier complètement le droit d'auteur au droit de la concurrence, le Tribunal (TPICE, 10 juil. 1991, aff. T-69-89 et T-76-89, LawLex023984 et 023985), approuvé par la Cour de justice (CJCE, 6 avril 1995, Radio Telefis Eireann, aff. C-241-91 P, LawLex023826), avait considéré qu'en se réservant l'exclusivité de la publication de ses grilles de programmes protégées par un droit d'auteur, une société de télévision abuse de sa position dominante. En réalité, ce n'est pas l'exercice du droit de propriété intellectuelle qui était purement et simplement identifié à un abus de position dominante, mais le comportement de l'entreprise dominante considéré comme abusif car il faisait obstacle à l'entrée sur le marché d'un produit nouveau et excluait toute concurrence potentielle sur un marché dérivé. Ces limites ont ensuite été précisées par l'arrêt Ladbroke, qui a posé le principe selon lequel «le refus opposé à la requérante ne pourrait relever de l'interdiction de l'article 82 CE [art. 102 TFUE] que s'il concernait un produit ou un service qui se présente soit comme essentiel pour l'exercice de l'activité en cause, en ce sens qu'il n'existe aucun substitut réel ou potentiel, soit comme une demande potentielle spécifique constante et régulière de la part des consommateurs». Enfin, dans l'arrêt IMS Health (CJCE, 29 avril 2004, aff. C-418-01, LawLex04941), la Cour de justice a clairement énoncé les conditions de la qualification d'abus de position dominante.

Le refus d'octroyer une licence pour l'utilisation d'un produit ou service indispensable à l'exercice d'une activité déterminée constitue un abus de position dominante lorsque trois conditions sont réunies :

- l'entreprise qui a demandé la licence a l'intention d'offrir, sur le marché en cause, des produits ou des services nouveaux que le titulaire du droit d'auteur n'offre pas et pour lesquels il existe une demande potentielle de la part des consommateurs ;
- le refus n'est pas justifié par des considérations objectives ;
- le refus est de nature à réserver à l'entreprise titulaire du droit d'auteur le marché de la fourniture des données concernées dans l'État membre concerné, en excluant toute concurrence sur celui-ci.

SECTION 3

Principe de libre circulation des marchandises

A RETENIR

L'article 34 TFUE s'efforce de concilier, en termes nuancés, la liberté des échanges entre les États membres et la protection des droits de propriété intellectuelle. Cette dernière justifie en principe des restrictions quantitatives à l'importation ou à l'exportation, à moins qu'il en résulte une discrimination arbitraire ou une restriction déguisée dans le commerce entre États membres (art. 36 TFUE).

Si l'existence des droits de propriété intellectuelle n'est pas mise en cause par les articles 34 et s. TFUE, leur exercice ne doit pas entraver la libre circulation au-delà de ce qu'exige la sauvegarde des droits qui constituent l'objet spécifique d'une telle protection. L'objet spécifique consiste à garantir au titulaire l'usage du droit de propriété intellectuelle pour la première mise en circulation sur le marché intérieur. L'usage du droit exclusif se limite à cette première mise en circulation à l'intérieur du marché intérieur. Lorsque les produits ont été commercialisés par le titulaire du droit de propriété intellectuelle ou avec son consentement dans l'un des États membres de l'Union européenne, la règle de l'épuisement l'empêche de s'opposer à l'importation ou la commercialisation du produit sur le territoire d'un autre État membre. La théorie de l'épuisement du droit permet ainsi de concilier les prérogatives du titulaire du droit de propriété intellectuelle avec les objectifs du Traité.

I. Brevet

A RETENIR

L'objet spécifique du droit de brevet réside dans l'octroi à l'inventeur d'un droit exclusif de première mise en circulation afin de récompenser son effort d'invention.

Il confère au titulaire du brevet le droit exclusif d'utiliser l'invention en vue de la fabrication et de la première mise en circulation de produits industriels soit directement, soit par l'octroi de licences à des tiers, ainsi que le droit de s'opposer à toute contrefaçon. Une fois cet objet spécifique réalisé, la théorie de l'épuisement du droit empêche le titulaire du droit de propriété intellectuelle de s'opposer à l'importation ou à la commercialisation du produit écoulé licitement sur le marché d'un autre État membre.

Ainsi, le détenteur d'un brevet qui vend les produits dans un État membre où la protection par brevet existe, puis en autorise la commercialisation dans un autre État membre où elle n'existe pas, ne peut en interdire la réimportation dans le premier État sans violer le principe de libre circulation des marchandises. Lorsque le brevet est assorti de la mention «licence de droit», l'unique prérogative dont le breveté dispose consiste dans le droit d'obtenir une rémunération équitable. Il en va différemment du titulaire d'une licence obligatoire, qui est en droit d'accomplir des actes de fabrication et de commercialisation sur le produit breveté sans l'accord du titulaire originaire du brevet.

II. Marque

A RETENIR

L'exercice du droit de marque ne peut entraver la libre circulation des marchandises au-delà de ce qu'exige la sauvegarde des droits qui constituent l'objet spécifique de la marque, à savoir assurer à son titulaire le droit exclusif de l'utiliser pour la première mise en circulation d'un produit, et le protéger ainsi contre les concurrents qui voudraient abuser de la position et de la réputation de la marque en vendant des produits indûment pourvus de celle-ci. Cet objet spécifique découle de la fonction essentielle de la marque, qui est de garantir aux consommateurs l'identité d'origine d'un produit, en lui permettant de distinguer sans confusion possible ce produit de ceux d'une autre provenance.

Aussi le titulaire d'un droit de marque peut-il légitimement s'opposer à l'importation, dans son pays, de produits revêtus licitement, dans un autre pays, d'une marque similaire ou d'un produit commercialisé dans un autre État membre sous une dénomination prêtant à confusion. Il peut également, sous certaines conditions, s'opposer à la commercialisation par le titulaire ou avec son consentement du produit d'origine reconditionné. La règle de l'épuisement des droits l'empêche ensuite de s'opposer à l'importation dans un État membre de produits commercialisés sous cette marque dans les autres pays de l'UE, par lui-même ou avec son autorisation. La charge de la preuve de la première mise en circulation pèse sur le titulaire du droit de marque.

EXEMPLES

Quels sont les comportements du titulaire de la marque non couverts par le principe de libre circulation ?

- il ne peut empêcher le transit de marchandises, qui n'implique aucune commercialisation des marchandises en cause ;
- il ne peut s'opposer au réétiquetage des produits marqués afin de supprimer leurs numéros d'identification et certaines mentions, s'il est établi que l'exercice de ce droit a pour effet de cloisonner artificiellement les marchés et à condition que les modifications apportées ne portent atteinte ni à l'état originaire du produit ni à leur image ou à leur réputation, que le réétiquetage soit nécessaire à leur commercialisation dans l'État membre d'importation, et que le titulaire du droit en soit préalablement averti ;
- il ne peut interdire l'utilisation de la marque par un distributeur non agréé afin d'annoncer au public la commercialisation ultérieure des produits, à moins que cette publicité ne porte une atteinte sérieuse à la renommée de celle-ci.

En revanche :

- les droits du titulaire d'une marque ne sont pas épuisés par la cession de celle-ci à un tiers en vue d'une commercialisation des produits limitée à certains États membres, lorsque ce tiers n'est pas lié économiquement au titulaire, que ce soit par un contrat de concession ou de licence, ou en raison de liens capitalistiques, et qu'en conséquence aucun contrôle ne peut être exercé sur la qualité des produits.

III. Dessins et modèles

A RETENIR

La théorie de l'épuisement du droit permet également de concilier les prérogatives du titulaire d'un droit sur un modèle avec le principe de libre circulation des marchandises.

Si le titulaire d'un droit sur un modèle peut s'opposer à l'importation d'un autre État membre de produits identiques lorsqu'ils ont été mis en circulation sans son intervention

ou son consentement ni celle d'une personne unie à lui par un lien de dépendance juridique ou économique, il ne peut s'opposer au simple transit, qui n'implique aucune utilisation de l'apparence du modèle protégé et ne relève pas de l'objet spécifique de ce droit.

IV. Droits d'auteur/Droits voisins

A RETENIR

L'exception à la libre circulation des marchandises, fondée sur la protection des droits de propriété industrielle ou commerciale, s'applique au droit d'auteur lorsque le produit en cause n'a pas été mis dans le commerce par son titulaire ou avec le consentement de ce dernier, fût-ce dans un État membre où le droit n'est pas protégé.

Selon la Cour de justice, la conciliation des exigences résultant de la libre circulation des marchandises et la libre prestation de services avec le respect dû aux droits d'auteur doit être réalisée de telle sorte que les titulaires, ou les sociétés qui sont leurs mandataires, puissent invoquer leurs droits exclusifs pour demander le versement de redevances en cas de diffusion publique de musique enregistrée sur support de son, alors même que la commercialisation de ce support de son ne peut donner lieu, dans le pays de la diffusion publique, à aucun prélèvement de redevances. En revanche, en application de la théorie de l'épuisement du droit, le titulaire du droit d'auteur ne saurait s'opposer à la commercialisation de ses produits sur le territoire national, dès lors qu'une telle restriction à la libre circulation des marchandises consacrerait l'isolement des marchés nationaux et heurterait un but essentiel du traité. Toutefois, le consentement du titulaire d'un droit d'auteur à la mise en vente de son œuvre protégée dans un État membre n'épuise pas ses droits exclusifs à l'égard d'autres actes d'exploitation de l'œuvre, tels que la location, qui ont une nature différente de celle de la vente ou de tout autre acte licite de distribution.

TITRE V

Procédure de concurrence

SOUS-TITRE I

Procédure européenne

A RETENIR

Le règlement 1-2003 met en place un système dit d'exception légale qui doit permettre une application effective des règles européennes de concurrence en reconnaissant aux autorités de concurrence et juridictions nationales le pouvoir de prononcer un non-lieu, indépendamment de toute notification. L'institution de ce système décentralisé, qui confère un rôle essentiel aux autorités nationales, a été accompagnée de la création d'un réseau d'autorités afin de maintenir une certaine unité d'application du droit européen grâce à une étroite collaboration entre elles. La Commission et les autorités des États membres disposent donc désormais d'une compétence parallèle pour appliquer les règles de concurrence européennes.

Cette compétence s'exerce dans le cadre des deux grands principes du droit européen que sont la primauté et l'effet direct. L'article 3, paragraphe 1, du règlement impose aux autorités et juridictions nationales qui appliquent le droit national à une pratique susceptible d'affecter le commerce entre États membres d'appliquer également l'article 101 ou 102 TFUE. Afin d'assurer une application uniforme des règles européennes, le paragraphe 2 de l'article 3 précise que l'application du droit national de la concurrence ne peut entraîner l'interdiction d'accords ou de pratiques, qui, susceptibles d'affecter le commerce entre États membres, ne produisent pas d'effet anticoncurrentiel au sens de l'article 101, paragraphe 1, remplissent les conditions de l'article 101, paragraphe 3, ou sont couverts par un règlement d'exemption. L'Union maintient cependant un domaine de compétence résiduelle aux règles nationales : les États membres peuvent adopter et mettre en œuvre sur leur territoire des lois nationales plus strictes qui interdisent ou sanctionnent un comportement unilatéral d'une entreprise.

Les autorités nationales, saisies d'office ou sur plainte, sont compétentes pour adopter quatre types de décisions : injonction de cesser l'infraction, mesures provisoires, acceptation d'engagements, infliction d'amendes, astreintes ou autres sanctions prévues par leur droit national. Le pouvoir de rendre une décision d'inapplicabilité au fond (soit parce que les conditions de l'incrimination ne sont pas remplies, soit parce que les conditions d'exemption le sont) est réservé à la Commission, les autorités nationales devant dans cette hypothèse décider qu'il n'y a pas lieu d'intervenir (CJUE, 3 mai 2011, aff. C-375-09, *Tele2 Pobjka*, *LawLew11829*). Les juridictions nationales sont, selon l'article 6, compétentes pour appliquer les articles 101 et 102 TFUE. Les conditions de mise en œuvre de cette disposition sont précisées dans une communication.

La Commission voit enfin ses pouvoirs d'investigation renforcés, dans le respect des droits de la défense consacrés par la jurisprudence européenne : le texte rappelle notam-

ment que les entreprises soumises à une procédure d'enquête ne peuvent être contraintes d'avouer qu'elles ont commis une infraction.

La Commission a publié, le 20 octobre 2011, un Guide des bonnes pratiques applicables aux procédures en matière d'ententes et d'abus de position dominante, qui ne concerne ni les aides d'État, ni les affaires traitées dans le cadre de la procédure de clémence. Ces bonnes pratiques reflètent le point de vue de la Commission compte tenu de son expérience dans l'application du règlement 1-2003. Le guide ne remet en cause ni les textes et règlements, ni l'interprétation de la Cour de justice et ne crée aucun droit. Il apporte uniquement des éclaircissements sur les différentes phases de la procédure : enquête, phase écrite et orale, droits de la défense, procédure d'engagements. Les conditions de rejet de la plainte et l'usage des informations transmises à la Commission au cours de la procédure font l'objet d'un traitement particulier.

Les bonnes pratiques améliorent l'information des parties sur l'état d'avancement de la procédure et renforcent l'interaction entre ces dernières et les services de la Commission chargés du traitement de l'affaire. La Commission s'engage à ouvrir la procédure formelle le plus rapidement possible, c'est-à-dire dès la conclusion de l'évaluation préliminaire, afin que la portée de l'enquête et l'identité des parties concernées soient connues le plus en amont possible ; à organiser des réunions-bilan aux moments-clés de la procédure ; à divulguer aux parties des contributions essentielles des plaignants - telle une version non confidentielle de la plainte - et des tiers, dès la phase d'enquête ; à annoncer publiquement l'ouverture et la clôture de la procédure, l'envoi de la communication des griefs et la publication d'orientations sur le déroulement de la procédure d'engagements. Au stade de la communication des griefs, les parties seront mieux informées sur les principaux paramètres pris en considération pour la détermination des amendes, notamment sur la valeur des ventes affectées par l'infraction et les périodes que la Commission entend retenir. Le Guide des bonnes pratiques prévoit la publication systématique des décisions de rejet de plainte, en version intégrale ou résumée.

La Commission énumère également les bonnes pratiques relatives à la communication de données économiques, en précisant les critères que devront respecter les analyses économiques et économétriques qui lui sont soumises, et fournit d'utiles indications sur la manière dont elle traitera ces analyses.

PLAN

Nous examinerons, successivement, en suivant le déroulement de la procédure :

- la compétence (Chapitre 1) ;
- l'enquête préalable (Chapitre 2) ;
- la saisine de la Commission (Chapitre 3) ;
- la procédure devant la Commission (Chapitre 4) ;
- la décision de la Commission (Chapitre 5) ;
- les voies de recours (Chapitre 6) ;
- les sanctions civiles (Chapitre 7).

CHAPITRE I Compétence

SECTION 1

Autorités européennes

- I. Commission européenne
- II. Comité consultatif

SECTION 2

Autorités nationales

- I. Notion d'autorité des Etats membres
- II. Réseau d'autorités de concurrence
- III. Application du droit européen
- IV. Application du droit national

SECTION 3

Juridictions nationales

- I. Notion de juridiction nationale
- II. Application du droit européen
- III. Application du droit national

SECTION 4

Arbitre

CHAPITRE I Compétence

SECTION 1

Autorités européennes

I. Commission européenne

La Commission, comme le Conseil ou la Cour de justice, est chargée d'assurer la réalisation des missions confiées à l'Union (art. 13 TUE). Autorité administrative responsable de la mise en œuvre et de l'orientation de la politique européenne de la concurrence, elle doit veiller à l'application des règles de concurrence et contribuer ainsi à l'établissement d'un régime de concurrence non faussée.

A RETENIR

La Commission dispose de pouvoirs étendus et cumule les fonctions d'instruction et de décision. Ce cumul n'est pas jugé contraire à l'article 6 de la Conv. EDH, dans la mesure où la Commission n'est pas une juridiction. En outre, ses décisions sont soumises au contrôle de pleine juridiction du Tribunal, qui est, au sens de l'article 6 de la Conv. EDH, une juridiction impartiale et indépendante.

Les fonctions de la Commission sont en réalité triples : instruction, décision, sanction. Pour faire cesser une infraction aux articles 101 et 102 TFUE, elle a la possibilité d'adopter une décision assortie ou non d'une amende, après avoir recueilli les éléments propres à établir qu'il existe un intérêt légitime à agir de la sorte. Elle peut ordonner des mesures provisoires. Elle a également le pouvoir d'imposer des mesures correctrices de nature comportementale ou structurelle ou de rendre obligatoires les engagements présentés par l'entreprise. Enfin, elle peut prendre des décisions déclaratoires qui constatent l'application des articles 101 et 102 TFUE, notamment pour des accords ou pratiques sur lesquels la jurisprudence et la pratique administratives sont inexistantes.

Selon le régime de compétences parallèles mis en place par le règlement 1-2003, toutes les autorités de concurrence sont habilitées à appliquer les articles 101 et 102 TFUE : la Commission ne dispose plus d'une compétence exclusive. Les affaires sont traitées au sein du réseau d'autorités (Règl. 1-2003, art. 11) (1) par une seule autorité de concurrence, (2) par plusieurs autorités de concurrence agissant en parallèle, ou (3) par la Commission. Une autorité de concurrence sera généralement considérée comme bien placée dès lors que les accords ou pratiques en cause affectent la concurrence de façon substantielle sur son territoire.

A RETENIR

Dans sa communication, la Commission dégage deux critères permettant d'établir de manière quasi-certaine sa compétence. Elle sera particulièrement bien placée, d'une part, si la pratique anticoncurrentielle produit des effets sur la concurrence dans plus de trois États membres et, d'autre part, lorsque l'affaire est étroitement liée à d'autres dispositions européennes exclusivement ou plus efficacement appliquées par la Commission, ou si l'intérêt de l'Union exige l'adoption d'une décision de la Commission pour

développer la politique de concurrence européenne.

Tel est le cas lorsqu'un nouveau problème de concurrence se pose ou qu'une application efficace des règles exige son intervention. En dehors d'une localisation multiétatique, la Commission n'examine donc désormais plus que les affaires revêtant une importance particulière pour l'Union en raison de la nouveauté de la question, de leur impact économique ou de leur intérêt politique.

Si la Commission s'estime compétente, elle peut se saisir d'office de l'affaire. L'ouverture par la Commission d'une procédure dessaisit les autorités de concurrence des États membres de leur compétence pour appliquer les articles 101 et 102 TFUE.

Enfin, la Commission conserve compétence exclusive pour constater l'inapplication des articles 101 et 102 TFUE. L'article 10 du Règlement 1-2003 dispose, en effet, que si l'intérêt public européen l'exige, la Commission peut, sur saisine d'office, déclarer inapplicable l'article 101 TFUE à un accord, une décision d'association d'entreprises ou une pratique concertée soit parce que les conditions du paragraphe 1 ne sont pas remplies, soit parce que celles du paragraphe 3 le sont.

II. Comité consultatif

A RETENIR

Lorsque la Commission souhaite prendre une décision d'application des articles 101 TFUE, paragraphe 1 ou 3, ou 102 TFUE, elle a l'obligation de consulter préalablement le Comité consultatif en matière d'ententes et de positions dominantes, composé de représentants des autorités de concurrence des États membres (Règl. 1-2003, art. 14, ainsi que la communication relative à la coopération au sein du réseau des autorités de concurrence aux points 58 à 68).

Cette obligation vaut tant pour les décisions constatant une infraction ou octroyant une dérogation, que pour celles infligeant une amende ou une astreinte. En revanche, les décisions de pure procédure, relatives aux demandes de renseignements ou aux vérifications, ne nécessitent pas une consultation préalable, à moins que la Commission se propose d'infliger une sanction pécuniaire. En outre, la Commission dispose de la faculté d'inscrire à l'ordre du jour du Comité les affaires qui sont traitées par une autorité de concurrence d'un État membre au titre de l'article 101 ou 102 TFUE ou dont elle s'est saisie au titre de l'article 11, paragraphe 6. Elle peut agir de sa propre initiative ou à la demande d'une autorité de concurrence d'un État membre. L'avis ainsi rendu ne saurait concerner que les questions de droit soulevées à l'exclusion des faits de l'affaire.

La consultation a lieu après l'enquête préalable et le débat écrit et oral (Règl. 773-2004, art. 11, pt 1). La Commission soumet à cette occasion, pour avis, l'avant-projet de décision à l'ensemble des fonctionnaires représentant les États membres qui composent le Comité. Les entreprises n'ont en aucun cas connaissance des arguments présentés au Comité.

Le Comité émet un avis, dont un compte-rendu est joint à l'avant-projet de décision. Cet

avis n'est pas rendu public. Les entreprises ne peuvent donc pas en obtenir la communication, ni s'adresser directement au Comité. Ce dernier peut toutefois en demander la publication sous réserve de préservation du secret des affaires. La Commission n'est pas liée par cet avis. Toutefois, il est possible qu'il influence sa position. Aussi est-il regrettable que les entreprises n'aient pas l'occasion d'exprimer leur point de vue sur l'avis du Comité, même si la Commission ne peut en principe rendre sa décision que sur la base de faits sur lesquels les entreprises ont pu s'expliquer.

SECTION 2

Autorités nationales

I. Notion d'autorité des États membres

Le règlement 1-2003, qui accroît l'implication des autorités nationales dans l'application des règles européennes de concurrence, ne donne pas de définition de la notion d'autorités des États membres. L'article 5 du texte précise uniquement leurs compétences. Cette absence de définition légale s'explique par la diversité des situations au sein de l'Union européenne. Certains États membres ont opté pour un seul organe qui instruit les affaires et adopte tous les types de décisions ; d'autres ont réparti les rôles entre deux organismes, l'un chargé d'instruire l'affaire, l'autre - souvent un collège - de statuer. Enfin, les décisions d'interdiction et/ou les décisions infligeant une amende ne peuvent, dans certains États membres, être prises que par une juridiction ; dans ce cas, une autre autorité de concurrence fait office de procureur et porte l'affaire devant cette juridiction.

A RETENIR

Selon la Cour de justice, la notion d'«autorités des États membres» désigne soit les autorités administratives chargées d'appliquer la législation nationale sur la concurrence sous le contrôle de légalité exercé par les juridictions compétentes, soit les juridictions auxquelles la même mission a été spécialement confiée, à l'exception des juridictions pénales ayant pour rôle d'assurer la répression des infractions à la loi (CJCE, 30 avr. 1986, aff. 209-84, Asjes, LawLex023504).

Les autorités nationales de concurrence font partie avec la Commission européenne du réseau d'autorités mis en place par le règlement 1-2003. Ce réseau (**Réseau européen de la concurrence - REC - ou European Competition Network - ECN -**) auquel est confié l'application du droit européen de la concurrence doit permettre une collaboration étroite entre les autorités des États membres et la Commission (Règl. 1-2003, art. 11). Cette collaboration se traduit de différentes manières. La Commission ou les autorités nationales, qui mettent en œuvre une procédure de concurrence en application des articles 101 ou 102 TFUE doivent se communiquer les informations relatives à l'affaire dont elles sont saisies, la Commission devant, quant à elle, transmettre aux autorités nationales une copie des pièces les plus importantes. Les autorités peuvent consulter la Commission pour connaître son interprétation. Lorsque la Commission ouvre une procédure en vue de l'adoption d'une décision de constatation et cessation d'infraction, de mesures provisoires ou d'acceptation d'engagements, les autorités nationales sont

dessaisies. Parallèlement, si une autorité nationale est déjà saisie d'une affaire, la Commission doit consulter cette autorité avant d'ouvrir une procédure. La communication relative à la coopération au sein du réseau d'autorités de concurrence précise les règles d'attribution des affaires, ainsi que les mécanismes de coopération et d'assistance.

II. Réseau d'autorités de concurrence

Dans le cadre du système de compétences parallèles instauré par le règlement 1-2003, chaque autorité de concurrence est susceptible de connaître d'une affaire en application du droit européen. La Communication sur la coopération à l'intérieur du réseau des autorités de concurrence précise les critères de répartition des compétences et règle la question de la réattribution des affaires.

«Les affaires sont traitées par :

- une seule autorité nationale de concurrence, éventuellement avec le concours d'homologues d'autres États membres ;
- plusieurs autorités nationales de concurrence agissant en parallèle ; ou
- la Commission».

En principe, l'autorité qui a reçu la plainte ou s'est saisie d'office poursuit la procédure. En revanche, si elle estime qu'elle n'est pas la mieux placée ou que d'autres autorités s'estiment mieux placées, la réattribution de l'affaire sera projetée au début de la procédure. L'affaire est attribuée, par les membres du réseau, à une seule autorité bien placée aussi souvent que possible. L'attribution d'affaires ne confère pas aux entreprises impliquées un droit individuel à voir l'affaire traitée par une autorité donnée.

A RETENIR

Une autorité est bien placée lorsque trois conditions cumulatives sont réunies :

- «l'accord ou la pratique a des effets directs substantiels, actuels ou prévisibles sur son territoire, y est mis en œuvre ou y trouve son origine ;
- l'autorité est à même de faire cesser efficacement l'intégralité de l'infraction ; autrement dit, elle peut délivrer une injonction de ne pas faire dont l'effet sera suffisant pour faire cesser l'infraction et elle peut, au besoin, sanctionner l'infraction de manière appropriée ;
- elle est en mesure de réunir, éventuellement avec le concours d'autres autorités, les preuves requises pour démontrer l'infraction.»

Un rapport étroit entre le territoire de l'État membre et l'infraction poursuivie doit donc exister pour qu'une autorité de concurrence soit considérée comme bien placée. Toutefois, le Tribunal a précisé que ni le règlement 1-2003, ni la communication relative à la coopération au sein du réseau des autorités de concurrence ne crée de droits ni d'attentes pour une entreprise pour ce qui concerne le traitement de son affaire par une autorité de concurrence donnée, les conditions dans lesquelles une autorité peut, selon la communication, être considérée comme bien placée pour traiter une affaire étant dépourvues de caractère contraignant.

Pour s'assurer que les affaires sont traitées par une autorité bien placée, le règlement a mis en place un système d'information. L'article 11, paragraphe 3, prévoit que les autorités de concurrence des États membres, lorsqu'elles agissent en vertu de l'article 101 ou 102 TFUE, doivent en informer la Commission et les autres autorités de concurrence, avant ou juste après avoir lancé la première mesure formelle d'enquête. La même obligation pèse sur la Commission. Les autorités disposent d'un délai de deux mois à compter de la communication de l'information pour régler les problèmes d'attribution. L'autorité ou les autorités de concurrence qui traitent une affaire à la fin du délai de réattribution doivent continuer à la traiter jusqu'à l'achèvement de la procédure. Les échanges d'informations ont lieu non seulement entre les autorités nationales et la Commission, mais aussi entre autorités nationales. L'échange et l'utilisation d'informations doivent garantir la protection des secrets d'affaires. Les informations recueillies peuvent être utilisées aux fins d'application du droit national à condition qu'elle n'aboutisse pas à un résultat différent de celui du droit européen. Des sanctions ne peuvent être infligées à une personne physique sur la base d'informations échangées conformément au règlement, si le droit de l'autorité qui transmet les informations et de celle qui les reçoit ne prévoient pas de sanctions similaires, à moins que les droits de la personne aient été respectés par l'autorité émettrice au même niveau que celui fixé par les règles nationales de l'autorité destinataire.

Lorsque plusieurs autorités sont saisies d'une même affaire, d'office ou sur plainte, l'article 13 prévoit un mécanisme de suspension de la procédure ou de rejet de la plainte. L'autorité nationale a la faculté, mais non l'obligation, de suspendre ou de clore la procédure. La suspension de la procédure laisse à l'autorité la possibilité de décider ultérieurement si elle met ou non un terme à celle-ci. L'autorité, qui clôt sa procédure ou la suspend, transmet l'ensemble des moyens de preuve à sa disposition à l'autorité qui demeure saisie.

III. Application du droit européen

A RETENIR

Les autorités nationales doivent, en vertu du principe de primauté, appliquer les règles de concurrence européennes, qui sont d'effet direct. L'article 3 du règlement 1-2003 du 16 décembre 2002 consacre l'obligation pour les autorités des États membres d'appliquer le droit européen, lorsqu'elles appliquent des règles nationales de concurrence, aux accords et aux pratiques qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres.

La nécessité d'assurer des conditions de concurrence homogènes au sein du marché intérieur exclut qu'une pratique puisse être interdite en application du droit national si elle ne l'est pas par le droit européen. Les autorités nationales doivent respecter cette règle de convergence : elles ne peuvent prendre de décisions en matière d'ententes ou d'abus de position dominante allant à l'encontre d'une décision de la Commission (Règl. 1-2003, art. 16).

A RETENIR

L'article 5, alinéa 1, du règlement précise l'étendue de la compétence des autorités nationales dans l'application des règles européennes. Agissant d'office ou saisies d'une plainte, elles peuvent (i) ordonner la cessation d'une infraction ; (ii) ordonner des mesures provisoires ; (iii) accepter des engagements ; (iv) infliger des amendes, astreintes ou toute autre sanction prévue par leur droit national. Toutefois, si «elles considèrent, sur la base des informations dont elles disposent, que les conditions d'une interdiction ne sont pas réunies», elles peuvent seulement «décider qu'il n'y a pas lieu pour elles d'intervenir». La Cour de justice a affirmé dans un arrêt de principe que la Commission dispose d'une compétence exclusive pour constater l'absence de violation des articles 101 ou 102 TFUE, même si ces textes sont appliqués dans une procédure menée par une autorité nationale de concurrence (CJUE, 3 mai 2011, aff. C-375-09, *Tele2 Polska*, *LawLex11829*).

En conséquence, le fait qu'une autorité nationale de concurrence ait accepté des engagements ne lie pas la Commission quant à l'absence d'infraction aux articles 101 ou 102 TFUE. De même, les appréciations d'une autorité de concurrence nationale quant à la licéité d'un accord ne peuvent créer de confiance légitime en l'absence de poursuites sur le fondement de l'article 101 TFUE. La décentralisation des compétences trouve ainsi sa limite dans l'objectif d'uniformisation du droit européen : permettre aux autorités nationales de prendre des décisions d'inapplicabilité du droit européen risquerait, selon le juge européen, de compromettre l'application cohérente des règles de concurrence dans les États membres en empêchant la Commission de constater ultérieurement que la pratique en cause constitue une infraction.

L'application du droit européen doit se faire en étroite collaboration avec la Commission européenne. L'article 11 du règlement définit les modalités de cette collaboration. L'autorité nationale, comme sous l'empire du règlement 17, reste tenue de surseoir à statuer en cas d'ouverture d'une procédure par la Commission. Tel n'est pas le cas lorsque les éléments appréciés à la fois par l'autorité nationale et par la Commission ne concernent que des indices portant sur les pratiques en cause et pour une période différente. La notion d'«engagement de procédure» par la Commission ne fait l'objet d'aucune définition légale. Selon la Cour de justice, l'acte d'engagement de procédure est «[...] un acte d'autorité de la Commission, manifestant sa volonté de procéder à une décision [...]». Une demande de renseignements adressée par la Commission ne caractérise pas un tel acte. En revanche, le classement d'une plainte par la Commission ne signifie nullement que les pratiques soumises à l'appréciation de la Commission ne sont pas susceptibles d'être jugées contraires aux articles 101 et 102 TFUE. Au contraire, le classement, justifié par le défaut d'intérêt européen, entraîne le renvoi de l'affaire devant les autorités ou juridictions nationales, qui devront faire application des règles européennes. En cas d'ouverture d'une procédure d'engagements par la Commission, le dessaisissement des autorités nationales qui s'ensuit n'opère que pendant la durée de cette procédure et ne prive pas ces dernières du pouvoir d'appliquer ultérieurement les articles 101 et 102 TFUE dans l'affaire en cause.

A RETENIR

Dans le cadre du règlement 1-2003, deux situations doivent être distinguées. Si la Commission est la première autorité à engager une procédure en vue de prendre une décision en application du règlement, les autorités nationales ne peuvent plus en connaître. Si une autorité ou plusieurs autorités nationales ont informé le réseau qu'elles sont saisies d'une affaire, la Commission peut ouvrir une procédure provoquant le dessaisissement, après avoir consulté les autorités concernées, dans le délai de deux mois prévu pour procéder à l'attribution initiale.

À l'issue de l'attribution, la Commission ne peut engager de procédure sur le fondement de l'article 11, paragraphe 6, que (i) si les membres du réseau envisagent des décisions contradictoires ; (ii) si la décision envisagée est manifestement contraire à une jurisprudence constante ; (iii) si la durée de la procédure est excessive ; (iv) si une décision de la Commission s'avère nécessaire pour développer la politique européenne de la concurrence ; ou (v) si la ou les autorités nationales concernées ne s'y opposent pas.

A l'occasion du dixième anniversaire du règlement 1-2003, la Commission a adopté une communication, qui dressait le bilan de l'application du texte et dessinait les perspectives d'avenir. La communication appelait à une application renforcée du droit de l'Union par les autorités nationales et une plus grande autonomie de ces dernières. L'adoption, le 11 décembre 2018, de la directive 2019-1, dite ECN+, (European Competition Network+), apporte une réponse concrète à cette question. La directive harmonise les législations des États membres lors de l'application par les ANC (Autorités nationales de concurrence) des articles 101 et 102 TFUE parallèlement aux dispositions de leur droit national de la concurrence dans la même affaire et institue un socle procédural commun à l'ensemble des ANC. Elle étend à ces dernières les règles procédurales applicables à la Commission en vertu du règlement 1-2003 et de ses textes d'application, ainsi que les interprétations jurisprudentielles de la Cour de justice, notamment en ce qui concerne la définition de l'entreprise. La directive garantit l'application des droits généraux de l'Union et de la Charte des droits fondamentaux par les ANC, qui seront tenues au respect des droits de la défense, en particulier le droit d'être entendu et le droit à un recours effectif de conclure la procédure dans un délai raisonnable et de ne pas prendre une décision avant l'envoi d'une communication des griefs (art. 3). Les États membres devront assurer l'indépendance des ANC et leur financement (art. 4 et 5). Le texte dresse la liste des prérogatives minimales dont doivent disposer les ANC pour mener à bien leurs enquêtes (art. 6 à 9), constater et faire cesser l'infraction (art. 10), prendre des mesures provisoires (art. 11) et accepter des engagements (art. 12) et définit des règles communes pour fixer les amendes et astreintes (art. 13 à 16), renforcer l'efficacité et l'attractivité des programmes de clémence (art. 17 à 23), et organiser l'assistance mutuelle entre ANC (art. 24 à 28).

IV. Application du droit national

A RETENIR

Sous l'empire du règlement 1-2003, les autorités de concurrence des États membres lorsqu'elles appliquent le droit national de la concurrence à des pratiques prohibées par les articles 101 et 102 TFUE, se doivent d'appliquer conjointement le droit européen. Le principe de primauté du droit européen repris dans l'article 3 (2) du règlement emporte l'obligation pour les autorités nationales de concurrence d'appliquer le droit interne en conformité avec les dispositions européennes pertinentes.

Ainsi, les pratiques qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres, mais qui n'ont pas pour effet de restreindre la concurrence au sens de l'article 101 TFUE, paragraphe 1, ou qui satisfont aux conditions énoncées à l'article 101 TFUE, paragraphe 3, ou qui sont couvertes par un règlement ayant pour objet l'application de l'article 101 TFUE, paragraphe 3, du Traité ne sauraient être interdites en vertu du droit national. En revanche, s'agissant d'agissements unilatéraux des entreprises, il est laissé toute latitude aux États membres pour adopter et appliquer les lois nationales plus strictes interdisant ou sanctionnant de tels comportements.

Les autorités sont liées par l'interprétation des faits de la Commission. Ainsi, une décision favorable au destinataire des griefs émanant d'une autorité nationale de concurrence et postérieure à la décision de la Commission ne peut remettre en cause la légalité de cette décision ni celle de l'arrêt subséquent.

En revanche, la Commission n'est pas liée par les conclusions de l'autorité nationale dans la mesure où, se prononçant au vu de preuves et de textes qui lui sont propres, elle peut parvenir à des conclusions différentes. Il est seulement exigé qu'elle tienne compte, lors de la fixation de la sanction, de celle précédemment prononcée par les autorités nationales en application de l'exigence générale d'équité posée par la Cour de justice. Elle conserve ainsi un pouvoir de sanction autonome qui lui permet, par exemple, de prononcer une amende cent quinze fois supérieure à celle prononcée par les autorités nationales.

SECTION 3

Juridictions nationales

I. Notion de juridiction nationale

Le règlement 1-2003, qui accroît l'implication des juridictions nationales dans l'application des règles européennes de concurrence, ne donne pas de définition de la notion de juridictions nationales. L'article 6 du texte précise uniquement leurs compétences.

A RETENIR

Selon la Communication de la Commission portant sur la coopération entre la Commission et les juridictions nationales pour l'application des articles 101 et 102 TFUE, «les juridictions des États membres de l'Union européenne» [ci-après dénommées «juridictions nationales»] sont «les cours et tribunaux d'un État membre de l'Union eu-

ropéenne qui peuvent appliquer les articles 81 et 82 CE [devenus art. 101 et 102 TFUE] et saisir la Cour de justice de l'Union européenne à titre préjudiciel en application de l'article 234 CE [devenu art. 267 TFUE]».

Traditionnellement, dans le cadre de l'article 267 TFUE, l'appréciation du caractère juridictionnel d'un organisme de renvoi dépend d'un ensemble d'éléments tels que son origine légale, sa permanence, le caractère obligatoire de sa juridiction, la nature contradictoire de la procédure, l'application par l'organisme de règles de droit, ainsi que son indépendance par rapport au pouvoir exécutif.

II. Application du droit européen

A RETENIR

Juge européen de droit commun, le juge national a l'obligation de reconnaître la primauté et l'effet direct du droit européen. Le moyen tiré du droit européen - moyen d'ordre public - doit donc être soulevé d'office par le juge judiciaire dès lors qu'il n'impose pas à ce dernier de sortir des limites du litige tel que circonscrit par les parties, ni de se fonder sur d'autres faits et circonstances que ceux sur lesquels la partie qui a intérêt à l'application desdites dispositions a fondé sa demande.

L'article 6 du règlement 1-2003 confère aux juridictions nationales une compétence pleine et entière pour appliquer les articles 101 et 102 TFUE. Les juridictions des États membres sont désormais compétentes pour «appliquer» les articles 101 et 102 TFUE - ce qui couvre le pouvoir de proposer un non-lieu - ainsi que pour connaître des actes adoptés par des institutions européennes conformément au Traité ou au droit dérivé, dans la mesure où ces actes ont un effet direct. En outre, les juridictions nationales ont compétence exclusive pour mettre en œuvre l'article 101 TFUE, paragraphe 2, qui dispose que «les accords ou décisions interdits en vertu du présent article sont nuls de plein droit». L'action en réparation du dommage qui peut résulter de l'entente ou de l'abus de position dominante est soumise aux conditions posées par la directive 2014/104 du 26 novembre 2014 et ses textes de transposition dans les droits nationaux.

A RETENIR

L'article 15 du règlement 1-2003 fixe le cadre de la coopération entre les juridictions nationales et les autorités européennes. Les juridictions nationales peuvent demander à la Commission de leur transmettre les informations qu'elle a en sa possession ou un avis relatif à l'application des règles européennes de concurrence ; les juridictions nationales sont tenues de communiquer à la Commission copie de tout jugement écrit relatif à l'application de l'article 101 ou 102 TFUE. Les autorités de concurrence nationales et la Commission peuvent également présenter à la juridiction nationale des observations sur l'application des articles 101 ou 102 TFUE.

Le texte distingue les observations écrites, que les autorités nationales et la Commission peuvent soumettre d'office, et les observations orales, qu'elles ne peuvent présenter qu'avec l'autorisation de la juridiction nationale. La Communication relative à la coopération entre la Commission et les juridictions nationales rappelle que si la juridiction

nationale est saisie avant la Commission, elle doit s'efforcer d'adopter une décision qui aille dans le sens de celle envisagée par l'autorité européenne. En effet, l'article 16 du règlement, qui consacre une jurisprudence constante, lie l'interprétation du juge national à celle de la Commission. Le juge doit non seulement tenir compte des décisions déjà prises en application des articles 101 et 102 TFUE, mais également de celles à venir lorsque la Commission a entamé une procédure, en suspendant le cas échéant sa propre procédure dans l'attente de la décision finale de la Commission. En revanche, une décision par laquelle la Commission accepte les engagements proposés par une entreprise au titre de l'article 9, paragraphe 1, du règlement 1-2003, n'empêche pas les juridictions nationales d'examiner la conformité des accords concernés aux règles de concurrence et de constater, le cas échéant, leur nullité en application de l'article 101, paragraphe 2, TFUE. Enfin, le juge national qui a des doutes persistants sur la compatibilité de la pratique en cause avec les règles européennes de concurrence peut saisir la Cour de justice d'une question préjudicielle, en vertu de l'article 267 TFUE.

III. Application du droit national

A RETENIR

L'article 3 du règlement 1-2003 pose le principe selon lequel l'application du droit national de la concurrence ne peut pas entraîner l'interdiction d'accords, de décisions d'associations d'entreprises ou de pratiques concertées qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres, mais qui n'ont pas pour effet de restreindre la concurrence au sens de l'article 101 TFUE, paragraphe 1, ou qui satisfont aux conditions énoncées à l'article 101 TFUE, paragraphe 3, du Traité ou qui sont couverts par un règlement ayant pour objet l'application de l'article 101 TFUE, paragraphe 3.

L'application parallèle du droit national de la concurrence à des accords, décisions d'association d'entreprises et pratiques concertées qui affectent le commerce entre États membres ne peut donc aboutir à des conclusions différentes de celles qui découlent de l'application du droit européen. À l'inverse, les accords, décisions ou pratiques concertées qui violent l'article 101, paragraphe 1, et ne satisfont pas aux conditions de l'article 101 TFUE, paragraphe 3, ne sauraient être maintenus en vertu de ce même droit. Cette règle de convergence ne s'impose pas, en revanche, à la juridiction nationale saisie d'un comportement unilatéral.

Lorsque les législations européenne et nationale comportent des dispositions contradictoires, le principe général de primauté du droit européen exige que les juridictions nationales laissent inappliquée toute disposition de la loi nationale contraire à la règle européenne, que cette disposition nationale soit antérieure ou postérieure à la règle européenne.

SECTION 4**Arbitre**

Bien que les deux organes exercent des fonctions similaires, un tribunal arbitral ne constitue pas une juridiction nationale au sens de l'article 267 TFUE et ne peut donc saisir la Cour de justice d'une question préjudicielle. Une telle solution, qui peut faire obstacle à une application uniforme du droit européen dans les États membres, est tempérée par le fait que le juge saisi par l'une des parties d'un recours en annulation, est habilité à le faire. En outre, sachant qu'un contrôle excessif des sentences arbitrales aurait pour risque de porter atteinte à l'efficacité et à l'attrait de la procédure arbitrale, un tel contrôle ne peut intervenir que dans des cas exceptionnels.

Sous l'empire du règlement 17-62, la Cour a jugé que l'article 101 TFUE constitue une disposition fondamentale indispensable pour l'accomplissement des missions confiées à l'Union et, en particulier, pour le fonctionnement du marché intérieur. Il s'agit donc d'une règle d'ordre public international, qu'une juridiction nationale doit prendre en considération au même titre que les règles d'ordre public nationales, lorsque ses règles de procédure le lui imposent. Il en résulte qu'une juridiction nationale doit annuler la sentence qui lui est déférée, si elle l'estime contraire à l'article 101 TFUE, sous réserve de respecter le principe d'autonomie procédurale des États membres. Cette solution demeure d'actualité sous l'empire du règlement 1-2003.

A RETENIR

L'arbitre, qui ne peut prononcer d'injonction ou d'amende, peut néanmoins tirer les conséquences civiles d'un comportement anticoncurrentiel.

CHAPITRE II Saisine de la Commission

SECTION 1

Saisine d'office

SECTION 2

Plainte

I. Conditions de recevabilité

- A. Intérêt légitime
- B. Saisine d'une autorité compétente
- C. Formalisme

II. Instruction

- A. Opportunité de l'instruction
- B. Examen de la plainte
- C. Intérêt de l'Union

III. Rejet

- A. Procédure
- B. Obligation de motiver
- C. Droits procéduraux du plaignant

CHAPITRE II Saisine de la Commission

PLAN

La Commission peut être saisie :

- d'office ;
- sur plainte.

SECTION 1

Saisine d'office

L'article 7 du règlement 1-2003 permet à la Commission de constater l'existence d'une infraction aux articles 101 ou 102 TFUE, sur plainte ou sur saisine d'office. Selon la Cour de justice, la Commission est en droit d'engager la procédure d'office, quelle que soit la légitimité de l'intérêt à agir des plaignants. L'autorité européenne dispose, pour constater l'existence d'une infraction, de plusieurs moyens d'information :

- la **plainte** : qu'elle soit anonyme ou déposée par une personne qui n'y aurait pas un intérêt légitime, elle permet d'alerter sur une probable violation des règles européennes de concurrence la Commission, qui est en droit d'engager la procédure d'office. La Commission incite, dans sa Communication relative au traitement des plaintes, les personnes qui ne rempliraient pas les conditions pour déposer une plainte à lui fournir des éléments d'information, notamment par le biais de son site internet. Dans ses bonnes pratiques relatives aux procédures en matière d'ententes et d'abus de position dominante, elle souligne que le dépôt d'une plainte par une personne qui y a un intérêt légitime lui confère en outre certains droits lors du déroulement de la procédure ;
- les **communications d'informations par les autorités nationales** : elles peuvent être le fait soit des autorités des États membres, soit de celles d'État tiers dans le cadre de leur coopération avec la Commission ;
- les **enquêtes sectorielles** de l'article 17 du règlement 1-2003 : ces enquêtes permettent à la Commission d'obtenir des renseignements auprès d'entreprises déterminées d'un secteur économique et d'établir une présomption d'infraction aux articles 101 et/ou 102 TFUE.

La Commission se saisit également d'office lorsqu'elle constate, dans l'intérêt public européen, que l'article 101 ou 102 TFUE est inapplicable à un accord, à une pratique concertée ou à un comportement unilatéral (Règl. 1-2003, art. 10).

SECTION 2

Plainte

PLAN

Nous examinerons successivement :

- les conditions de recevabilité de la plainte ;
- l’instruction de la plainte ;
- le rejet de la plainte.

I. Conditions de recevabilité

PLAN

Pour être recevable, la plainte doit :

- émaner d’une personne ayant un intérêt légitime ;
- saisir une autorité compétente ;
- répondre à certaines conditions de forme.

A. Intérêt légitime

Les personnes physiques ou morales qui font valoir un intérêt légitime et les États membres sont, en vertu de l’article 7 du règlement 1-2003, habilités à déposer une plainte.

La condition d’intérêt légitime ne concerne que les personnes physiques ou morales. En effet, les États membres sont réputés disposer d’un intérêt légitime pour toutes les plaintes qu’ils décident de déposer. Leur intérêt se confond avec celui de l’Union, qui a assigné à la Commission la mission de veiller à l’application des principes fixés aux articles 101 et 102 TFUE.

A RETENIR

Les particuliers et les personnes morales qui s’estiment victimes d’une infraction remplissent les conditions pour déposer une plainte lorsque la pratique dénoncée constitue une menace pour leurs intérêts ou porte atteinte à leur activité économique sur le marché en cause.

Peu importe que le plaignant soit un concurrent ou qu’il n’intervienne pas au même stade du processus économique que l’entreprise en cause, dès lors que ses intérêts sont lésés par l’infraction alléguée. Il n’est pas non plus nécessaire que l’intérêt soit direct. Ainsi, les organisations professionnelles qui agissent dans le cadre de leur objet statutaire disposent du droit de déposer une plainte. En effet, une association d’entreprises, même si elle n’est pas directement concernée, en tant qu’opérateur économique, par le comportement dénoncé, a un intérêt légitime à introduire une plainte, dès lors que cette pratique est susceptible de léser les intérêts de ses adhérents et qu’elle est habilitée à les représenter. En pratique, une fois l’infraction portée à la connaissance de la Commission, l’intérêt légitime revêt une importance mineure, puisque l’autorité européenne est en

droit d'engager la procédure d'office.

Lorsqu'une personne physique ou morale ne remplit pas les conditions pour déposer une plainte, la Communication relative au traitement des plaintes lui offre la possibilité de fournir des éléments d'information relatifs au marché à la Commission à qui il appartient de déclencher une enquête si elle l'estime nécessaire.

B. Saisine d'une autorité compétente

Les autorités et juridictions nationales disposent, sous l'empire du règlement 1-2003, d'une compétence parallèle à celle de la Commission pour appliquer le droit européen. Aussi le plaignant a-t-il la possibilité de s'adresser selon la nature de sa plainte à une juridiction ou une autorité nationale, ou à la Commission. La Communication de la Commission relative au traitement des plaintes doit le guider dans son choix.

1. Jurisdiction nationale

Le plaignant peut avoir intérêt à saisir une juridiction nationale s'il veut obtenir des dommages et intérêts pour le préjudice subi, le paiement ou l'exécution des obligations contractuelles fondées sur un accord examiné au titre de l'article 101 TFUE ou la nullité de l'article 101 TFUE, paragraphe 2. Le juge national est généralement mieux placé pour ordonner des mesures provisoires que la Commission. La demande peut reposer sur le double fondement du droit européen et du droit national. Enfin, la juridiction peut condamner la partie défaillante à des frais et dépens.

2. Autorité nationale

Le droit européen doit être appliqué par une autorité bien placée. Lorsqu'il s'agit de connaître d'une plainte, trois conditions cumulatives doivent être remplies pour qu'une autorité soit considérée comme bien placée :

- l'accord ou la pratique a des effets directs substantiels, actuels ou prévisibles, est mis en œuvre ou trouve son origine sur le territoire de l'autorité concernée ;
- l'autorité peut délivrer une injonction de ne pas faire dont l'effet sera suffisant pour faire cesser l'infraction et, au besoin, sanctionner l'infraction de manière appropriée ;
- l'autorité est en mesure de réunir, éventuellement avec le concours d'autres autorités, les preuves requises pour démontrer l'infraction.

Un rapport étroit doit donc exister entre l'infraction et le territoire de l'État membre pour que l'autorité de concurrence de cet État membre soit considérée comme bien placée. L'intervention parallèle de deux ou trois autorités nationales de concurrence est nécessaire lorsque l'accord ou la pratique produit des effets substantiels sur leurs territoires respectifs et que l'intervention d'une seule autorité serait insuffisante pour faire cesser l'intégralité de l'infraction et/ou la sanctionner de manière appropriée.

3. Commission européenne

A RETENIR

Comme les autorités nationales, la Commission doit être bien placée pour connaître de la plainte. Il en est ainsi lorsqu'un ou plusieurs accords ou pratiques, y compris des réseaux d'accords ou pratiques similaires, ont des effets sur la concurrence dans plus de trois États membres, lorsque l'affaire est étroitement liée à d'autres dispositions européennes, qui peuvent être directement ou plus efficacement appliquées par elle, ou lorsque l'intérêt européen exige l'adoption d'une décision afin de développer la politique de concurrence européenne.

C. Formalisme

La plainte doit, selon l'article 5 du règlement 773-2004, être conforme au formulaire C reproduit en annexe de la Communication relative au traitement des plaintes. Trois copies sur papier, voire une copie électronique de la plainte, sont soumises à la Commission. Une version non confidentielle doit en outre être fournie par le plaignant. La plainte doit contenir en pratique autant d'informations que possible :

- identité du plaignant, qui doit indiquer s'il agit en qualité de représentant et, dans ce cas, fournir la preuve du pouvoir de représentation, ainsi que des précisions sur la ou les entreprises objet de la plainte ;
- nature de la plainte ;
- existence d'un intérêt légitime à l'ouverture d'une procédure ;
- produits ou services en cause et marché concerné ;
- éléments de preuve, de fait et de droit, de l'infraction dénoncée ;
- mesures, y compris conservatoires, demandées à la Commission.

Le plaignant doit également produire les copies des pièces dont il peut raisonnablement disposer et si possible indiquer à la Commission où elle pourrait obtenir les éléments et documents pertinents qu'il n'a pas en sa possession. Toute correspondance qui ne répond pas aux conditions fixées à l'article 5 du règlement 773-2004 ne constitue pas une plainte au sens de l'article 7, paragraphe 2, du règlement 1-2003, mais une information d'ordre général susceptible de donner lieu à enquête préalable.

II. Instruction

PLAN

La Commission :

- décide de l'opportunité de l'instruction ;
- procède à l'examen de la plainte ;
- apprécie l'intérêt de l'Union à l'examen de la plainte.

A. Opportunité de l'instruction

A RETENIR

La Commission n'est tenue ni d'instruire chaque plainte dont elle est saisie, ni, a fortiori, de prendre une décision définitive au sens de l'article 288 TFUE quant à l'existence ou l'inexistence de l'infraction alléguée aux articles 101 ou 102 TFUE. L'autorité européenne dispose d'un pouvoir discrétionnaire qui lui permet de définir des degrés de priorité dans le traitement des différents dossiers dont elle est saisie en matière de concurrence.

La définition de priorités fait d'ailleurs partie intégrante des compétences de la Commission qui, dans le cadre de sa mission de service public, a le pouvoir de prendre toutes les mesures d'organisation nécessaires à l'accomplissement des tâches qui lui ont été confiées par le Traité. La Commission n'a pas non plus à procéder à une instruction complémentaire lorsque les éléments portés à sa connaissance par le plaignant sont dépourvus de force probante.

Sous l'empire du règlement 17, la Commission était tenue d'instruire les plaintes qui relevaient de sa compétence exclusive. Le système décentralisé d'application des règles de concurrence européennes mis en place par le règlement 1-2003 met fin à cette obligation. La Commission et les autorités nationales disposent désormais d'une compétence parallèle pour appliquer le droit européen, l'affaire étant attribuée à l'autorité la mieux placée. Le traitement des plaintes obéit au même régime. La Commission n'instruira donc une plainte que si l'infraction visée produit des effets anticoncurrentiels sur le territoire de plus de trois États membres, est étroitement liée à d'autres dispositions européennes pouvant être exclusivement ou plus efficacement appliquées par elle, ou concerne la politique de concurrence européenne rendant nécessaire une décision de la Commission. Elle peut en outre rejeter la plainte si celle-ci est traitée ou a été traitée par l'autorité d'un État membre (Règl. 1-2003, art. 13).

B. Examen de la plainte

A RETENIR

La Commission n'est pas tenue d'adopter une décision ou d'instruire. Elle doit toutefois préserver les droits du plaignant notamment en procédant à l'examen diligent et impartial de la plainte.

En effet, avant de rejeter la plainte ou d'en poursuivre l'instruction, la Commission doit examiner attentivement les éléments de fait et de droit portés à sa connaissance par la partie plaignante, en vue d'apprécier s'ils font apparaître un comportement de nature à fausser le jeu de la concurrence au sein du marché intérieur et à affecter le commerce entre États membres. Même si elle décide de n'ouvrir et poursuivre l'instruction que sur la base de certains éléments, la Commission doit procéder à un examen global, sous peine de faire l'objet d'un recours en carence. La Commission peut prendre une décision de classement d'une plainte pour défaut d'intérêt suffisant de l'Union non seulement avant d'avoir entamé l'instruction d'une affaire, mais également après avoir pris des mesures d'instruction, si cette constatation s'impose à ce stade de la procédure.

Le pouvoir discrétionnaire de la Commission en matière de traitement des plaintes lui permet de joindre ou non des affaires similaires. Elle peut ainsi traiter séparément différentes plaintes dénonçant des comportements similaires, en particulier dans l'hypothèse de nombreuses plaintes d'entreprises appartenant à des catégories différentes.

C. Intérêt de l'Union

A RETENIR

La Commission, qui n'est pas tenue d'instruire chaque plainte dont elle est saisie, peut leur accorder des degrés de priorité. La définition de priorités lui permet non seulement d'arrêter l'ordre d'examen des plaintes, mais aussi de rejeter la plainte pour défaut d'intérêt suffisant de l'Union.

La Commission détermine le degré de priorité des plaintes par référence à l'intérêt de l'Union, dont l'évaluation dépend des circonstances de chaque espèce. La Commission n'est ni limitée dans le nombre de critères d'appréciation auxquels elle peut avoir recours, ni contrainte de se référer exclusivement à certains critères tirés de sa Communication relative au traitement des plaintes. Elle n'est notamment pas obligée de se référer explicitement au concept d'intérêt de l'Union, il suffit que ce dernier sous-tende le raisonnement à l'origine de sa décision. Elle peut, pour rejeter la plainte pour défaut d'intérêt de l'Union, décider de ne pas examiner la gravité de la pratique et de privilégier d'autres critères, comme la complexité des mesures d'investigation ou la faible probabilité d'établir une infraction. Elle peut également appliquer des critères qui n'avaient pas été envisagés jusqu'alors dans la mesure où le contexte factuel et juridique peut varier considérablement d'une espèce à l'autre. L'autorité européenne peut, enfin, le cas échéant, faire prévaloir un seul critère pour évaluer l'intérêt de l'Union. Enfin, elle peut rejeter une plainte même si l'enquête sollicitée par le plaignant couvre le territoire de plusieurs Etats membres et nécessite des ressources importantes.

La seule référence abstraite à l'intérêt de l'Union est insuffisante. L'article 296 TFUE exige, en effet, que la Commission motive ses décisions, cette motivation faisant l'objet d'un contrôle minimum de légalité par les juridictions européennes. La Communication relative au traitement des plaintes dresse une liste, non exhaustive, de critères jugés pertinents par la jurisprudence pour apprécier l'intérêt de l'Union. Ainsi, la Commission doit notamment prendre en considération : la possibilité pour le plaignant d'introduire des actions pour faire valoir ses droits devant les juridictions nationales, la gravité ou la durée de l'infraction, son absence d'influence sur le fonctionnement du marché intérieur, la probabilité d'établir son existence et l'étendue des mesures d'instruction nécessaires pour y parvenir, la cessation de l'infraction, l'engagement pris par les entreprises de modifier leur comportement. La cessation de l'infraction n'est pas susceptible à elle seule de caractériser le défaut d'intérêt de l'Union. La pratique en cause doit avoir cessé et ne pas avoir d'effets persistants. En outre, la Commission doit tenir compte de la durée et de la gravité de l'infraction, même si celle-ci a cessé depuis longtemps et ne produit pas d'effets persistants.

III. Rejet

PLAN

En cas de rejet de la plainte, la Commission doit respecter :

- certaines règles de procédure ;
- une obligation de motivation ;
- les droits procéduraux du plaignant.

A. Procédure

Aux termes de l'article 7, paragraphe 1, du règlement 773-2004, «Lorsque la Commission considère que, sur la base des informations dont elle dispose, il n'existe pas de motifs suffisants pour donner suite à une plainte, elle informe le plaignant de ses raisons et lui impartit un délai pour faire connaître son point de vue par écrit. La Commission n'est pas tenue de prendre en considération les observations écrites reçues après l'expiration de ce délai».

La procédure de traitement d'une plainte s'articule autour de trois phases successives :

- **première phase** : durant cette phase, qui suit le dépôt de la plainte, la Commission examine la plainte et recueille les éléments qui lui permettent d'apprécier la suite qu'elle réservera à la plainte ; elle peut donner lieu à un échange de vues informel entre la Commission et le plaignant afin de préciser les éléments de fait et de droit sur lesquels porte la plainte ;
- **deuxième phase** : l'autorité européenne prend position en décidant de poursuivre l'instruction ou en considérant qu'il n'y a pas de motifs suffisants pour agir ; elle indique dans une communication adressée à la partie plaignante les motifs par lesquels il ne lui paraît pas justifié de donner une suite favorable à sa plainte et lui permet de présenter ses observations éventuelles dans un délai qu'elle fixe ; la plainte est réputée retirée si le plaignant ne fait pas connaître son point de vue dans ce délai ;
- **troisième phase** : la Commission prend connaissance des observations présentées par la partie plaignante ; cette phase se termine soit par le rejet de la plainte, soit par l'engagement d'une procédure.

Si la Commission estime ne pas devoir donner suite à la plainte, l'article 7 du règlement 773-2004 lui impose d'en informer le plaignant et de lui impartir un délai pour présenter ses observations écrites. La lettre de la Commission doit indiquer sa base juridique (Règl. 773-2004, art. 7, paragr. 1), préciser les raisons qui l'ont amenée à conclure provisoirement dans ce sens et donner au plaignant l'occasion de présenter des informations ou des observations complémentaires. Le plaignant a le droit d'obtenir communication de l'ensemble des documents sur lesquels la Commission a fondé son appréciation provisoire, même si celle-ci décide par la suite de ne plus se référer à certains d'entre eux dans la décision de rejet de la plainte. La communication des motifs doit être adressée au plaignant dans un délai raisonnable après le dépôt de la plainte. Le caractère raisonnable s'apprécie en fonction des circonstances propres à chaque espèce, compte tenu du contexte de celle-ci, des différentes étapes procédurales, de l'attitude des parties au cours

de la procédure, de la complexité de l'affaire, ainsi que de son enjeu pour les parties intéressées. Ainsi, lorsque quatre ans se sont écoulés entre le dépôt de la plainte et la mise en demeure des intéressés invitant la Commission à prendre position, les requérants sont en droit d'obtenir la communication des motifs de rejet de la plainte. La Communication relative au traitement des plaintes fixe le délai indicatif de réponse de la Commission à quatre mois après la réception de la plainte.

La communication des motifs constitue en principe un acte préparatoire insusceptible de faire l'objet d'un recours en annulation. En revanche, la lettre qui, même si elle ne qualifie pas les agissements dénoncés, ne soumet pas sa conclusion à d'éventuelles observations complémentaires des parties constitue un acte de classement de la plainte susceptible de recours.

Lorsque la Commission envisage de rejeter la plainte pour défaut d'intérêt de l'Union, elle doit accorder au plaignant un délai afin qu'il fasse valoir par écrit son point de vue. Ce délai doit être raisonnable. Il est fixé compte tenu du temps nécessaire à l'élaboration des observations et de l'urgence de l'affaire (Règl. 773-2004, art. 17, paragr. 1) ; il ne peut, selon la Communication relative au traitement des plaintes, être inférieur à quatre semaines. Il peut, sur demande motivée du plaignant, être prorogé (Règl. 773-2004, art. 17, paragr. 4). En principe, le défaut de réaction du plaignant dans le délai imparti implique le retrait automatique de la plainte (Règl. 773-2004, art. 7, paragr. 3). Toutefois, le dépassement de ce délai ne présume pas de manière irréfragable du consentement du plaignant au classement de la plainte, notamment lorsque des circonstances particulières peuvent légitimement expliquer ce dépassement. Dans tous les cas, la Commission n'est pas tenue, aux termes de l'article 7 du règlement 773-2004, de tenir compte des observations présentées hors délai.

La présentation d'observations écrites dans le délai fixé par la Commission confère au plaignant un droit à obtenir une décision définitive de la Commission. Sous l'empire du règlement 17, la Commission pouvait, pour rejeter la plainte, prendre soit une décision formelle (décision définitive de rejet), soit une décision informelle (lettre administrative de classement). Le règlement 773-2004 précise désormais que la Commission rejette la plainte par voie de décision, ce qui semble exclure la lettre de classement.

Lorsque la position de la Commission demeure inchangée à la suite des observations écrites du plaignant, elle rejette la plainte par voie de décision (Règl. 773-2004, art. 7). La notion de décision définitive a été définie par le juge européen : l'acte adressé aux plaignants, à la suite d'une communication des motifs de rejet de la plainte, par lequel la Commission prend position, est une décision définitive de rejet. Tel n'est pas le cas du défaut de réponse à une demande de mesures conservatoires ou de la lettre qui indique que les observations sont provisoires. La Commission doit en principe adopter sa décision dans un délai raisonnable. Toutefois, le caractère excessif du délai ne constitue ni un moyen d'annulation, ni un moyen devant être relevé d'office par le Tribunal de l'Union. La décision de rejet peut faire l'objet d'un recours devant les juridictions européennes.

La décision de rejet de plainte ne statue pas définitivement sur la question de l'existence ou de l'inexistence d'une infraction aux règles européennes de concurrence. Il s'ensuit que les juridictions nationales de concurrence pourront appliquer les articles 101 et 102

TFUE aux mêmes faits tout en tenant compte de l'appréciation des éléments de fait et de droit contenus dans la décision de la Commission. En revanche, la décision de rejet de plainte fait obstacle à la demande du plaignant de réouverture de l'enquête, à moins que ce dernier ne fasse état de nouveaux éléments de preuve significatifs.

B. Obligation de motiver

A RETENIR

La décision de rejet de la plainte prise au titre de l'article 7 du règlement 773-2004 doit être motivée. La motivation doit être adaptée à l'acte et tenir compte des circonstances de l'espèce. La Commission remplit son obligation de motivation lorsque la décision établit de façon circonstanciée les raisons spécifiques du rejet de la plainte, par référence au contexte de l'affaire.

Elle doit ainsi exposer les considérations de fait et de droit ayant conduit au rejet, mais n'a pas à répondre à tous les points de fait et de droit soulevés par le plaignant. La Commission peut simplement se référer à la lettre de communication des motifs lorsqu'elle fait apparaître de façon claire les raisons pour lesquelles la plainte est rejetée ou n'exposer que les faits et considérations juridiques revêtant une importance essentielle dans l'économie de la décision. La motivation de la décision de la Commission doit permettre au Tribunal de contrôler l'exercice de son pouvoir discrétionnaire de définir des priorités. Rien n'oblige cependant la Commission à invoquer de façon explicite la notion d'intérêt de l'Union. Le juge exerce un contrôle restreint sur les motifs de la Commission qui se limite à l'exactitude matérielle des faits, à l'erreur de droit, à l'erreur manifeste d'appréciation ou au détournement de pouvoir.

La motivation doit, dans tous les cas, permettre au destinataire de connaître les motifs de la mesure prise, afin qu'il puisse faire valoir, le cas échéant, ses droits et vérifier son bien-fondé.

L'examen de la jurisprudence met en lumière les motifs qui ne peuvent fonder un rejet de la plainte. La cessation de l'infraction ne peut ainsi, en elle-même, justifier le rejet d'une plainte : la Commission doit vérifier l'éventuelle persistance de ses effets anticoncurrentiels. La décision de rejet ne peut pas non plus reposer sur le fait que la constatation de l'infraction ne serait pas de nature à modifier la situation des plaignants, ou que la pratique serait favorisée par les autorités nationales. Dans le cas particulier où elle rejette une plainte sur le fondement de l'article 13, paragraphe 1, du règlement 1-2003, aux termes duquel «[...] La Commission peut [...] rejeter une plainte au motif qu'une autorité de concurrence d'un État membre la traite», la Commission est seulement tenue de vérifier que deux conditions sont remplies : l'affaire dont elle est saisie doit être traitée par une autorité de concurrence d'un État membre et porter sur le «même accord», la «même décision d'association» ou la «même pratique». Selon le juge de l'Union, le terme «traiter» au sens de l'article 13 ne peut désigner la seule saisine d'une autorité de concurrence, mais suppose l'utilisation de ses pouvoirs par cette dernière et un examen des éléments de fait et de droit afférents à l'affaire en cause, tel le lancement d'une enquête ou l'envoi de questionnaires aux entreprises du secteur. En outre, le rejet de plainte est possible même si l'autorité nationale a elle-même rejeté cette plainte pour des raisons de priorité,

pour autant qu'elle l'ait examinée au regard du droit de la concurrence de l'Union.

C. Droits procéduraux du plaignant

A RETENIR

Le plaignant est partie prenante à la procédure. Il a le droit d'être entendu et informé.

Le règlement 773-2004 précise ainsi, dès ses considérants, que le plaignant doit non seulement pouvoir s'exprimer lorsque la Commission ne souhaite pas donner suite à sa plainte, mais aussi être informé lorsque la plainte est rejetée au motif que celle-ci est en train d'être traitée ou l'a déjà été par une autorité de concurrence d'un État membre. Le Guide des bonnes pratiques précise que, lorsque après un examen minutieux de l'affaire, la Commission conclut à titre préliminaire qu'elle ne devrait pas poursuivre son enquête, elle doit informer le plaignant, au cours d'une réunion ou par téléphone, qu'elle estime à titre préliminaire qu'il est possible que sa plainte soit rejetée. Une fois informé, le plaignant peut décider de retirer sa plainte. Si le plaignant maintient sa demande, la Commission doit l'informer officiellement par lettre, en application de l'article 7, paragraphe 1, du règlement 1-2003, qu'elle conclut provisoirement qu'il n'existe pas de motifs suffisants pour donner suite à sa plainte, et doit lui impartir un délai pour faire connaître son point de vue par écrit. Le plaignant peut alors demander l'accès aux documents sur lesquels la Commission fonde son appréciation provisoire (Règl. 773-2004, art. 8, paragr. 1) et les utiliser dans les procédures administratives ou judiciaires qu'il tenterait à la suite du rejet de la plainte pour faire appliquer les articles 101 ou 102 TFUE.

Si, au cours de l'examen de la plainte, la Commission a ouvert la procédure en application de l'article 11, paragraphe 6, du règlement 1-2003 (coopération avec les autorités nationales), elle propose la tenue d'une réunion-bilan au plaignant avant l'envoi de la lettre officielle. Conformément à l'article 7, paragraphe 3, du règlement 1-2003, si le plaignant ne réagit pas à la lettre officielle dans le délai fixé par la Commission, la plainte est réputée avoir été retirée. Le plaignant est alors informé du classement administratif du dossier. Si les observations écrites formulées par le plaignant en réponse à la lettre officielle de la Commission ne conduisent pas à une appréciation différente de la plainte, la Commission en prononce le rejet par voie de décision, conformément à l'article 7, paragraphe 2, du règlement 1-2003. Si, en revanche, les observations écrites du plaignant entraînent une appréciation différente de la plainte, la Commission poursuit son enquête.

Si la Commission adresse une communication des griefs aux auteurs de l'infraction dénoncée, le plaignant a droit d'en recevoir une copie, peut présenter des observations écrites et être auditionné par le conseiller-auditeur. En cas de procédure de transaction, le plaignant sera uniquement informé, par écrit, de la nature et de l'objet de la procédure (Règl. 773-2004, art. 6).

CHAPITRE III Enquête préalable

SECTION 1

Enquêtes sectorielles

SECTION 2

Demande de renseignements

- I. Demande de la Commission
- II. Réponse de l'entreprise

SECTION 3

Inspection

- I. Inspection sur mandat
- II. Décision d'inspection
- III. Assistance des autorités nationales
- IV. Pouvoirs d'investigation
- V. Inspection d'autres locaux
- VI. Sanctions

SECTION 4

Droits de la défense

- I. Droit d'être entendu
- II. Obligation de loyauté
- III. Droit de ne pas témoigner contre soi-même
- IV. Principe de proportionnalité
- V. Principe d'inviolabilité du domicile
- VI. Secret professionnel
- VII. Transmission d'informations aux autorités nationales
- VIII. Transmission d'informations aux juridictions nationales

CHAPITRE III Enquête préalable

Aux termes de l'article 337 TFUE, la Commission peut, pour l'accomplissement des tâches qui lui sont confiées, recueillir toutes les informations et procéder à toutes les vérifications nécessaires. Ainsi, pour contrôler l'application des articles 101 et 102 TFUE, la Commission est habilitée à mener une enquête préalable à l'engagement d'une procédure (Règl. 1-2003, art. 18, 19 et 20). L'objet de cette enquête est d'établir l'existence ou non d'une infraction aux règles européennes de concurrence. L'exercice des pouvoirs d'enquête concourt au maintien du régime concurrentiel voulu par le Traité dont le respect s'impose impérativement aux entreprises. Le règlement 17 avait doté la Commission de larges pouvoirs d'investigation afin de lui permettre d'assurer une surveillance efficace des infractions aux règles européennes de concurrence. Elle disposait de la faculté de demander des renseignements et de procéder à des vérifications. Ces pouvoirs sont renforcés et complétés par le règlement 1-2003 (possibilité d'interroger les personnes détenant des informations utiles, d'apposer des scellés, d'accéder à tous locaux où des documents professionnels sont détenus, etc.). La Commission dispose, dans toute l'étendue de l'Union européenne, du pouvoir d'exiger les renseignements et de procéder aux inspections qu'elle juge nécessaires pour déceler les infractions aux articles 101 et 102 TFUE.

A RETENIR

En application du principe de l'opportunité des poursuites, la Commission décide seule de déclencher une enquête. Elle a, en outre, le libre choix de la mesure d'investigation.

La Commission peut procéder à des **enquêtes par secteurs économiques** (Règl. 1-2003, art. 17). Elle utilise de plus en plus cette mesure, qui lui permet, en fait, de recueillir des informations avant de se saisir d'office des infractions présumées. Elle peut adresser une **demande de renseignements** aux gouvernements et autorités compétentes des États membres, ainsi qu'aux entreprises et associations d'entreprises (Règl. 1-2003, art. 18). Elle peut, enfin, procéder à toutes les **inspections** nécessaires auprès des entreprises ou associations d'entreprises (Règl. 1-2003, art. 20). La Commission peut, en raison de l'autonomie de ces mesures, les utiliser dans l'ordre qu'elle souhaite. Elle peut recourir à l'une et/ou à l'autre dans l'ordre qui, à son avis, convient le mieux à la recherche des preuves de l'infraction présumée. La demande de renseignements et l'inspection sont des procédures d'investigation indépendantes. Même si elle dispose déjà d'indices, voire d'éléments de preuve relatifs à l'existence d'une infraction, la Commission peut légitimement estimer nécessaire de demander des renseignements supplémentaires lui permettant de mieux cerner l'étendue de l'infraction, sa durée ou le cercle des entreprises impliquées. Elle peut également ouvrir une nouvelle procédure d'enquête afin de compléter ou de vérifier l'exactitude des informations dont elle a eu connaissance incidemment lors d'une précédente inspection.

La Commission est dotée d'un véritable pouvoir d'information. La **demande de renseignements** a pour objet non seulement la preuve de l'existence d'une infraction aux articles 101 et 102 TFUE, mais aussi la fourniture d'informations sur des pratiques susceptibles d'être exonérées. Le caractère précis des informations que la Commission

juge opportun de connaître implique une collaboration préalable des entreprises ou associations d'entreprises sans laquelle les renseignements ne pourraient pas être recueillis.

Elle peut également, par le biais de l'échange d'informations prévu à l'article 12 du règlement 1-2003, se faire communiquer et utiliser comme moyen de preuve tout élément de fait ou de droit recueilli pour l'application de l'article 101 ou 102 TFUE par les autorités des États membres. Ces informations ne peuvent être utilisées comme moyen de preuve pour infliger une sanction à une personne physique que dans deux hypothèses : (i) la loi de l'autorité qui transmet l'information prévoit des sanctions similaires en cas de violation des articles 101 ou 102 TFUE ou, si ce n'est pas le cas, (ii) les informations ont été recueillies d'une manière qui assure le même niveau de protection des droits de la défense des personnes physiques que celui reconnu par les règles nationales de l'autorité destinataire. Il ne peut toutefois pas s'agir de peines privatives de liberté.

Le **pouvoir de recueillir des déclarations** fixé à l'article 19 du règlement 1-2003 constitue un nouveau pouvoir d'enquête de la Commission par rapport au dispositif du règlement 17. Dès les considérants, le règlement 1-2003 souligne l'importance pour la Commission de pouvoir interroger toute personne susceptible de disposer d'informations utiles et d'enregistrer ses déclarations. La Commission peut donc interroger toute personne physique ou morale qui accepte de l'être aux fins de la collecte d'informations relatives à l'objet d'une enquête. Lorsque les déclarations sont recueillies dans les locaux d'une entreprise, la Commission doit en informer l'autorité de concurrence de l'État membre sur le territoire duquel l'entretien a lieu. Les agents de l'autorité de concurrence de l'État membre concerné peuvent, si celle-ci le demande, prêter assistance aux agents, et aux autres personnes les accompagnant, mandatés par la Commission pour conduire l'entretien (Règl. 1-2003, art. 19).

Les dispositions du Traité confèrent aux entreprises le droit de contester en justice les décisions rendues par la Commission au cours de l'enquête préalable. L'entreprise, dont la situation juridique risque d'être modifiée par l'effet de la décision d'inspection ou exigeant la fourniture de renseignements, a en effet un intérêt à agir pour préserver ses droits. Elle dispose pour cela de deux voies de recours. Elle peut soit intenter un recours en annulation, soit un recours en référé en vue d'obtenir la suspension de l'exécution de la décision. Ces recours sont cependant strictement réglementés et ne peuvent pas être exercés dans tous les cas où l'entreprise serait en désaccord avec la décision de la Commission.

PLAN

Au titre de l'enquête préalable, nous examinerons successivement :

- les enquêtes sectorielles ;
- la demande de renseignements ;
- l'inspection ;
- les droits de la défense des entreprises.

SECTION 1**Enquêtes sectorielles**

L'article 17 du règlement 1-2003 dispose :

«1. Lorsque l'évolution des échanges entre États membres, la rigidité des prix ou d'autres circonstances font présumer que la concurrence peut être restreinte ou faussée à l'intérieur du Marché commun, la Commission peut mener son enquête sur un secteur particulier de l'économie ou un type particulier d'accords dans différents secteurs. Dans le cadre de cette enquête, la Commission peut demander aux entreprises ou aux associations d'entreprises concernées les renseignements nécessaires à l'application des articles 81 et 82 [devenus art. 101 et 102 TFUE] du Traité et effectuer les inspections nécessaires à cette fin.

La Commission peut notamment demander aux entreprises ou associations d'entreprises concernées de lui communiquer tous accords, décisions et pratiques concertées.

La Commission peut publier un rapport sur les résultats de son enquête portant sur des secteurs particuliers de l'économie ou des types particuliers d'accords dans différents secteurs et inviter les parties intéressées à faire part de leurs observations.»

Le Comité consultatif en matière d'ententes et de position dominante doit être consulté préalablement à l'ouverture de l'enquête.

Par ailleurs, l'article 17 précise que les articles 14, 18, 19, 20, 22, 23 et 24 sont applicables par analogie lorsque la Commission procède à une enquête par secteurs économiques. Ainsi, la Commission pourra demander tous les renseignements nécessaires à l'accomplissement de sa mission aux gouvernements et autorités compétentes des États membres, ainsi qu'aux entreprises et associations d'entreprises. Elle est également habilitée, lors de l'enquête sectorielle, à faire procéder à toutes inspections nécessaires soit par ses agents (art. 18), soit par les autorités des États membres (art. 22).

SECTION 2**Demande de renseignements****I. Demande de la Commission**

L'article 18 du règlement 1-2003, sans établir de hiérarchie entre les demandes, précise uniquement que «pour l'accomplissement des tâches qui lui sont assignées par le présent règlement, la Commission peut, par simple demande ou par voie de décision, demander aux entreprises et associations d'entreprises de fournir tous les renseignements nécessaires».

A RETENIR

Désormais, il n'est plus nécessaire, pour effectuer une demande par voie de décision, que la Commission ait préalablement adressé une demande simple à l'entreprise. La Commission reste cependant soumise au principe de proportionnalité qui lui impose, lorsqu'un choix est offert entre deux mesures, de recourir à la moins contraignante.

La demande de renseignement est envoyée à l'entreprise ou l'association d'entreprises concernée. L'article 18 du règlement 1-2003 précise, au paragraphe 4, que «sont tenus de fournir les renseignements demandés, au nom de l'entreprise ou de l'association d'entreprises concernées, les propriétaires des entreprises ou leurs représentants». Selon le Tribunal, la demande de renseignements peut donc être adressée à une holding financière dès lors qu'il est probable qu'elle-même ou des sociétés qu'elle contrôle soient en possession des informations recherchées. Lorsque l'entreprise destinataire d'une demande de renseignement a son siège social dans un pays tiers, le choix de la langue officielle de la décision attaquée doit tenir compte du rapport établi entre cette entreprise et un État membre de l'Union. Lorsque l'entreprise demande à la Commission une version linguistique de la décision en sa possession, l'autorité est tenue de déférer à cette requête.

La **demande simple** est adressée à l'entreprise par lettre recommandée avec accusé de réception signée par un fonctionnaire habilité de la Commission. Celle-ci doit simultanément transmettre copie de cette demande à l'autorité compétente de l'État membre sur le territoire duquel se trouve le siège de l'entreprise ou de l'association d'entreprises. Elle doit indiquer la base juridique et le but de la demande, préciser les renseignements demandés et fixer le délai dans lequel ils doivent être fournis, ainsi que les sanctions encourues en cas de fourniture d'un renseignement inexact ou dénaturé.

La Commission peut également demander les informations requises **par voie de décision**. Comme toute décision, elle doit être notifiée à son destinataire et ne prend effet qu'à compter de cette notification. Simultanément à la notification, copie de la demande doit être adressée à l'autorité compétente de l'État membre sur le territoire duquel se trouve le siège de l'entreprise ou de l'association d'entreprises.

La demande de renseignement par décision doit indiquer :

- la base juridique et le but de la demande ;
- les sanctions encourues en cas de fourniture de renseignements inexacts ;
- les voies de recours ouvertes à l'entreprise en cause sur le fondement des articles 263 et 278 TFUE.

La demande formelle de renseignements doit, comme toute décision de la Commission, être motivée (TFUE, art. 296). Elle doit ainsi indiquer la finalité de l'enquête. Cette obligation constitue une exigence fondamentale : elle fait apparaître le caractère justifié des informations sollicitées auprès des entreprises concernées et permet aux entreprises d'apprécier les présomptions que la Commission entend vérifier. La demande doit préciser avec suffisamment de clarté les présomptions d'infraction que la Commission entend vérifier, mais non les indices qu'elle détient déjà. En outre, lorsque la demande par voie de décision fait suite à une demande simple de renseignements, elle est soumise à une obligation de motivation alléguée. Elle peut ainsi reprendre les mêmes arguments que la demande simple à laquelle l'entreprise n'aurait pas répondu. La Commission n'est pas contrainte de communiquer toutes les informations dont elle dispose à propos des infractions présumées ni de procéder à une qualification juridique rigoureuse de ces infractions. Cependant, la motivation de la demande de renseignements ne doit pas être excessivement succincte, vague et générique, voire ambiguë, à plus forte raison lorsque

la décision est adoptée plus de deux années après les premières inspections, alors que la Commission dispose déjà d'informations qui lui permettent d'exposer avec davantage de précision les soupçons d'infraction qui pèsent sur les entreprises en cause.

Il appartient à la Commission de décider si un renseignement est nécessaire pour déceler l'existence d'une infraction aux règles de la concurrence. Elle n'est ainsi pas tenue de motiver spécialement sa décision quant à la nécessité des documents sollicités. La Commission ne peut toutefois exiger que la communication d'informations lui permettant de vérifier les présomptions susceptibles de justifier la conduite de l'enquête et indiquées dans la demande. **La demande de renseignement doit, en effet, établir une corrélation entre les renseignements demandés et l'infraction présumée.** Les renseignements demandés par la Commission doivent avoir un lien avec les infractions présumées, et ne pas représenter pour l'entreprise une charge disproportionnée par rapport aux nécessités de l'enquête. Le caractère nécessaire des renseignements demandés s'apprécie en fonction de la finalité de l'enquête, telle qu'elle est obligatoirement précisée dans la demande. Le fait que la demande présente une large portée, que la Commission n'ait pas au préalable procédé à des inspections dans les locaux de l'entreprise, ni adressé de demande simple de renseignements ne présume pas du caractère exploratoire de sa requête («*fishing expedition*»). En revanche, une décision par laquelle la Commission demande à une entreprise de fournir à nouveau des renseignements antérieurement demandés, au motif que certains d'entre eux seulement seraient incorrects, est susceptible d'imposer à celle-ci une charge démesurée par rapport aux nécessités de l'enquête et n'est conforme ni au principe de proportionnalité ni à l'exigence de nécessité. De même, la recherche d'une facilité de traitement des réponses fournies par les entreprises ne saurait justifier qu'il leur soit imposé de fournir sous un nouveau format des renseignements déjà en possession de la Commission. Cependant, la Commission ne viole pas les principes de nécessité ou de proportionnalité lorsqu'elle demande la fourniture de renseignements plus précis que ceux transmis jusqu'alors.

II. Réponse de l'entreprise

L'obligation de fournir les renseignements demandés par la Commission pèse sur les propriétaires des entreprises concernées ou leurs représentants et, dans le cas de personnes morales, de sociétés ou d'associations n'ayant pas la personnalité juridique, les personnes chargées de les représenter selon la loi ou les statuts. Les informations peuvent également être communiquées à la Commission par les avocats dûment mandatés au nom de leurs mandants, qui demeurent pleinement responsables du caractère complet, exact et non dénaturé des renseignements fournis.

A RETENIR

L'entreprise est soumise à l'obligation de répondre dès l'envoi de la demande simple de renseignements. Une réaction passive ou la fourniture d'une partie seulement des renseignements demandés caractérisent un refus de collaborer.

Eu égard aux sanctions pécuniaires applicables en cas de réponse tardive ou inexacte, le délai accordé aux entreprises doit leur permettre non seulement de fournir matérielle-

ment une réponse, mais également de s'assurer du caractère complet, exact et non dénaturé des renseignements communiqués. L'étendue du devoir de collaboration dépend de la finalité de l'enquête telle que précisée dans la demande. Aussi, pour apprécier la portée de son obligation de répondre, l'entreprise devra-t-elle se référer aux bases juridiques et au but de la demande mentionnés par la Commission. L'entreprise doit non seulement fournir les renseignements requis dans le délai imparti par la Commission, mais aussi fournir des informations complètes.

La réponse de l'entreprise doit être appréciée dans son ensemble. En effet, cette appréciation ne saurait se limiter aux seules réponses aux questions posées. Ainsi, doivent être considérés comme une réponse à une demande de renseignements non seulement les réponses aux questions précises de la Commission, mais aussi les renseignements qui dépassent le cadre spécifique de ces questions, dans la mesure où ils entrent dans l'objet de la demande de la Commission.

L'entreprise ou l'association d'entreprises doit fournir des renseignements exacts et non dénaturés (Règl. 1-2003, art. 18). La fourniture de renseignements inexacts ou dénaturés l'expose au paiement d'une amende qui peut s'élever à 1 % du chiffre d'affaires total réalisé au cours de l'exercice social précédent, que l'infraction soit commise de propos délibéré ou par négligence (Règl. 1-2003, art. 23). Ainsi, l'entreprise interrogée qui fournit, par négligence, des renseignements inexacts, en réponse à une demande formelle de la Commission, s'expose à une amende. Il importe peu que les renseignements aient été fournis spontanément ou sur demande de la Commission. La Commission peut en outre infliger à l'entreprise une astreinte jusqu'à concurrence de 5 % du chiffre d'affaires journalier moyen réalisé au cours de l'exercice social précédent par jour de retard pour l'obliger à fournir de manière complète les renseignements demandés (Règl. 1-2003, art. 23).

A RETENIR

En cas de demande simple, seule l'inexactitude du renseignement expose l'entreprise à une sanction pécuniaire, alors que le refus de répondre suffit à sanctionner l'entreprise interrogée par voie de décision.

Tout renseignement qui donne de la situation sur laquelle porte la question une image déformée qui s'écarte considérablement de la réalité sur des points importants, notamment un renseignement faux ou à tel point incomplet que la réponse dans son ensemble est de nature à induire la Commission en erreur sur la situation véritable, est inexact. Ainsi, l'entreprise qui, en réponse à une demande de renseignements de la Commission, ne lui communique pas les documents qui permettraient d'identifier le nombre et la nature des contrats concernés par une recommandation d'association d'entreprises, fournit des renseignements incomplets qui justifient une injonction de fourniture d'informations précises dans le délai de deux mois sous peine de sanctions. De même, la communication d'un chiffre d'affaires erroné est qualifiée par le juge européen de négligence grave fondant une majoration du montant de l'amende. Enfin, les réponses aux questions précises de la Commission, comme les renseignements qui dépassent le cadre spécifique de ces questions, constituent, selon le juge européen, une réponse dans la mesure où ils entrent

dans l'objet de la demande de la Commission. Dès lors, l'inexactitude des renseignements fournis peut être révélée par des inspections postérieures.

SECTION 3

Inspection

A RETENIR

L'article 20 du règlement 1-2003 autorise la Commission à «procéder à toutes les inspections nécessaires auprès des entreprises et associations d'entreprises». Les agents habilités procèdent à l'inspection par voie de mandat ou de décision, et sont assistés par les agents de l'autorité de l'État membre sur le territoire duquel se déroulent les opérations d'investigations.

La Commission peut, également, aux termes de l'article 22, paragraphe 2, du même texte, demander aux autorités compétentes des États membres de procéder sur leur territoire aux inspections qu'elle juge indiquées ou qu'elle a ordonnées par voie de décision.

La Commission peut choisir librement de procéder par mandat et/ou par décision, en fonction des seules nécessités de l'instruction. L'autorité européenne n'est pas tenue d'effectuer une inspection par simple mandat avant de recourir à une inspection par voie de décision. Cette solution est justifiée par l'objet même de l'inspection, qui tend à permettre à la Commission de recueillir la documentation nécessaire pour contrôler la réalité et la portée d'une situation de fait ou de droit déterminée. Le pouvoir discrétionnaire de la Commission ne se limite pas en la matière au seul choix de la forme de l'inspection. Elle peut ainsi procéder à une inspection «surprise» ou «dawn raid» sans en avertir au préalable les entreprises concernées. Elle prend alors une décision ordonnant à l'entreprise ou l'association d'entreprises de se soumettre à l'inspection.

PLAN

Nous examinerons successivement :

- l'inspection sur mandat ;
- l'inspection par voie de décision ;
- l'assistance des autorités nationales ;
- les pouvoirs d'investigation des agents habilités ;
- l'inspection d'autres locaux que ceux de l'entreprise ;
- les sanctions.

I. Inspection sur mandat

A RETENIR

L'inspection peut se dérouler sur simple mandat (Règl. 1-2003, art. 20, paragr. 3). Le mandat doit être écrit et préciser l'objet et le but de l'inspection ainsi que la sanction prévue en cas de non-collaboration de l'entreprise inspectée. Ce mandat doit être produit par les agents habilités.

Préalablement à l'inspection et «en temps utile», la Commission doit informer l'autorité compétente de l'État membre sur le territoire duquel cette procédure va avoir lieu non seulement de la mission de la vérification (objet et but), mais aussi de l'identité des agents mandatés.

Si les entreprises ne sont pas tenues de se soumettre à une inspection par voie de mandat, elles doivent, aux termes de l'article 20, paragraphe 3, fournir une information complète, ainsi que des réponses exactes et non dénaturées sous peine de sanctions, lorsqu'elles l'acceptent. L'obligation de présenter d'une manière complète les documents requis par les agents de la Commission doit s'entendre non seulement comme la possibilité d'accès à l'ensemble de ceux-ci, mais aussi comme l'obligation de présenter effectivement les documents précisément demandés. La Commission est en effet seul juge de la pertinence ou non d'un document. Il n'appartient pas aux entreprises soumises à l'inspection de juger du bien-fondé de la demande de documents ou de leur caractère utile, ni d'invoquer leur caractère confidentiel pour se dérober à l'exécution de cette obligation. Une mise à disposition, d'une manière générale et globale, de toutes les archives de l'entreprise concernée ne suffit pas à remplir cette obligation. En outre, l'entreprise, informée préalablement de l'inspection à laquelle elle s'est volontairement soumise, ne peut, pour justifier une présentation incomplète, se prévaloir de l'ignorance de son représentant alors qu'il lui appartient de le choisir elle-même et sous sa propre responsabilité.

II. Décision d'inspection

A RETENIR

Les agents habilités peuvent procéder à l'inspection par voie de décision formelle (Règl. 1-2003, art. 20, paragr. 4). Dans ce cas, la Commission peut adopter une décision dès lors qu'elle dispose d'éléments et d'indices matériels sérieux la conduisant à suspecter l'existence d'une infraction. Il n'est pas nécessaire que les documents qui lui sont soumis soient de nature à établir sans doute raisonnable l'existence de l'infraction constatée dans la décision finale, mais seulement qu'ils soient de nature à créer un commencement de soupçon de comportement anticoncurrentiel.

La décision est généralement adoptée selon le système de l'habilitation. Ce système est compatible avec le principe de collégialité qui régit le fonctionnement de la Commission, dès lors que les décisions prises sur habilitation le sont au nom de la Commission, qui en assume la pleine responsabilité et que le système se limite aux actes d'administration ou de gestion. La Commission prend la décision de procéder à l'inspection après avoir entendu l'autorité de concurrence de l'État membre sur le territoire duquel l'inspection doit être effectuée. Cette audition peut être informelle, notamment en cas de vérification surprise ou «dawn raid».

La décision d'inspection doit indiquer l'objet et le but de l'inspection, fixer la date à laquelle elle commence et mentionner les sanctions encourues en cas de non-collaboration des entreprises, ainsi que le recours ouvert devant la Cour de justice contre la décision. Elle n'a pas à contenir de mesures de protection spécifiques relatives à la consultation des correspondances entre l'entreprise et ses avocats, dès lors que le respect de la confidentialité s'impose aux agents de la Commission indépendamment de la portée de leur

mandat. Même si elle doit clairement indiquer les présomptions d'infraction qu'elle entend vérifier, la décision n'a pas besoin d'indiquer les indices sur lesquels la Commission se fonde ni de comporter la délimitation précise du marché et la qualification juridique exacte des infractions. La décision peut être motivée en termes très généraux dès lors qu'elle désigne l'infraction recherchée et les éléments sur lesquels doit porter l'inspection.

Néanmoins, la motivation de la décision d'inspection doit demeurer suffisamment précise pour éviter le reproche de «*fishing expedition*», pratique qui consiste à se livrer à des investigations indéterminées, afin de recueillir, le cas échéant, des informations sur des comportements dont la Commission n'a pas connaissance. Le Tribunal a récemment modifié sa position à l'égard des «*fishing expeditions*». Après avoir posé en principe que «les facultés d'enquête de la Commission seraient dépourvues d'utilité si elle devait se limiter à demander la production de documents qu'elle serait à même d'identifier au préalable de façon précise», ce qui implique qu'elle puisse rechercher «des éléments d'information divers qui ne sont pas encore connus ou pleinement identifiés», le juge européen a, d'abord, déclaré que «lorsqu'elle effectue une inspection dans les locaux d'une entreprise en vertu de l'article 20, paragraphe 4, du règlement n° 1-2003, la Commission est tenue de limiter ses recherches aux activités de cette entreprise relatives aux secteurs indiqués dans la décision ordonnant l'inspection». Le Tribunal a par conséquent annulé des décisions d'inspection qui portaient sur un marché beaucoup plus étendu que celui pour lequel la Commission disposait d'indices sérieux d'infraction. Par la suite, le Tribunal s'est montré plus compréhensif en admettant que la Commission pouvait décider de nouvelles investigations afin d'obtenir copie des documents dont elle aurait eu incidemment connaissance au cours de saisies sans rapport avec l'objet de l'enquête initiale ou de mieux cerner l'infraction et sa durée, même si elle dispose déjà d'indices, voire d'éléments de preuve, relatifs à l'existence d'une infraction. La Cour de justice considère, en revanche, que n'étant pas tenue de procéder à une délimitation précise du marché en cause, puisque l'inspection a précisément pour objet de recueillir des preuves de l'infraction présumée, la Commission ne porte pas atteinte aux droits de la défense lorsqu'elle n'indique pas précisément le marché géographique concerné, ni les types de comportements soupçonnés. Toutefois, les termes de la décision d'inspection ne doivent pas, sous peine d'annulation, excéder la portée de l'infraction qui peut être suspectée sur le fondement des indices détenus par la Commission.

Lorsqu'une décision d'inspection motivée a été correctement notifiée à une personne qualifiée au sein de l'entreprise, la Commission doit être en mesure d'effectuer ses inspections sans être soumise à une obligation d'informer chaque membre du personnel concerné de ses droits et devoirs dans les circonstances de l'espèce. Les entreprises concernées par l'inspection ont l'obligation de se soumettre aux opérations d'investigation et leur comportement ne doit pas compromettre l'exécution de l'inspection. Tel est le cas lorsque l'entreprise fait des déclarations inexactes sur la situation du bureau de son dirigeant ou n'accorde pas aux inspecteurs un accès exclusif aux comptes de messagerie demandés, sans qu'il y ait lieu de vérifier si des messages ont été manipulés ou supprimés ou si la personne concernée avait personnellement connaissance de la mesure. Le refus de se soumettre à l'inspection par voie de décision, même temporaire, expose l'entreprise au paiement d'une amende. L'infraction procédurale est caractérisée même si, par

la suite, aucune violation du droit matériel n'est imputée à l'entreprise. Le fait qu'une association d'entreprises comporte des membres qui ne sont pas établis dans un État de l'Union ne l'exonère pas de l'obligation de se soumettre à l'inspection, dès lors que ses activités ont lieu à partir ou à destination du territoire de l'Union européenne.

La Commission a publié une note d'information qui détaille l'étendue et les limites des pouvoirs d'investigation des agents habilités, ainsi que les droits et obligations des entreprises concernées. Elle rappelle notamment l'obligation des entreprises de se soumettre à l'inspection par voie de décision et celle pour les enquêteurs de leur remettre une copie certifiée conforme de la décision.

III. Assistance des autorités nationales

A RETENIR

L'autorité compétente de l'État membre sur le territoire duquel l'inspection sera effectuée est soit avertie au préalable, s'il s'agit d'une inspection par voie de mandat, soit entendue, si la Commission adopte une décision formelle. En contrepartie, les autorités nationales concernées doivent prêter assistance à la Commission dans l'exécution de sa mission.

Les agents nationaux prêtent activement leur assistance aux agents de la Commission à la demande de celle-ci ou de l'autorité nationale (Règl. 1-2003, art. 20, paragr. 5). Ils disposent des mêmes pouvoirs que les agents habilités. Lorsqu'une entreprise s'oppose à l'inspection, cette assistance est nécessaire pour exécuter, au besoin en recourant à la force publique ou à une autorité disposant d'un pouvoir de contrainte équivalent, les opérations d'enquête (Règl. 1-2003, art. 20, paragr. 6). Le concours de l'autorité nationale n'est pas subordonné au refus de coopération de l'entreprise, objet de l'inspection. La simple éventualité d'une opposition suffit.

Chaque État membre règle les conditions dans lesquelles l'assistance des autorités nationales est fournie aux agents de la Commission. Si le droit national soumet l'octroi d'une assistance à une autorisation judiciaire, cette autorisation doit être sollicitée, même à titre préventif (Règl. 1-2003, art. 20, paragr. 7). Lorsqu'une autorisation est nécessaire, le juge national contrôle l'authenticité de la décision de la Commission et la proportionnalité des mesures coercitives demandées par rapport à l'objet de l'inspection (Règl. 1-2003, art. 20, paragr. 8). Le juge vérifie si les mesures de contrainte demandées ne sont pas arbitraires ou excessives par rapport à l'objet de l'inspection. Il peut également demander à la Commission des explications détaillées sur les motifs de présumer une infraction, ainsi que sur la gravité de la violation suspectée et sur la nature de l'implication de l'entreprise concernée (art. 20, paragr. 8). Il ne peut, en revanche, ni apprécier le caractère nécessaire de l'inspection voulue par la Commission, ni substituer sa propre appréciation à celle de la Commission, ni exiger la communication des informations figurant dans le dossier de la Commission (art. 20, paragr. 8). Le contrôle de légalité relève de la compétence de la Cour de justice. Mais les décisions prises par l'autorité judiciaire nationale, dans le cadre de l'assistance prêtée aux agents de la Commission confrontés à une opposition de l'entreprise inspectée, ne peuvent être contrôlées par le juge européen.

IV. Pouvoirs d'investigation

Les agents habilités disposent d'importants pouvoirs d'investigation, qui ont été notamment renforcés par le règlement 1-2003. Ils sont autorisés par l'article 20, paragraphe 2, à :

- accéder à tous les locaux, terrains et moyens de transport des entreprises et associations d'entreprises ;
- contrôler les livres ainsi que tout autre document professionnel, quel qu'en soit le support ;
- prendre ou obtenir sous quelque forme que ce soit copie ou extrait de ces livres ou documents ; la Commission détermine les documents professionnels qui doivent être présentés et dont elle souhaite prendre copie ; elle doit pouvoir recueillir tous les éléments nécessaires à l'inspection sans avoir à identifier au préalable de façon précise les documents nécessaires, tout en limitant ses investigations aux activités visées par la décision d'enquête et en s'abstenant d'utiliser les documents qu'elle a consultés qui ne relèvent pas de ce cadre ; en revanche, le fait que les documents saisis concernent un tiers à la mesure d'inspection ne remet pas en cause la légalité des opérations, dès lors qu'ils entrent dans le champ d'application de l'enquête ; les entreprises peuvent à tout moment demander la restitution des documents professionnels dont la copie est sans rapport avec l'objet de l'inspection ; enfin, il ne peut être reproché aux agents de la Commission de ne pas s'être limités à demander la production de documents relevant très clairement et à l'évidence de l'objet de l'enquête, en l'absence de preuve qu'ils ont effectué des recherches ciblées en dehors de celui-ci ;
- apposer des scellés sur tous les locaux commerciaux et livres ou documents pendant la durée de l'inspection et dans la mesure où cela est nécessaire aux fins de celle-ci ;
- demander à tout représentant ou membre du personnel de l'entreprise ou de l'association d'entreprises des explications sur des faits ou documents en rapport avec l'objet et le but de l'inspection et enregistrer ses réponses ; cette demande d'explications orales ne peut être assimilée à une demande de renseignements au sens de l'article 18 ; dès lors, le procès-verbal dressé par les agents mandatés de la Commission et retraçant les explications orales fournies par l'entreprise s'étant volontairement soumise à une vérification ne peut faire l'objet d'un recours en annulation.

La Commission a publié le 11 septembre 2015 une note explicative révisée relative aux inspections menées en application de l'article 20, paragraphe 4, du Règlement 1-2003, où elle précise les droits et obligations des entreprises soumises à une inspection. L'entreprise peut consulter un avocat, mais l'absence de l'avocat n'est pas susceptible d'invalider l'inspection. Les inspecteurs peuvent commencer l'inspection sans attendre la venue de ce dernier. Un court délai peut toutefois être accordé à l'entreprise pour lui permettre avant le début des opérations de consulter son conseil. Lorsque l'entreprise ou les membres de son personnel fournissent des explications orales sur place à la demande des inspecteurs, elles doivent être enregistrées sous quelque forme que ce soit, copie de cet enregistrement étant fournie à l'entreprise après l'inspection. La Commission est tenue de procéder à l'enregistrement de tout entretien effectué dans le cadre de ses pouvoirs d'inspection, sans distinguer selon qu'elle les estime formels ou informels.

Si une personne non autorisée par l'entreprise à la représenter donne des explications orales au cours de l'inspection, l'entreprise peut se voir accorder un délai pour amender ou corriger ces explications. Les inspecteurs sont autorisés à procéder aux visites et saisies, et par conséquent à prendre copies de documents ou extraits de documents quel que soit le support sur lequel ils sont stockés. Ils peuvent inspecter l'ensemble des supports informatiques et supports d'archivage de l'entreprise (ordinateurs portables, ordinateurs de bureau, téléphones mobiles, clés USB, DVD, etc.) et peuvent utiliser leur matériel et logiciels dédiés pour récolter les informations contenus dans ces supports («Forensic IT tools»). L'entreprise doit apporter sa collaboration à l'inspection, notamment en permettant le blocage temporaire des comptes email, la déconnexion des ordinateurs du réseau, la désinstallation et réinstallation des disques durs, etc. Elle ne doit pas s'opposer à ces actions et doit en avertir les salariés concernés. Une copie de l'ensemble des documents papiers et informatiques saisis est remise à l'entreprise, qui bénéficiera de la protection du secret professionnel, le cas échéant. Les scellés apposés par les inspecteurs ne doivent pas être rompus.

V. Inspection d'autres locaux

A RETENIR

L'article 21 du règlement 1-2003 autorise la recherche de la preuve dans tous les locaux où la Commission soupçonne la détention de livres ou autres documents professionnels en rapport avec l'objet de l'inspection, qui pourraient être pertinents pour prouver une infraction grave. Dans ce cas, l'inspection peut avoir lieu dans tous les locaux, terrains et moyens de transport, où sont détenus ces documents, y compris au domicile des chefs d'entreprise, des dirigeants et des autres membres du personnel des entreprises et associations d'entreprises concernées. L'inspection doit prendre la forme d'une décision formelle, qui doit être motivée.

Elle précise l'objet et le but de l'inspection, notamment en détaillant les motifs qui font soupçonner à la Commission l'existence d'une infraction grave. La décision doit en outre fixer la date à laquelle elle commence et indiquer la possibilité d'introduire un recours contre la décision devant le Tribunal. La Commission doit au préalable consulter l'autorité de concurrence de l'État membre sur le territoire duquel l'inspection doit être effectuée. En outre, l'exécution de la décision ne peut avoir lieu sans avoir fait l'objet d'une autorisation judiciaire du juge national selon les mêmes modalités que l'inspection par voie de décision.

VI. Sanctions

A RETENIR

Les entreprises s'exposent au paiement d'une amende pouvant aller jusqu'à 1 % du chiffre d'affaires total réalisé au cours de l'exercice social précédent lorsque délibérément ou par négligence, elles ne respectent pas leurs obligations en matière d'inspection (Règl. 1-2003, art. 23).

Tel est le cas lorsqu'elles présentent de façon incomplète les livres ou autres documents

professionnels requis ou ne se soumettent pas aux inspections par voie de décision, en particulier en refusant l'accès à leurs locaux des inspecteurs de la Commission avant l'arrivée de leurs avocats. Ainsi, le refus temporaire des avocats d'accorder aux agents enquêteurs l'accès au bureau de l'un des directeurs suffit à considérer que l'entreprise en cause a refusé de se soumettre à la décision de vérification, sans que la Commission soit tenue d'établir que le retard engendré par ce refus a pu provoquer la destruction ou la dissimulation de documents. Il en va de même lorsque les entreprises fournissent une réponse incorrecte ou dénaturée lors d'une demande d'explication orale, omettent de corriger cette réponse dans le délai fixé, omettent ou refusent de fournir une réponse complète sur des faits en rapport avec l'objet et le but de l'inspection ordonnée par voie de décision, ou brisent les scellés apposés par les agents de la Commission.

La Commission peut par ailleurs infliger à l'entreprise une astreinte jusqu'à concurrence de 5 % du chiffre d'affaires journalier moyen réalisé au cours de l'exercice social précédent par jour de retard pour la contraindre à se soumettre à l'inspection (Règl. 1-2003, art. 24, paragr. 1, e)).

SECTION 4

Droits de la défense

La Commission dispose d'importantes prérogatives en matière d'enquête. Dans la recherche de la preuve des infractions suspectées, l'autorité européenne recourt à des moyens d'investigation qui relèvent normalement de la procédure pénale : interrogatoire (pouvoir de recueillir des déclarations, demande de renseignements) ; perquisition (inspections).

Cependant, les règles du droit judiciaire ne s'appliquent pas en matière de concurrence, et les textes qui gouvernent la procédure d'application des règles de concurrence sont quasiment muets sur les droits des entreprises lors de l'enquête préalable.

Aussi la Cour de justice, pour interpréter les dispositions applicables aux procédures d'enquête préalable, a-t-elle eu recours aux principes généraux du droit européen, dont elle doit assurer le respect conformément aux traditions constitutionnelles des États membres ainsi qu'aux textes internationaux auxquels ces États ont coopéré ou adhèrent. Sur le fondement des principes et conceptions juridiques communs aux États membres, elle a posé le principe selon lequel les entreprises bénéficient, dès le stade de l'enquête préalable, de droits fondamentaux, qui font partie intégrante des principes généraux précédemment évoqués. Le respect des droits de la défense constitue un principe fondamental de l'ordre juridique européen qui s'impose tant aux institutions européennes qu'aux autorités nationales chargées d'appliquer les règles du droit européen.

A RETENIR

Dans la procédure d'application des règles de concurrence, les droits de la défense ne peuvent en principe être invoqués que postérieurement à la communication des griefs, conformément aux dispositions du règlement 773-2004.

Les procédures d'information et d'inspection peuvent avoir un caractère déterminant pour établir la preuve du caractère illégal du comportement d'entreprises de nature à engager leur responsabilité. Aussi convient-il «d'éviter que les droits de la défense de l'entreprise soupçonnée d'infraction aux règles de la concurrence soient irrémédiablement compromis dans le cadre de l'enquête préalable».

Il est néanmoins apparu nécessaire de reconnaître des droits de la défense à l'entreprise poursuivie en contrepartie des pouvoirs d'enquête exorbitants de la Commission. Les juridictions européennes refusent d'apprécier directement au regard des dispositions de la Convention européenne des droits de l'Homme (CEDH) la légalité d'une procédure d'enquête au motif que ces dispositions ne font pas partie intégrante du droit européen. Cependant, elles reconnaissent la signification particulière de ce texte au sein des droits fondamentaux. L'article 6, paragraphe 2, du Traité UE précise ainsi que l'Union respecte les droits fondamentaux tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne des droits de l'Homme.

Depuis le 1er décembre 2009, date d'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, adoptée au Conseil européen de Nice le 7 décembre 2000, fait partie intégrante du bloc de légalité de l'Union. En effet, aux termes de l'article 6, paragraphe 1, TUE, «l'Union reconnaît les droits, les libertés et les principes énoncés dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000, telle qu'adaptée le 12 décembre 2007 à Strasbourg, laquelle a la même valeur juridique que les traités». Négligée par les juridictions de l'Union avant qu'elle n'acquière force contraignante, la Charte est aujourd'hui fréquemment invoquée par les justiciables, en complément de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, dont elle reproduit certaines dispositions.

PLAN

Les droits de la défense comprennent :

- le droit d'être entendu ;
- l'obligation de loyauté ;
- le droit de ne pas témoigner contre soi-même ;
- le principe de proportionnalité ;
- le principe d'inviolabilité du domicile ;
- le secret professionnel ;
- les droits des entreprises en cas de transmission d'informations aux autorités nationales ;
- les droits des entreprises en cas de transmission d'informations aux juridictions nationales.

I. Droit d'être entendu

A RETENIR

Le droit de l'entreprise, au cours de la procédure administrative, de faire connaître utilement son point de vue sur la réalité et la pertinence des faits et circonstances allégués ainsi que sur les documents retenus par la Commission à l'appui de son allégation de l'existence d'une infraction au Traité est un principe fondamental du droit européen.

La Commission doit, aux termes de l'article 27, paragraphe 1, du règlement 1-2003, entendre l'intéressée avant de prendre une décision lui faisant grief. Le texte énumère limitativement les décisions de la Commission qui ne peuvent être prises sans avoir donné la possibilité aux intéressés d'exprimer leur point de vue. Ni l'article 18 ni l'article 20 ne font partie de cette énumération. Le droit d'être entendu ne concerne que les décisions prises dans le cadre d'une procédure judiciaire ou administrative visant à faire cesser une infraction ou à constater une incompatibilité légale, telle la communication des griefs. Ainsi, le fait que la Commission n'ait pas diligenté d'enquête auprès d'une entreprise, qui n'a été informée de sa mise en cause qu'au moment de la communication des griefs, n'entache pas la procédure d'irrégularité, dès lors qu'elle lui a donné la possibilité de faire connaître utilement son point de vue au cours de la procédure administrative. En effet, la Commission n'est tenue à aucune obligation générale d'informer personnellement chaque entreprise de la procédure qui la concerne dès le premier stade de l'enquête, le principe du contradictoire ne s'appliquant pas avant la communication des griefs : elle doit donc seulement les informer des premières mesures d'investigation qui les concernent spécifiquement.

La Commission doit cependant toujours entendre l'entreprise avant de lui infliger une amende sur le fondement de l'article 23 ou une astreinte sur le fondement de l'article 24. Cette audition n'est obligatoire, en ce qui concerne les astreintes, que préalablement à la décision en fixant définitivement le montant. En effet, la procédure d'adoption des décisions infligeant des astreintes se déroule en deux phases. Lors de la première phase, la Commission fixe une astreinte jusqu'à concurrence de 5 % du chiffre d'affaires journalier moyen réalisé au cours de l'exercice social précédent par jour de retard. Cette décision n'est cependant pas exécutoire à défaut de déterminer le montant total de l'astreinte, qui sera fixé définitivement par une autre décision. Dès lors, au cours de la première phase, une entreprise ne peut faire grief à la Commission de ne pas l'avoir entendue.

II. Obligation de loyauté

A RETENIR

La Commission est soumise à une obligation de loyauté dans la recherche de la preuve. Elle doit faire connaître à l'entreprise concernée l'objet de l'enquête, notamment en indiquant clairement les présomptions qu'elle entend vérifier, afin que les personnes interrogées ne se méprennent pas sur la portée des déclarations qu'elles pourraient faire et qui pourraient être utilisées contre elles.

La Commission doit ainsi préciser dans sa décision ordonnant l'inspection ce qui est recherché et les éléments sur lesquels doit porter l'inspection. L'autorité européenne n'est toutefois pas tenue de communiquer toutes les informations dont elle dispose à propos d'infractions présumées, ni de procéder à une qualification juridique rigoureuse de ces infractions. Elle peut, également, sans violer l'obligation de loyauté, utiliser comme indices pour ouvrir une nouvelle procédure les documents obtenus dans une première affaire, en demander une nouvelle fois communication, et les utiliser comme moyens de preuve dans cette seconde affaire. En revanche, elle ne saurait, préalablement à la conduite d'une inspection, informer ses agents de l'existence d'une autre plainte concernant une filiale de l'entreprise visitée, et les inciter ainsi à saisir des documents étrangers à l'objet de la mesure tel que délimité par sa décision. Par ailleurs, il n'existe pas, en droit de l'Union, de dispositions qui interdiraient à la Commission d'utiliser des informations et des éléments de preuve soumis par une entreprise dans le cadre d'une demande d'immunité, même si l'avocat qui a assisté cette dernière a violé l'interdiction de double représentation ou l'obligation de loyauté à l'égard de ses anciens clients. Enfin, contrairement aux autorités françaises, le juge de l'Union admet l'utilisation en tant que moyen de preuve d'un enregistrement illégal, y compris lorsque cet élément de preuve a été obtenu par un tiers en violation des exigences de l'article 8 CEDH, lorsque la partie en cause n'a été privée ni d'un procès équitable, ni de ses droits de la défense et que cet élément n'a pas constitué le seul moyen de preuve retenu pour fonder la condamnation.

III. Droit de ne pas témoigner contre soi-même

Aux termes de l'article 2 du règlement 1-2003, la charge de la preuve d'une violation des articles 101 et 102 TFUE pèse sur la Commission ou l'autorité qui l'allègue. La recherche de cette preuve est d'ailleurs la raison d'être de la procédure d'enquête préalable. Si les droits de la défense ne concernent en principe que les procédures contradictoires, qui font suite à une communication de griefs et sont susceptibles d'aboutir à une sanction, ils ne doivent pas être irrémédiablement compromis lors de la procédure d'enquête préalable. Tel est le cas du droit de ne pas témoigner contre soi-même.

A RETENIR

La preuve de l'infraction pesant sur le demandeur, le défendeur ne peut pas être obligé de témoigner contre lui-même ou de s'avouer coupable selon l'art. 14, paragr. 2, g, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. La Commission ne saurait donc imposer à l'entreprise l'obligation de fournir des réponses qui l'amèneraient à admettre l'existence de l'infraction dont il lui appartient d'établir la preuve.

Le règlement 1-2003 consacre, dès l'exposé des motifs, le droit de ne pas témoigner contre soi-même : « les entreprises ne peuvent être contraintes d'admettre qu'elles ont commis une infraction, auquel il fixe une limite : « mais elles sont en tout cas obligées de répondre à des questions factuelles et de produire des documents, même si ces informations peuvent servir à établir à leur encontre ou à l'encontre d'une autre entreprise l'existence d'une infraction ». Ainsi, une entreprise ne peut invoquer le droit de ne pas témoigner contre soi-même à l'encontre d'une demande de renseignements. En effet, l'entreprise qui fait l'objet d'une mesure d'investigation est tenue de collaborer active-

ment et ne peut invoquer un droit au silence absolu. Elle doit en outre établir qu'elle a été contrainte par la Commission de contribuer à sa propre incrimination et que ses droits ont subi une atteinte effective. Ainsi, la Commission ne viole pas le droit de ne pas s'auto-incriminer lorsqu'elle utilise contre une entreprise non des informations que celle-ci a été contrainte de fournir, mais des déclarations faites volontairement dans le cadre de négociations de transaction ultérieurement abandonnées. Enfin, le droit de ne pas témoigner contre soi-même n'empêche pas la Commission d'interroger une association d'entreprises sur le comportement individuel de ses membres.

Le droit de ne pas s'auto-incriminer ne peut pas être invoqué dans une procédure civile d'application du droit européen par les juridictions nationales. En effet, selon une jurisprudence constante de la Cour de justice, lorsque les autorités ou juridictions nationales appliquent les règles européennes de concurrence, la procédure est par principe régie par les règles de procédure interne en vertu du principe d'autonomie procédurale. Il appartient alors au droit national de prévoir les garanties appropriées pour assurer les droits de la défense, ces garanties pouvant être différentes de celles accordées par le droit européen. Ensuite, le droit au silence constitue une garantie destinée à protéger les personnes privées contre des mesures d'instruction ordonnées par l'autorité publique pour les obliger à admettre l'existence de comportements les exposant à des sanctions édictées par cette autorité. Tel n'est pas le cas de la procédure civile nationale d'application des articles 101 et 102 TFUE qui concerne uniquement des rapports entre particuliers et qui ne peut aboutir directement ou indirectement au prononcé d'une sanction par une autorité publique.

IV. Principe de proportionnalité

La protection contre les interventions arbitraires ou disproportionnées de la puissance publique constitue un principe général du droit européen. L'intervention de l'autorité publique dans la sphère privée de toute personne, physique ou morale, doit avoir un fondement légal et être justifiée par les raisons prévues par la loi. Dans le cadre de l'enquête préalable, le respect de ce principe interdit à la Commission d'avoir des exigences disproportionnées par rapport à ce qui est nécessaire à l'exercice efficace de sa mission.

A RETENIR

Le respect du principe de proportionnalité implique l'obligation pour la Commission de motiver ses décisions. Elle doit ainsi indiquer le but et l'objet de l'enquête préalable.

L'obligation de motivation constitue une exigence fondamentale dans la mesure où la décision de la Commission engendre dans le chef des entreprises des obligations (collaboration ; obligation de se soumettre à la vérification) dont elles doivent être à même d'apprécier la portée. La motivation doit permettre à l'entreprise de déterminer l'étendue de ses obligations, tout en préservant ses droits. La Commission doit donc indiquer clairement les présomptions qu'elle entend vérifier. En d'autres termes l'entreprise doit savoir ce dont on l'accuse pour pouvoir y répondre de manière complète et exacte. Par ailleurs, l'obligation de motivation impose à la Commission de n'exiger la communication de la part de l'entreprise que des renseignements susceptibles de lui permettre

de vérifier les présomptions d'infractions qui justifient la conduite de l'enquête et qui sont obligatoirement indiquées dans la demande. Une nécessaire corrélation doit exister entre l'information recherchée par la Commission et l'infraction présumée. En outre, l'entreprise ne peut être contrainte, en vertu de son obligation de collaboration active, de collecter des informations auprès de tiers. Une telle charge serait disproportionnée.

A RETENIR

En revanche, à ce stade de la procédure, la Commission n'est nullement obligée de communiquer à l'entreprise toutes les informations dont elle dispose sur l'infraction présumée.

L'entreprise ne peut donc pas demander à avoir accès au dossier, droit qui ne lui est reconnu que lors de la procédure administrative. Elle ne peut pas non plus reprocher à la Commission d'avoir agi de manière disproportionnée et excessive, lorsque le comportement de celle-ci est justifié en raison de la violation par l'entreprise de son obligation de collaborer activement à l'enquête. De même, une entreprise ne saurait, pour refuser de fournir les renseignements demandés par la Commission, invoquer la violation du principe de proportionnalité résultant du risque de circulation entre diverses administrations d'un État membre qui pourraient faire un usage contraire à ses intérêts commerciaux des documents qui lui sont réclamés. L'entreprise ne peut pas davantage s'opposer à une mesure d'enquête en soutenant que la Commission dispose déjà d'indices suffisants, ni exiger que celle-ci justifie la nécessité d'un complément d'enquête par l'existence de raisons particulièrement graves.

A RETENIR

Le principe de proportionnalité oblige la Commission, lorsqu'un choix s'offre entre plusieurs mesures appropriées, à recourir à la moins contraignante, les inconvénients causés ne devant pas être démesurés par rapport aux buts visés.

Cette obligation ne concerne pas le choix entre inspection par voie de mandat et inspection par voie de décision, car il dépend non pas de la gravité particulière de la situation, de l'extrême urgence ou de la nécessité d'une discrétion absolue, mais des nécessités d'une instruction adéquate.

V. Principe d'inviolabilité du domicile

A RETENIR

Dans l'ordre juridique européen, la reconnaissance d'un tel droit s'impose pour le domicile privé des personnes physiques en tant que principe commun au droit des États membres. Pour s'opposer au droit d'accès dans leurs locaux des agents de la Commission, des entreprises ont tenté d'invoquer ce droit fondamental de la défense. La Cour de justice a refusé d'étendre aux locaux commerciaux le principe de l'inviolabilité du domicile.

Tout d'abord, elle a estimé que l'inviolabilité des locaux commerciaux ne constitue pas

un principe commun aux États membres, dès lors que les différents systèmes juridiques divergent quant à la nature et au degré de protection des locaux des entreprises face aux interventions des autorités publiques. Ensuite, l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme, également invoqué par les requérants, qui ne concerne que l'épanouissement de la liberté personnelle de l'homme, ne peut pas s'appliquer aux locaux commerciaux. La Cour n'a donc pas admis l'existence d'un droit fondamental à l'inviolabilité du domicile en ce qui concerne les entreprises. Elle ne reconnaît qu'un droit à la protection des locaux commerciaux contre les interventions de l'autorité publique qui seraient arbitraires ou disproportionnées. Le règlement 1-2003 consacre indirectement cette jurisprudence en autorisant désormais les inspections dans tous les locaux où la Commission soupçonne la détention de livres ou autres documents professionnels, y compris le domicile des chefs d'entreprise, des dirigeants et des autres membres du personnel.

L'intégration de la Charte des droits fondamentaux dans le bloc de légalité de l'Union a paru offrir aux entreprises un nouveau fondement pour s'opposer aux intrusions domiciliaires. En effet, selon l'article 7 de la Charte, « toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de ses communications ». Cependant, dans une affaire où des entreprises soutenaient que les visites effectuées sans mandat judiciaire préalable violaient ce texte, ainsi que l'article 8 CEDH, le juge européen a, tout en retenant que les inspections constituaient une ingérence « évidente » dans le respect de la vie privée, du domicile et des correspondances, estimé qu'elles ne portaient pas atteinte aux principes fondamentaux dès lors que la Commission est soumise à l'obligation de motiver sa décision d'inspection et qu'il existe des voies de recours a posteriori.

En pratique, l'accès aux locaux n'est source de conflit que lorsque l'entreprise s'oppose à l'inspection. Dans cette hypothèse, les agents de la Commission peuvent en effet rechercher, sans la collaboration des entreprises, les éléments d'information nécessaires avec le concours des autorités nationales, qui sont tenues de fournir leur assistance. Les droits de la défense de l'entreprise sont alors régis par le droit national qui détermine les modalités procédurales appropriées. La Commission doit respecter ces règles nationales et fournir à l'instance compétente tous les éléments nécessaires pour exercer le contrôle qui lui est propre. Ce contrôle est cependant limité. En effet, s'il appartient à l'instance nationale de vérifier que les mesures de contrainte envisagées ne sont pas arbitraires ou excessives par rapport à l'objet de la vérification, elle ne peut en aucun cas substituer sa propre appréciation du caractère nécessaire de la procédure d'investigation à celle de la Commission.

Cette limitation du rôle du juge judiciaire national dans sa mission de contrôle va à l'encontre de la conception de certains droits internes des États membres, tels que la France. En effet, les articles L. 450-3 et L. 450-4 du Code de commerce exigent préalablement à toute visite domiciliaire une autorisation judiciaire impliquant une vérification du bien-fondé de la demande. Il apparaît dès lors difficile d'imposer au juge national de se limiter au seul examen du caractère arbitraire ou disproportionné de la mesure demandée par la Commission, sans contrôler le caractère suffisant des présomptions.

VI. Secret professionnel

Le secret professionnel est expressément protégé par l'article 28 du règlement 1-2003 du 16 décembre 2002. Il prohibe, d'une part, l'utilisation d'informations concernées par le secret professionnel dans un but autre que celui pour lequel elles ont été demandées et, d'autre part, la communication d'informations confidentielles par nature. Cette obligation au secret, qui trouve son fondement juridique dans l'article 339 TFUE, s'impose aux fonctionnaires de l'Union, à la Commission, ainsi qu'aux autorités compétentes des États membres et à leurs fonctionnaires et agents. Elle couvre tant les informations confidentielles que les secrets d'affaires. Des droits tels que le droit à l'assistance juridique sont couverts dès l'enquête préalable.

A RETENIR

Le secret professionnel ne couvre, selon le juge de l'Union, que des informations qui remplissent trois conditions cumulatives : i) elles ne sont connues que par un nombre restreint de personnes ; ii) leur divulgation est susceptible de causer un préjudice sérieux à la personne qui les a fournies ou à des tiers ; iii) les intérêts susceptibles d'être lésés par leur divulgation sont objectivement dignes de protection.

Certaines informations présentent un caractère confidentiel en raison de leur source. Tel est le cas de la correspondance entre l'avocat et son client, dès lors qu'elle est échangée dans le cadre et aux fins des droits de la défense et émane d'avocats structurellement, hiérarchiquement et fonctionnellement indépendants. Cette protection repose sur le droit fondamental pour tout justiciable d'avoir la possibilité de s'adresser en toute liberté à son avocat. Dans la mesure où le respect de la confidentialité de ce type de communications obéit à des principes et des conceptions juridiques communs aux États membres, il constitue un principe général du droit européen.

La protection du principe de confidentialité couvre tant la correspondance échangée après l'ouverture de la procédure administrative susceptible d'aboutir à une décision d'application des articles 101 et 102 TFUE ou à une décision infligeant à l'entreprise une sanction pécuniaire, que la correspondance antérieure à l'ouverture de la procédure administrative. Le simple fait qu'un document ait été l'objet de discussions avec un avocat ne suffit toutefois pas à lui conférer le bénéfice de la protection, qui est réservée aux seuls documents faisant état du besoin ou de l'opportunité de demander un avis juridique sur les comportements examinés ou sur les actions à entreprendre, par exemple une demande de clémence.

La protection concerne également les notes internes qui reprennent le texte de la correspondance pour le diffuser au sein de l'entreprise et le soumettre à la réflexion des responsables. En revanche, les notes internes des juristes de l'entreprise ou les échanges au sein d'une entreprise avec des avocats, même inscrits au barreau, liés par un rapport d'emploi avec celle-ci ne sont pas couverts par la confidentialité (CJUE, 14 sept. 2010, aff. C-550-07 P, Akzo Nobel Chemicals, LawLex101023).

VII. Transmission d'informations aux autorités nationales

La transmission aux autorités des États membres des pièces les plus importantes de la procédure devant la Commission doit s'effectuer dans le respect de l'intérêt légitime de l'entreprise à ce que ses secrets d'affaires ne soient pas divulgués.

A RETENIR

Selon l'article 12 du règlement 1-2003, qui fixe le régime des échanges d'informations entre la Commission et les autorités nationales de concurrence, la Commission et les autorités de concurrence des États membres peuvent se communiquer et utiliser comme moyen de preuve tout élément de fait ou de droit, y compris des informations confidentielles, à la condition que ces informations ne soient utilisées qu'aux fins de l'application des articles 101 et 102 TFUE et pour l'objet pour lequel elles ont été recueillies par l'autorité qui transmet l'information.

Une dérogation à l'utilisation exclusive des informations dans le cadre des articles 101 et 102 est prévue lorsque le droit national de la concurrence est appliqué dans la même affaire et parallèlement au droit européen de la concurrence, si cette application aboutit au même résultat. Les informations transmises ne peuvent être utilisées comme moyen de preuve pour infliger une sanction à une personne physique que lorsque la loi de l'autorité qui transmet l'information prévoit des sanctions similaires en cas de violation de l'article 101 ou 102 TFUE ou, si tel n'est pas le cas, lorsque les informations ont été recueillies d'une manière qui assure le même niveau de protection des droits de la défense des personnes physiques que celui qui est reconnu par les règles nationales de l'autorité destinataire. Dans ce cas, cependant, les informations échangées ne peuvent être utilisées par l'autorité destinataire pour infliger des peines privatives de liberté.

L'article 28 du règlement 1-2003 impose par ailleurs à la Commission et aux autorités de concurrence des États membres, à leurs fonctionnaires, agents et aux autres personnes travaillant sous la supervision de ces autorités, ainsi qu'aux agents et fonctionnaires d'autres autorités des États membres, de ne pas divulguer les informations qu'ils ont recueillies ou échangées en application du règlement et qui, par leur nature, sont couvertes par le secret professionnel. Cependant, l'interdiction de divulguer ne permet pas de garantir que ces informations ne seront pas utilisées par les autorités destinataires. Les informations transmises par la Commission ne peuvent donc ni être invoquées lors d'une enquête préalable, ni justifier une décision sur le fondement du droit de la concurrence. Toutefois, les autorités des États membres pourraient tenir compte de ces informations à titre d'indice pour l'ouverture d'une nouvelle procédure nationale d'application des règles européennes. De même, lorsque la Commission souhaite transmettre un document, dont la confidentialité est alléguée, à des autorités nationales, elle doit apprécier s'il contient effectivement des secrets d'affaires et, après avoir recueilli les observations de l'entreprise, prendre une décision motivée susceptible de recours en annulation. Si la confidentialité est reconnue, la communication aux autorités nationales ne peut avoir lieu (Règl. 1-2003, art. 28).

VIII. Transmission d'informations aux juridictions nationales

A RETENIR

En vertu de l'article 15 du règlement 1-2003, les juridictions des États membres peuvent, dans les procédures d'application des articles 101 ou 102 TFUE, demander à la Commission de leur communiquer des informations en sa possession. En dépit de son intérêt pour les victimes de pratiques anticoncurrentielles qui souhaitent exercer une action en réparation, ce texte est rarement, sinon jamais, invoqué devant les juridictions nationales.

Néanmoins, le développement du «*private enforcement*» a entraîné, ces dernières années, une augmentation significative des demandes de communication de documents de la procédure, mais sur le fondement du règlement 1049-2001 du 30 mai 2001 relatif à l'accès du public aux documents de la Commission. De telles demandes se heurtent le plus souvent à un refus catégorique de la Commission qui invoque les impératifs supérieurs du «*public enforcement*», et notamment la nécessité de protéger efficacement les demandeurs de clémence. Le Tribunal de l'Union s'est dans un premier temps opposé à cette tendance, en posant en principe que le maintien d'une concurrence effective dans l'Union peut être garanti par d'autres moyens que les programmes de clémence et de coopération, tels que les actions en dommages-intérêts formées par les victimes de pratiques anticoncurrentielles. Par conséquent, il a estimé que la Commission ne pouvait se retrancher derrière le seul risque d'atteinte à l'efficacité de ces programmes pour refuser la communication de documents en sa possession, à plus forte raison lorsqu'elle a rendu sa décision depuis de longues années et que l'intérêt d'une entreprise ayant participé à une entente d'éviter une action en dommages et intérêts n'est pas digne de protection. La Cour de justice a estimé, au contraire, qu'il y a lieu de reconnaître l'existence d'une présomption générale selon laquelle la divulgation des documents recueillis par la Commission dans le cadre d'une procédure d'application de l'article 101 TFUE porterait, en principe, atteinte tant à la protection des objectifs des activités d'inspection, d'enquête et d'audit des institutions de l'Union qu'à celle des intérêts commerciaux des entreprises impliquées dans une telle procédure, même si la demande d'accès concerne une procédure déjà clôturée. Le juge européen a néanmoins admis que la présomption générale peut être renversée par la preuve qu'elle ne couvre pas un document dont la divulgation est demandée ou qu'il existe un intérêt public supérieur justifiant sa divulgation, tout en précisant que l'intérêt d'un État membre à obtenir réparation du préjudice subi du fait d'un comportement anticoncurrentiel ne constitue pas un intérêt public supérieur, mais un intérêt privé.

La demande de transmission peut également être présentée à une autorité nationale. Saisie de questions préjudicielles portant sur les conditions dans lesquelles une autorité nationale peut refuser l'accès aux documents obtenus dans le cadre d'une procédure de clémence, la Cour de justice a estimé que le juge national doit, au cas par cas, mettre en balance les intérêts protégés par le droit de l'Union, l'effectivité de la réparation et l'efficacité des programmes de clémence. En application de ce principe, une législation nationale ne saurait subordonner l'accès au dossier de tiers qui souhaitent exercer une action en dommages-intérêts à la suite d'une procédure nationale fondée sur l'article 101 TFUE, y compris aux documents communiqués dans le cadre d'un programme de

clémence, au consentement de l'ensemble des parties à la procédure.

La directive 2014-104 relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit interne pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne se montre plus favorable au «public enforcement» qu'au «private enforcement». En effet, si ce texte préconise que tous les États membres accordent un accès effectif minimal aux éléments de preuve dont les demandeurs et/ou défendeurs ont besoin pour démontrer le bien-fondé de leur demande de dommages et intérêts pour infraction aux pratiques anticoncurrentielles et/ou pour étayer un moyen de défense, il écarte expressément de ce dispositif les documents communiqués par un demandeur de clémence ou le bénéficiaire d'une transaction.

La Commission a publié le 5 août 2015 une série de textes dans lesquels elle consolide sa politique relative à la protection des demandeurs de clémence et des participants à une procédure de transaction.

Consacrant pour la première fois dans un texte dotée de force contraignante les principes directeurs de son programme de clémence, elle précise que dorénavant, les informations obtenues en vertu du règlement 773-2004 du 7 avril 2004 seront exclusivement utilisées aux fins des procédures judiciaires ou administratives qui ont pour objet l'application des articles 101 et 102 TFUE. En particulier, l'accès aux déclarations effectuées en vue d'obtenir la clémence ou aux propositions de transaction ne pourra plus être accordé qu'aux seules fins de l'exercice des droits de la défense dans une procédure engagée devant la Commission.

En outre, les informations tirées de ces déclarations et propositions ne pourront être utilisées par la partie qui a obtenu l'accès au dossier que lorsque cela est nécessaire pour l'exercice de ses droits de la défense dans le cadre d'une action introduite devant les juridictions de l'Union contre une décision de la Commission ou devant les juridictions des États membres dans une affaire directement liée à celle pour laquelle l'accès a été accordé. Dans cette dernière hypothèse, l'affaire ne peut avoir pour objet que la répartition entre les participants à une entente d'une amende qui leur a été infligée solidairement par la Commission ou le contrôle juridictionnel d'une décision par laquelle une autorité de concurrence d'un État membre a constaté une infraction à l'article 101 TFUE.

Plus généralement, la Commission précise que les informations préparées par d'autres personnes physiques ou morales expressément aux fins de la procédure engagée devant la Commission et celles établies par la Commission et envoyées aux parties au cours de sa procédure ne pourront être utilisées dans les procédures engagées devant les juridictions nationales qu'une fois que la Commission aura clos sa procédure contre toutes les parties qui font l'objet de l'enquête en adoptant une décision en vertu des articles 7, 9 ou 10 du règlement 1-2003, ou d'une autre manière.

La Commission a pris soin d'assurer la cohérence de ces dispositions avec d'autres règles procédurales. Elle insère ainsi un point 35 bis au sein de la Communication sur la clémence aux termes duquel elle s'engage à ne pas transmettre les déclarations effectuées en vue d'obtenir la clémence à des juridictions nationales aux fins de leur utilisation dans des actions en dommages et intérêts pour violation des dispositions du Traité. Des règles similaires relatives aux propositions de transaction sont insérées dans la Communication

relative aux procédures de transaction. Enfin, le point 34 de la Communication sur la clémence précise désormais que le non-respect, par une entreprise, des dispositions du règlement 773-2004 relatives à l'utilisation des pièces du dossier, pourra être considéré comme un manque de coopération faisant tomber le bénéfice de la clémence. Des sanctions pécuniaires et disciplinaires pourront être prononcées par les juridictions nationales et les barreaux nationaux à l'encontre de l'entreprise et de ses conseils.

CHAPITRE IV Procédure administrative

SECTION 1

Phase écrite

I. Engagements et procédure de transaction

- A. Engagements
- B. Transaction

II. Communication des griefs

- A. Destinataires
- B. Contenu
- C. Observations écrites des parties et des tiers
- D. Portée

III. Communication du dossier

- A. Droit d'accès au dossier
- B. Limites au droit d'accès

SECTION 2

Phase orale

I. Conseiller-auditeur

II. Déroulement des auditions

CHAPITRE IV Procédure administrative

A RETENIR

Lorsqu'elle estime que les faits constatés au cours de l'enquête sont suffisants pour justifier des poursuites, la Commission peut décider d'engager la procédure. Cette décision peut, selon l'article 2 du règlement 773-2004, intervenir à tout moment, mais, au plus tard, à la date soit de l'évaluation préliminaire des préoccupations de concurrence relevées, ou de la communication des griefs ou de la demande de manifestation d'intérêt à prendre part à des discussions en vue de parvenir à une transaction, soit de la publication des engagements pris par les parties en application de l'article 9 du règlement 1-2003, selon celle de ces dates qui arrive la première.

La notion d'engagement de la procédure revêt une importance particulière, car elle constitue le point de départ de la procédure contradictoire. À compter de la communication des griefs, l'application des droits de la défense est pleinement assurée aux entreprises qui peuvent, en vertu de l'article 27 du règlement, faire valoir leur point de vue sur les griefs retenus par la Commission. Il apparaît donc essentiel pour l'entreprise mise en cause de savoir avec certitude si une procédure est engagée à son encontre. L'engagement de la procédure produit encore un autre effet : il prive les autorités nationales compétentes du droit d'appliquer les dispositions des articles 101 et 102 TFUE. Lorsque la Commission engage la procédure administrative, ces autorités doivent en effet surseoir à statuer jusqu'au prononcé de la décision (Règl. 1-2003, article 11, paragr. 6). Les juridictions nationales conservent, en revanche, leur compétence pour appliquer les articles 101 et 102 TFUE. En raison du risque de contradiction entre la décision nationale et celle de la Commission, il est toutefois préférable que le juge sursoit à statuer lorsque la solution n'apparaît pas évidente ou recoure à la procédure d'*amicus curiae* prévue par l'article 15 du règlement 1-2003.

La Commission doit, pour engager la procédure, prendre un acte d'autorité par lequel elle manifeste sa volonté d'adopter une décision. La procédure contradictoire ainsi déclenchée se décompose en deux phases : une phase écrite et une phase orale, auxquelles tant les entreprises en cause que les tiers participent. L'engagement de la procédure ne produit pas d'autre effet. Acte préparatoire, il est insusceptible d'un recours en annulation.

Si la Commission peut rendre publique l'ouverture de la procédure, par tout moyen approprié, elle doit au préalable en informer les parties concernées (Règl. 773-2004, art. 2, paragr. 2).

A RETENIR

La légalité des actes européens repose sur le respect des droits fondamentaux. Selon un principe général du droit européen, consacré par l'article 6 CEDH et repris aux articles 41 et 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union, la Commission doit adopter sa décision dans un délai raisonnable.

L'appréciation du caractère raisonnable de celle-ci s'effectue compte tenu des circons-

tances propres à chaque espèce : complexité de l'affaire, conduite des parties ou des autorités compétentes, enjeu de l'affaire pour les différentes parties, nombre de demandes de clémence, nombre des procédures juridictionnelles successives, difficultés de traduction, complexité de certaines questions juridiques. Ces critères sont alternatifs. Il suffit que la durée paraisse raisonnable au regard d'un seul d'entre eux, pour que la procédure soit déclarée régulière. Une durée de quarante-six mois entre l'ouverture de la procédure et l'adoption de la décision peut ainsi être raisonnable eu égard à la complexité de l'affaire.

Le non-respect du principe de délai raisonnable est sans incidence sur la validité de la procédure administrative lorsqu'il n'affecte pas les droits de la défense des entreprises concernées. Selon le Tribunal, la durée de la procédure administrative, bien qu'elle ait été excessive, ne saurait être considérée comme ayant une incidence sur le contenu de la décision attaquée, du seul fait que la Commission a augmenté entre-temps le niveau des amendes. Dans tous les cas, en dépit de l'écoulement du temps, il incombe à l'entreprise la responsabilité particulière de conserver dans ses propres archives les pièces utiles à sa défense et d'effectuer toute diligence pour entrer en contact avec les anciens membres de son personnel impliqués dans l'entente et dont elle allègue que les témoignages lui permettraient de réfuter les constatations de la Commission. Dans certaines affaires, le Tribunal de l'Union a estimé que le dépassement du délai raisonnable pouvait justifier une réduction du montant de l'amende. La Cour de justice ne partage cependant pas cet avis. Selon la Haute juridiction, compte tenu de la nécessité de faire respecter les règles de concurrence du droit de l'Union, la seule méconnaissance d'un délai de procédure raisonnable ne doit pas permettre à la partie requérante de remettre en question le bien-fondé ou le montant d'une amende alors que l'ensemble des moyens dirigés contre les constatations effectuées par le juge a été rejeté. Le Tribunal a fini par se rallier à cette position.

Un délai de vingt-trois mois entre l'audition des parties et la décision de la Commission, imputable à son inaction prolongée, excède la durée normalement nécessaire à l'adoption d'une décision, mais est sans incidence sur les droits de la défense s'agissant d'infractions continues dont la prescription n'est pas acquise. De même, un délai de trois ans et dix mois entre la procédure écrite et l'ouverture de la procédure orale ne constitue pas un délai raisonnable au sens de l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union, lorsqu'il ne s'explique pas par la complexité de l'affaire ou le comportement procédural des parties. Pour déterminer une éventuelle atteinte aux droits de la défense résultant d'une durée excessive, le juge européen tient compte de l'ensemble des étapes procédurales depuis la période antérieure à la communication des griefs. La durée excessive - soixante-cinq mois pour la première phase et vingt mois pour la seconde - constitue une violation du principe du délai raisonnable.

A RETENIR

La Commission cumule les fonctions d'instruction et de jugement. Ce cumul n'est pas contraire aux dispositions de l'article 6, paragraphe 1, de la Convention européenne des droits de l'Homme, dès lors qu'elle ne saurait être qualifiée de «tribunal». Selon la Cour de justice, l'article 6 de la Convention n'est pas, tant que l'Union n'aura pas adhéré à la Convention, formellement intégré à son ordre juridique. En outre, les décisions de la Commission infligeant une amende pour violation des règles de concurrence n'ont

pas un caractère pénal, de sorte que les dispositions de la Charte des droits fondamentaux de l'Union relatives aux garanties d'indépendance du juge ne lui sont pas davantage applicables. Enfin, les décisions de la Commission sont soumises au contrôle d'un organe juridictionnel impartial et indépendant.

Le fait que la Commission exerce à la fois les fonctions d'instruction et de constatation d'infraction ne constitue pas non plus, en soi, une violation d'un principe général de droit européen. Les principes fondamentaux du droit européen exigent, cependant, que les droits de la défense soient garantis dans toute procédure, même de caractère administratif. L'entreprise intéressée doit être mise en mesure, au cours de la procédure administrative, de faire connaître utilement son point de vue sur la réalité et la pertinence des faits et circonstances allégués ainsi que sur les documents retenus par la Commission à l'appui de son allégation de l'existence d'une infraction aux règles de la concurrence.

PLAN

La procédure de concurrence se divise en :

- une phase écrite ;
- une phase orale.

SECTION 1**Phase écrite****PLAN**

La phase écrite de la procédure administrative comporte :

- une procédure d'engagements et de transaction ;
- une éventuelle communication des griefs ;
- une communication du dossier.

I. Engagements et procédure de transaction**A. Engagements****A RETENIR**

La procédure d'engagements visée à l'article 9 du règlement 1-2003 permet aux entreprises de résoudre les préoccupations de concurrence contenues dans l'évaluation préliminaire de la Commission - qui envisage d'adopter une décision exigeant la cessation d'une infraction -, en proposant des engagements.

Les «entreprises concernées» sont celles auxquelles le comportement en cause est imputable et qui sont susceptibles d'être sanctionnées à ce titre. Les engagements, s'ils sont agréés, sont rendus obligatoires par voie de décision de la Commission, qui peut être adoptée pour une durée déterminée. La Commission doit, au préalable, publier un résumé de l'affaire et du contenu des engagements ou de l'orientation proposés. Les tiers

intéressés disposent d'un délai minimum d'un mois pour présenter leurs observations (Règl. 1-2003, art. 27, paragr. 4). Les entreprises visées par la procédure bénéficient d'un droit à être entendues sur les éléments essentiels à l'origine des engagements rendus obligatoires.

La Commission est dispensée de fournir les raisons pour lesquelles elle considère, le cas échéant, des engagements insuffisants. Il lui est loisible, en vertu de son autonomie décisionnelle, de choisir entre une décision de cessation d'infraction (Règl. 1-2003, art. 7) et une décision rendant obligatoire des engagements (Règl. 1-2003, art. 9). L'obligation de proportionnalité s'impose à la Commission dans les deux cas, mais de manière allégée lorsqu'elle adopte une décision au titre de l'article 9. Le contrôle de la Commission se limite alors à vérifier que les engagements présentés répondent à ses préoccupations de concurrence et que les parties n'ont pas proposé d'engagements moins contraignants que ceux qu'elle rend obligatoires (CJUE, 29 juin 2010, aff. C-441-07 P, *Alrosa*, LawLex10776). En revanche, en contrepartie de l'absence de constatation d'infraction et d'infliction d'amende, les entreprises acceptent que leurs engagements puissent aller au-delà de ce que la Commission pourrait leur imposer dans le cadre de la procédure d'engagements de l'article 7. L'analyse du marché et l'identification de l'infraction effectuées lors de l'évaluation préliminaire, même si elles n'impliquent pas une définition aussi précise que celle requise pour le prononcé d'une décision de cessation d'infraction, doivent être suffisantes pour permettre au juge européen de contrôler le caractère approprié de l'engagement à l'objectif poursuivi. En revanche, la Commission n'est pas tenue d'apprécier si l'accord ou la pratique en cause est susceptible de bénéficier d'une exemption au titre de l'article 101, paragraphe 3, TFUE, dès lors que la procédure d'engagements ne nécessite pas la constatation d'une infraction. En outre, bien que considérée comme l'unique auteur des engagements rendus totalement ou partiellement obligatoires pour une durée déterminée ou indéterminée, la Commission ne peut se substituer aux parties pour les modifier.

L'article 9 dresse une liste limitative de cas où la procédure peut être rouverte à l'initiative de la Commission ou sur demande :

- l'un des faits fondant la décision a subi un changement important,
- les entreprises concernées ont contrevenu à leurs engagements,
- les informations fournies par les parties, sur lesquelles repose la décision, sont incomplètes, inexactes ou dénaturées.

L'adoption d'une décision d'engagements par la Commission n'accorde qu'une protection relative à l'entreprise : en effet, selon la Cour de justice, elle n'empêche en rien les juridictions nationales d'examiner la conformité des accords concernés aux règles de concurrence et de constater, le cas échéant, leur nullité en application de l'article 101, paragraphe 2, TFUE. En outre, une décision d'engagements ne revêt aucun caractère obligatoire pour les cocontractants de l'entreprise concernée : tiers à la procédure, ils demeurent libres de saisir les juridictions nationales pour qu'elles apprécient si les clauses neutralisées par la Commission sont effectivement contraires à l'article 101, paragraphe 1, TFUE, celles-ci pouvant aboutir à un constat différent, à l'issue d'un examen plus approfondi que celui effectué par la Commission.

B. Transaction

A RETENIR

La procédure de transaction a pour objectif de permettre aux parties qui sont disposées à reconnaître leur participation à l'infraction d'accélérer la procédure.

Le domaine d'application de la procédure de transaction semble identique à celui de la procédure de clémence. Les ententes injustifiables seraient concernées au premier chef ; les abus de position dominante et les restrictions verticales ne seraient pas visés. Le règlement transactionnel n'est pas de droit pour les parties. La Commission bénéficie, en effet, d'une large marge d'appréciation pour identifier les affaires susceptibles de bénéficier d'une procédure de transaction. Elle juge de l'opportunité de demander aux parties de participer aux discussions en vue d'une transaction et peut, à tout moment, mettre fin aux discussions si l'efficacité de la procédure est menacée, sans avoir à motiver sa décision. En particulier, la Commission n'est pas tenue d'interroger l'ensemble des entreprises en cause pour leur soumettre cette possibilité avant d'y renoncer, lorsque le nombre d'entreprises impliquées dans l'infraction est élevé et que certaines d'entre elles ont déjà refusé de coopérer. La procédure se déroule en plusieurs étapes.

Après l'ouverture de la procédure, la Commission peut impartir aux parties un délai de deux semaines pour lui faire part, par écrit, de leur volonté de participer à des discussions en vue d'aboutir à une transaction (Règl. 773-2004, art. 10 bis). Lorsque des parties acceptent d'entamer des discussions avec la Commission, celle-ci peut décider de poursuivre des contacts bilatéraux. L'autorité européenne communique aux parties les griefs qu'elle envisage de retenir à leur encontre, les preuves dont elle dispose, les versions non confidentielles des documents accessibles au dossier, une fourchette des amendes encourues. Ces informations sont fournies aux entreprises concernées sur simple demande. Lorsqu'un consensus se fait jour, à l'issue des discussions, sur l'étendue des griefs et le montant de l'amende envisagée, et que la Commission estime plus efficace de recourir à la procédure de transaction, elle accorde un délai minimum de quinze jours ouvrables aux parties pour présenter des propositions de transaction qui reflètent les discussions menées.

La proposition de transaction fait office de demande officielle de procédure de transaction. Elle doit comporter une reconnaissance claire et non équivoque de la responsabilité des parties dans la commission de l'infraction reprochée et une estimation de l'amende à laquelle elles s'attendent. Les parties doivent en outre confirmer qu'elles ont eu pleine connaissance des griefs de la Commission, qu'elles ont pu faire valoir leurs observations, et qu'elles renoncent à demander l'accès au dossier ou à être entendues de nouveau, sauf si le contenu de la proposition de transaction ne se retrouvait ni dans la communication des griefs, ni dans la décision de la Commission. Les entreprises acceptent enfin de recevoir une communication des griefs et la décision finale. Les propositions sont révoquées si la Commission ne reprend pas dans la communication des griefs et la décision finale le contenu des propositions. Les parties ne peuvent prendre l'initiative de la révocation.

La Commission doit, même dans le cadre de la procédure de transaction, notifier aux parties une communication des griefs, étape obligatoire avant la décision finale. Les par-

ties sont tenues d'y répondre dans un délai minimum de deux semaines si la communication reflète le contenu de leurs propositions. Elles confirment par là même leur volonté de poursuivre une procédure de transaction. La Commission n'est toutefois pas tenue de reprendre la teneur des propositions dans sa communication des griefs. Dans ce cas, les éléments reconnus par les parties dans la proposition sont retirés de la procédure et ne peuvent être retenus contre elles. Un délai est accordé aux parties pour présenter leur défense à nouveau, si elles en font la demande.

La décision finale intervient, après consultation du comité consultatif, sans autre acte de procédure, dès lors que les parties, en réponse à la communication des griefs, ont confirmé leur engagement de parvenir à une transaction. La Commission bénéficie d'une autonomie de décision. Il demeure donc possible que la décision finale ne soit conforme ni à la proposition de transaction, ni à la communication des griefs. Dans ce cas, la Commission en informe les parties et leur notifie une nouvelle communication des griefs afin qu'elles puissent exercer leurs droits de la défense.

Lorsqu'une entreprise se retire de ou refuse de participer à la procédure de transaction, une procédure hybride est ouverte : la Commission adopte, d'une part, en appliquant une procédure simplifiée, une décision dont les destinataires sont les participants à l'infraction qui ont décidé de transiger et, d'autre part, selon la procédure ordinaire, une décision adressée aux participants à l'infraction qui ont décidé de ne pas transiger. Ces derniers ne peuvent invoquer de discrimination à l'égard des autres participants si la Commission leur inflige une sanction supérieure à la fourchette d'amende évoquée au cours des discussions préalables à la procédure de transaction. En revanche, le respect du principe de la présomption d'innocence, qui prévaut sur les objectifs de rapidité et d'efficacité de la procédure de transaction, implique que la Commission ne prenne pas déjà position, dans la décision de transaction adoptée en amont, sur la responsabilité de l'entreprise qui n'a pas transigé et qui fait l'objet d'une procédure ordinaire qui n'a pas encore abouti. Par conséquent, la rédaction de la décision de transaction adoptée dans le cadre d'une procédure hybride doit distinguer de manière aussi claire que possible l'exposé des faits relatifs à l'entente dans son ensemble et la qualification juridique de ceux spécifiquement imputés aux entreprises qui ont admis leur culpabilité, afin de ne pas assimiler, dans le cadre du même dossier administratif, la situation juridique définitive de ces dernières et celle de l'entreprise qui a fait usage de son droit de se retirer de la procédure. Ce principe n'impose pas pour autant à la Commission d'adopter la décision de transaction en même temps que la décision de constatation d'infraction et de sanction à l'encontre de l'entreprise qui s'est retirée de la procédure négociée ou n'a pas accepté d'y participer.

La décision fixe l'amende et précise le degré de coopération de l'entreprise pour en justifier le montant. En récompense de leur participation à la procédure de transaction, les parties peuvent bénéficier d'une réduction d'amende de 10 %. Cette réduction s'ajoute à la réduction accordée au titre de la clémence si les entreprises, qui ont demandé à en bénéficier, sont parties prenantes à une affaire ayant été conclue par une transaction.

II. Communication des griefs

PLAN

Nous présenterons successivement :

- les destinataires de la communication des griefs ;
- son contenu ;
- les observations écrites des parties et des tiers ;
- sa portée.

A. Destinataires

A RETENIR

La Commission informe les parties en cause des griefs soulevés à leur rencontre (Règl. 773-2004, art. 10). La communication des griefs constitue un acte préparatoire obligatoire avant d'adopter toute décision finale. Elle fixe la position de la Commission et indique les textes en application desquels elle peut statuer.

Les griefs doivent donc être communiqués à toutes les entreprises dont les intérêts sont affectés de manière sensible par la décision de la Commission afin de les mettre en mesure de présenter leurs observations.

La communication des griefs doit être notifiée par écrit à chacune des parties contre lesquelles des griefs sont soulevés (Règl. 773-2004, art. 10). Elle doit préciser sans équivoque la personne juridique susceptible de se voir infliger des amendes et être adressée à cette dernière. Ainsi, les membres d'une association d'entreprises ne peuvent être sanctionnés que si chacun d'eux a reçu une communication personnelle des griefs leur signifiant qu'ils sont susceptibles d'être condamnés au paiement d'une amende. De même, la procédure doit être annulée lorsque la notification est adressée à une filiale et non à la société mère, à laquelle les amendes sont infligées. Si les entreprises sont représentées par un mandataire commun, la communication des griefs peut être notifiée à ce dernier à la condition que chaque entreprise puisse isoler les griefs qui la concernent. Enfin, la Commission n'est pas tenue d'adresser une communication des griefs à une filiale dès lors qu'elle en impute le comportement infractionnel aux sociétés mères, avec lesquelles la filiale forme une unité économique.

B. Contenu

Le contenu de la communication des griefs est en principe déterminé par le commissaire chargé de la concurrence. Cette compétence peut, cependant, être déléguée au directeur général de la concurrence.

A RETENIR

La communication des griefs doit préciser les faits essentiels sur lesquels la Commission se fonde, ainsi que l'appréciation qu'elle porte sur ces faits. Cet énoncé peut être sommaire, dès lors qu'il est clair et permet au destinataire, dans la suite de la procédure administrative, de faire connaître utilement son point de vue sur la réalité et la pertinence des faits et circonstances allégués.

L'exposé des griefs doit être personnalisé à l'égard de chacun des destinataires. Il doit indiquer les comportements et les preuves qui les concernent directement et contenir une description détaillée des infractions en précisant, pour chacune d'elles, les éléments de preuve sur lesquels la Commission se fonde. L'exigence de clarté n'est pas satisfaite lorsque le texte ne fait pas apparaître distinctement les caractéristiques propres aux différents chefs d'infraction, telles que l'identification des participants à la concertation ou la détermination de la période d'infraction. La communication des griefs peut tenir compte de faits postérieurs à la décision d'ouverture de la procédure administrative dès lors qu'ils ne sont que la simple continuation d'agissements antérieurs.

Pour que la communication des griefs permette à son destinataire d'exercer ses droits de la défense, la Commission doit lui annexer les documents à charge et à décharge qu'elle entend utiliser, sans exclure ceux qu'elle juge neutres. Toutefois, la Commission ne peut se contenter d'annexer à la communication des griefs les documents sur lesquels elle fonde la responsabilité d'une entreprise sans les mentionner expressément dans le texte même de la communication, à moins que l'entreprise puisse raisonnablement déduire à partir de cette dernière les conclusions que la Commission entend en tirer. La Commission peut soit envoyer tous les documents en cause, soit joindre une liste des documents accessibles en ses locaux. Lorsque les documents qui fondent la communication des griefs sont rédigés en langue étrangère, ils doivent être traduits et portés à la connaissance du destinataire de la communication. Néanmoins, une entreprise ne peut prétendre qu'elle n'a pas été en mesure de prendre utilement connaissance du contenu de la communication des griefs lorsque, sans contrainte de la part de la Commission, elle a accepté de recevoir ce document en langue anglaise afin qu'il lui soit transmis plus rapidement. La procédure devant la Commission ne peut être annulée que si l'utilisation d'une langue autre que celle de l'entreprise lors de l'envoi de la communication des griefs a eu des conséquences préjudiciables pour elle.

Lorsque la Commission se propose de prononcer une sanction pécuniaire, elle doit, dans sa communication, énoncer les principaux éléments de fait et de droit justifiant l'imposition de celle-ci, tels que la gravité et la durée de l'infraction supposée et le fait d'avoir agi de propos délibéré ou par négligence, mais elle n'est pas tenue de préciser la manière dont elle se servira de chacun de ces éléments pour la détermination du niveau de l'amende. Elle peut également se contenter d'informer les parties de la possibilité de leur infliger une amende sans donner d'indications sur le niveau envisagé.

C. Observations écrites des parties et des tiers

A RETENIR

La communication des griefs fixe le délai imparti aux parties concernées pour présenter leurs observations écrites. La Commission doit prendre en considération le temps nécessaire à l'élaboration des observations et l'urgence de l'affaire pour fixer ce délai, qui ne peut être inférieur à quatre semaines et peut être prorogé sur demande motivée (Règl. 773-2004, art. 17).

Le délai de réponse doit permettre aux entreprises concernées de présenter utilement leurs observations. Le délai initial est généralement fixé à deux mois pour les affaires

d'importance moyenne, et à trois mois pour les cas complexes. Si la période comprend des congés, le délai est prolongé de deux semaines pour Noël ou Pâques, d'un mois pour les vacances d'août. La Commission n'est, en revanche, pas tenue de tenir compte des observations présentées après l'expiration de ce délai.

Les entreprises concernées exposent dans les observations écrites tous les moyens et faits utiles à leur défense et peuvent joindre des documents susceptibles d'étayer leurs allégations. Elles peuvent également proposer à la Commission d'entendre les personnes susceptibles de confirmer ces faits. Cette demande doit être clairement formulée et se distingue de la demande d'audition de tiers. Les parties ne sont pas tenues de répondre à la communication des griefs. L'entreprise qui choisit d'y répondre doit cependant fournir des informations exactes, comme dans le cadre de l'enquête.

La présentation d'observations écrites n'est pas réservée aux seules parties concernées. Le plaignant, auquel une version non confidentielle de la communication des griefs a été adressée, bénéficie également de cette faculté (Règl. 773-2004, art. 6).

Toute personne qui présente des observations écrites doit indiquer clairement à la Commission les éléments qu'elle juge confidentiels et fournir une version non confidentielle des documents en cause dans le délai imparti par la Commission. À défaut, celle-ci peut présumer que la demande ne contient aucune information confidentielle. La Commission peut également exiger que les entreprises concernées lui signalent les documents ou parties de documents couverts par le secret des affaires ou confidentiels et désignent les entreprises vis-à-vis desquelles ces documents doivent être considérés comme confidentiels (Règl. 773-2004, art. 16).

D. Portée

A RETENIR

La communication des griefs par la Commission constitue un acte de procédure, préparatoire par rapport à la décision qui en constitue le terme ultime. Les allégations qu'elle contient revêtent un caractère provisoire. Elle est donc insusceptible de recours en annulation, seule la décision finale pouvant faire l'objet d'un tel recours.

La Commission peut également envoyer des demandes de renseignements supplémentaires afin d'examiner avec soin et impartialité l'ensemble des éléments pertinents du cas d'espèce.

L'autorité européenne ne peut, en principe, retenir dans sa décision finale que les griefs sur lesquels les parties ont fait connaître leur point de vue. Lorsque la Commission constate, au cours de la procédure d'examen approfondi postérieure à la communication des griefs, qu'un problème de concurrence susceptible d'aboutir à une déclaration d'incompatibilité n'a pas été ou a été insuffisamment énoncé dans cette communication, elle doit soit renoncer à ce grief au stade de sa décision finale, soit mettre les entreprises concernées en mesure de formuler, avant son adoption, toutes observations sur le fond et propositions de mesures correctives utiles. Une communication complémentaire doit être notifiée aux parties en cas d'éléments nouveaux ou lorsque, postérieurement à la notification de la communication, la Commission entend infliger une amende non visée

par celle-ci. Une seconde communication peut également être adressée aux parties pour corriger les omissions de la première en fonction de leurs observations. La poursuite d'enquêtes après la communication des griefs, qui résulte d'une démarche volontaire de la Commission et ne peut être effectuée à la demande des parties, n'oblige à l'envoi d'une communication complémentaire que dans l'hypothèse où le résultat des inspections amènerait la Commission à mettre à la charge des entreprises des comportements nouveaux ou à modifier sensiblement les éléments de preuve des infractions contestées. En revanche, l'envoi d'une nouvelle communication des griefs n'est pas nécessaire lorsque la Commission ouvre la procédure à la suite de l'annulation d'une précédente décision, dès lors que la sanction n'a pas affecté les actes préparatoires ou lorsqu'elle abandonne les griefs retenus contre certaines sociétés tout en les maintenant à l'égard des autres, puisqu'elle ne met pas alors à la charge de celles-ci de nouveaux griefs ni ne modifie sensiblement les éléments de preuve des infractions en cause. La même solution s'applique lorsque la Commission s'appuie sur un nouvel élément qui n'impute pas à l'entreprise une infraction différente, mais confirme seulement d'autres informations obtenues par ailleurs. En outre, la Commission ne viole pas les droits de la défense lorsqu'elle apporte des explications supplémentaires à celles contenues dans la communication des griefs, pour réfuter les réponses faites par les entreprises.

III. Communication du dossier

A RETENIR

La procédure administrative doit être pleinement contradictoire. L'entreprise destinataire de la communication des griefs doit pouvoir se prononcer sur les conclusions auxquelles la Commission est parvenue. La Commission doit donc permettre aux entreprises concernées l'accès à l'ensemble des documents à charge et à décharge, sous réserve des secrets d'affaires d'autres entreprises, des documents internes de la Commission et d'autres informations confidentielles.

L'accès au dossier permet en outre d'assurer le respect du principe de l'égalité des armes, qui s'impose à la Commission dans la procédure de concurrence. L'entreprise concernée doit, en application de ce principe, avoir une connaissance du dossier égale à celle de la Commission. Il en est ainsi lorsque les entreprises peuvent accéder aux documents originaux, même rédigés dans leur langue d'origine, sur lesquels la Commission fonde son appréciation. L'autorité européenne peut en revanche refuser la communication de compte-rendus de discussions avec des tiers, dès lors que les éléments à charge retenus n'ont pas été déterminés par ces discussions.

L'accès au dossier constitue une garantie procédurale fondamentale, dont la violation ne peut pas être couverte. Il est impossible d'assimiler l'accès au dossier à un stade ultérieur de la procédure, notamment lors de la procédure juridictionnelle, à l'exercice du droit d'accès. Lorsque la demande de communication est fondée sur le règlement 1049-2001 du 30 mai 2001 relatif à l'accès du public aux documents de la Commission, la Commission est par principe tenue d'apprécier concrètement et individuellement le contenu des documents visés dans la demande.

A. Droit d'accès au dossier

A RETENIR

Dans sa Communication en date du 13 décembre 2005, la Commission fixe le cadre d'exercice du droit d'accès au dossier posé aux articles 27 du règlement 1-2003 et 15 du règlement 773-2004. Le droit d'accès au dossier bénéficie, selon le texte, aux personnes, entreprises et associations d'entreprises auxquelles la Commission a adressé une communication des griefs.

Les parties qui en font la demande peuvent donc accéder au dossier postérieurement à la notification des griefs (Règl. 773-2004, art. 15). Elles ne pourront utiliser les documents ainsi obtenus que dans le cadre de procédures judiciaires ou administratives ayant pour objet l'application des articles 101 et 102 TFUE. L'accès au dossier est réservé aux seuls destinataires des griefs. Le plaignant, qui reçoit une copie de la version non confidentielle de la communication des griefs, ne peut que présenter des observations écrites et demander à être entendu (Règl. 773-2004, art. 6). Il peut également, lorsque la Commission envisage de rejeter sa plainte, accéder aux documents sur lesquels la Commission fonde son appréciation, à l'exception de ceux couverts par le secret d'affaires ou contenant des informations confidentielles (Règl. 773-2004, art. 8).

Le «dossier de la Commission» comprend l'ensemble des documents recueillis par la direction générale de la concurrence de la Commission lors de l'enquête. Les parties doivent pouvoir accéder aux éléments de preuve à charge comme à décharge. Un document ne peut être considéré comme un élément à charge que s'il est utilisé par la Commission à l'appui de la constatation d'une infraction commise par une entreprise. Tel n'est pas le cas de la réponse des entreprises concernées à la communication des griefs que la Commission n'entend pas utiliser à l'encontre des différentes entreprises qui auraient participé à l'infraction ou qui ne contient aucun élément à décharge, ou des éléments de preuve relatifs à un point de la communication des griefs non repris dans la décision. L'absence d'un document à charge n'est préjudiciable aux parties concernées que si elles établissent que la décision de la Commission aurait été différente si ce moyen de preuve avait été écarté. En revanche, en l'absence de communication d'un document à décharge, l'entreprise est seulement tenue d'établir que la non-divulgaration a pu influencer, à son détriment, le déroulement de la procédure et le contenu de la décision de la Commission. Ainsi, la violation, par la Commission, du droit d'être entendu et d'accéder au dossier entraîne l'annulation de sa décision lorsque l'entreprise démontre que, sans ces irrégularités, elle aurait pu mieux assurer sa défense. Le défaut de communication d'un document à décharge est sans effet sur l'exercice des droits de la défense lorsque la partie concernée possède elle-même ce document, ne peut établir que sa non-divulgaration a pu influencer, à son détriment, le déroulement de la procédure et le contenu de la décision finale ou encore lorsque la Commission ne s'est pas fondée sur lui pour établir la pratique. Dès lors que les autorités nationales ne sont pas compétentes pour adopter une décision concluant à l'absence de violation de l'article 101, paragraphe 1, TFUE, la non-communication aux parties d'une déclaration effectuée en ce sens par l'autorité d'un Etat membre ne peut avoir eu d'incidence sur l'issue de la procédure administrative. Il ne peut en revanche être imposé à une entreprise de démontrer que des éléments du dossier

auxquels elle n'a pas eu accès en raison de leur perte par la Commission lui auraient permis d'établir qu'elle n'avait pas commis de pratiques anticoncurrentielles. Enfin, lorsque l'accès au dossier n'est accordé qu'au cours de la procédure juridictionnelle devant le Tribunal de l'Union, l'entreprise doit seulement démontrer que les documents en cause auraient pu être utiles pour sa défense et non que, s'ils avaient été communiqués, la décision de la Commission eût été différente.

La Commission ne peut en aucun cas procéder à une sélection des documents utiles à la défense des entreprises en cause. Elle doit ainsi donner aux conseils de l'entreprise concernée la possibilité d'examiner les documents susceptibles d'être pertinents, en vue d'apprécier leur valeur probante pour la défense.

Dans tous les cas, la Commission doit établir une liste suffisamment détaillée des documents non annexés à la communication des griefs afin que, éventuellement, l'entreprise destinataire puisse demander l'accès à ceux plus spécifiquement utiles à sa défense.

L'accès au dossier peut être assuré de différentes manières par la Commission : envoi de copie par la poste, fourniture de CD ou autre support d'information électronique, consultation des documents dans ses locaux. Si la Commission peut faciliter l'accès au dossier d'instruction en invitant les entreprises concernées à procéder directement entre elles à un échange mutuel des documents saisis, elle doit toutefois leur assurer l'exercice de leur droit d'accès à la totalité du dossier de l'instruction dans ses locaux. Si une partie souhaite consulter un document inaccessible, elle en fait la demande à la Commission. En cas de contestation de la décision de refus, le conseiller-auditeur est saisi.

B. Limites au droit d'accès

A RETENIR

Si les entreprises concernées par une procédure de concurrence doivent, par principe, avoir accès à l'ensemble des documents qui constituent le «dossier d'instruction» de la DG IV, toutes les pièces du dossier ne peuvent être divulguées. La Commission doit en effet tenir compte de l'intérêt légitime des entreprises à ce que leurs secrets d'affaires soient préservés.

L'article 15 du règlement 773-2004 dresse une liste des documents non communicables. Les parties ne peuvent pas avoir accès aux «secrets d'affaires et autres informations confidentielles ni aux documents internes de la Commission ou des autorités de concurrence des États membres». Est également exclue la correspondance entre la Commission et les autorités de concurrence des États membres ou entre ces dernières. La Commission ne peut, aux termes de l'article 16 du règlement 773-2004, ni communiquer ni rendre accessibles les informations, y compris les documents, qui contiennent des secrets d'affaires ou d'autres informations confidentielles.

Les documents internes de la Commission ne constituent ni des éléments à charge ni des éléments à décharge. Ce sont des documents par nature confidentiels. Ils sont donc inaccessibles à moins que l'existence de circonstances exceptionnelles soit invoquée sur la base d'indices sérieux fournis par la partie intéressée. Contrairement au rapport du conseiller-auditeur, qui ne présente aucun aspect décisive justifiant sa communi-

cation aux parties,, les appréciations scientifiques de la Commission sur l'authenticité d'un document informatique constituent non un document interne, mais un élément à charge lorsqu'elles fondent son évaluation de la crédibilité de cet élément de preuve. Les correspondances avec les États membres sont également des documents à caractère confidentiel qui n'ont pas à être communiqués, sauf si elles concernent des informations échangées dans le cadre de l'article 12 du règlement 1-2003 ou des renseignements recueillis lors de l'enquête préalable susceptibles de contenir des allégations contre les parties. Ainsi, l'utilisation par la Commission de preuves transmises par les autorités nationales et recueillies en application du droit pénal national ne viole pas les droits de la défense des entreprises visées, si cette transmission n'a pas été déclarée illégale par une juridiction nationale.

Ces règles doivent être combinées avec celles du règlement 1049-2001 du 30 mai 2001 relatif à l'accès du public aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission. Si le règlement pose le principe général du droit des citoyens de l'Union d'accéder aux documents de la Commission, il prévoit, à l'article 4, toute une série d'exceptions et précise notamment que «l'accès à un document établi par une institution pour son usage interne ou reçu par une institution et qui a trait à une question sur laquelle celle-ci n'a pas encore pris de décision est refusé dans le cas où sa divulgation porterait gravement atteinte au processus décisionnel de cette institution, à moins qu'un intérêt public supérieur ne justifie la divulgation du document visé» (point 3). Le juge de l'Union a consacré l'existence d'une présomption générale selon laquelle la divulgation des documents transmis à la Commission au titre de l'article 11, paragraphe 4, du règlement 1-2003 porte, en principe, atteinte tant à la protection des intérêts commerciaux des entreprises sur lesquelles portent les informations en cause qu'à celle, étroitement liée, des objectifs des activités d'enquête de l'autorité de concurrence nationale concernée. La présomption s'applique à tout élément du dossier administratif afférent à une procédure d'application aussi bien des articles 101 que 102 TFUE et concerne tant les documents que la Commission a échangés avec les parties à la procédure ou avec des tiers que les documents internes établis pour instruire la procédure en cause, qu'elle soit close ou pendante. L'entreprise conserve néanmoins la possibilité de démontrer qu'il existe un intérêt public supérieur à lui communiquer les documents demandés. Selon le Tribunal, cet intérêt public supérieur doit revêtir un caractère objectif et général et ne saurait être confondu avec des intérêts particuliers ou privés, à plus forte raison lorsque le demandeur ne démontre pas que le refus d'accès qui lui est opposé l'empêche d'exercer effectivement son droit à réparation.

Selon la Commission, des informations sur l'activité professionnelle d'une entreprise constituent des secrets d'affaires lorsque leur divulgation est susceptible de léser gravement ses intérêts. Le Tribunal définit le secret d'affaires comme celui qui recouvre entre autres les informations d'ordre commercial, concurrentiel, financier ou comptables qui ne sont pas normalement accessibles aux tiers à l'entreprise et qui, en raison de leur ancienneté, ne revêtent pas un caractère historique. Un document non communicable dans sa totalité pour des raisons de confidentialité et de protection du secret commercial ne peut donc être utilisé comme moyen de preuve. Le droit au secret des affaires au cours de la procédure administrative doit, cependant, être mis en balance avec la garantie des

droits de la défense, et notamment le droit d'accès au dossier de l'instruction. L'article 27 du règlement 1-2003 dispose d'ailleurs que rien n'empêche la Commission de divulguer et d'utiliser des informations nécessaires pour apporter la preuve d'une infraction. La confidentialité n'empêche donc pas la divulgation si l'information concernée constitue un élément à charge ou à décharge. L'autorité européenne doit dans ce cas se livrer à une appréciation des éléments utiles, tels que la pertinence et la force probante des informations en cause, leur caractère indispensable, leur niveau de sensibilité, la conclusion provisoire sur la gravité de l'infraction, afin de déterminer, pour chaque document, si le besoin de divulgation est plus important que le préjudice susceptible d'en résulter pour la défense. Aussi, le juge de l'Union a-t-il pu estimer que les communications écrites présentées dans le cadre de discussions menées en vue d'une transaction ne bénéficient pas d'une présomption de confidentialité du seul fait qu'elles contiennent, de manière générale, des déclarations auto-incriminantes. La personne ou l'entreprise en cause doit, dans le délai imparti par la Commission, lui fournir une version non confidentielle à laquelle les parties concernées pourront avoir accès.

L'autorité européenne est par ailleurs tenue de garantir l'anonymat de certaines de ses sources d'information dans la perspective d'une prévention et d'une répression efficace des pratiques anticoncurrentielles prohibées. Les documents qui mettent en cause les sources d'information de la Commission constituent donc des documents confidentiels dont l'accès peut être refusé au cours de la procédure administrative. La confidentialité peut porter sur l'identité des auteurs des documents ainsi que des personnes qui les ont transmis à la Commission. Cette catégorie comprend également les secrets militaires.

La communication d'informations confidentielles n'entraîne l'annulation de la décision que s'il est établi qu'en l'absence de cette irrégularité celle-ci aurait pu avoir un contenu différent.

Toute personne qui fait connaître son point de vue ou qui fournit des informations complémentaires à la Commission à un stade ultérieur de la même procédure signale les informations qu'elle considère comme confidentielles (Règl. 773-2004, art. 16). Sont concernés par cette disposition le destinataire de la communication des griefs, le plaignant, les tiers justifiant d'un intérêt suffisant ayant demandé à être entendus ou invités à l'être. La Commission peut en outre demander aux entreprises qui ont produit ou produisent des documents de lui indiquer les informations couvertes par le secret et les entreprises auxquelles ces informations ne doivent pas être transmises. Un délai est accordé aux entreprises en cause pour indiquer à la Commission les raisons fondant leur demande de confidentialité et fournir à cette dernière une version non confidentielle et une description précise des passages supprimés. Si aucune demande de confidentialité n'est présentée à la Commission, celle-ci considère que les documents et informations contenus dans le dossier ne possèdent aucun caractère confidentiel.

La décision qui se prononce sur la demande de confidentialité est provisoire. Lorsque la Commission envisage de revoir sa position, elle en informe, par une décision motivée, les personnes et entreprises concernées auxquelles elle octroie un délai pour présenter des observations écrites. En cas de désaccord, le conseiller-auditeur est saisi pour régler le conflit.

SECTION 2

Phase orale**A RETENIR**

Le respect des droits de la défense impose qu'il soit donné à chaque entreprise ou association d'entreprises intéressées la possibilité d'être entendue sur les griefs que la Commission entend retenir dans la décision finale. Le droit d'être entendu suppose pour les entreprises intéressées la possibilité de présenter non seulement des observations écrites, mais également orales.

La Commission peut donc organiser, en complément à la phase écrite de la procédure, des auditions. L'ouverture de ces auditions n'est cependant pas systématique. Les entreprises et personnes concernées doivent en faire la demande dans leurs observations écrites. Tel est le cas des parties, destinataires des griefs (Règl. 773-2004, art. 12), des plaignants (Règl. 773-2004, art. 6) ou des tiers qui justifient d'un intérêt suffisant (Règl. 773-2004, art. 13). La Commission peut également donner à toute autre personne l'occasion d'exprimer oralement son point de vue.

La Commission dispose d'une marge d'appréciation raisonnable pour décider de l'intérêt que peut présenter une audition. Elle peut ainsi librement décider d'auditionner des tiers qui n'ont pas déposé de plainte ou d'observations écrites au cours de la procédure administrative. En outre, la nature administrative de la procédure devant la Commission l'exonère de l'obligation de donner à une entreprise la possibilité d'interroger un témoin particulier et d'analyser ses déclarations au stade de l'instruction. L'intérêt à être entendu peut notamment résulter de la complexité des faits ou des questions de droit. En pratique, la Commission tend à reconnaître un tel intérêt chaque fois qu'elle envisage d'interdire un accord ou une pratique en application des articles 101 et 102 TFUE. Lorsque la Commission viole le droit d'être entendu et que l'entreprise démontre que, sans ces irrégularités, elle aurait pu mieux assurer sa défense, sa décision doit être annulée.

Une nouvelle audition n'est pas nécessaire lorsque la Commission instruit un dossier dont les actes de procédure n'ont pas été affectés par l'annulation d'une décision antérieure. Il est alors possible de reprendre la procédure visant à remplacer l'acte annulé au point précis où l'illégalité a été constatée. Ainsi, lorsque le vice procédural est intervenu au stade de l'adoption de la décision, les mesures préparatoires antérieures demeurent valables. En revanche, lorsque la décision antérieure est annulée pour défaut d'authentification, une nouvelle audition des entreprises est nécessaire dès lors que la décision annulée a été prise sans que celles-ci aient pu accéder à l'intégralité du dossier et exercer correctement leurs droits. Il en va de même lorsque la Commission adopte, après l'entrée en vigueur du règlement 1-2003, une nouvelle décision à la suite de l'annulation d'une décision précédente fondée sur les dispositions du Traité CECA : de nouvelles auditions en présence des autorités de concurrence des Etats membres s'imposent alors.

I. Conseiller-auditeur

A RETENIR

Aux termes de l'article 14 du règlement 773-2004 du 7 avril 2004, «les auditions sont conduites en toute indépendance par le conseiller-auditeur». Afin d'accroître l'efficacité des auditions conduites par la Commission, la fonction de conseiller-auditeur a été créée en 1982. Le conseiller-auditeur a pour mission d'organiser et de présider les auditions, quelle que soit la procédure de concurrence engagée, et d'assurer le caractère objectif tant de l'audition que de la décision ultérieure.

Le statut du conseiller-auditeur a été renforcé en 2001 et les conditions d'exercice de son mandat précisées en 2011 afin d'accroître l'efficacité de son intervention. Garantie de son indépendance, le conseiller-auditeur est rattaché au membre de la Commission chargé de la politique de concurrence et échappe ainsi à la tutelle de la DG IV. Son rapport final sur le projet de décision est communiqué aux États membres et aux parties et publié en même temps que la décision finale de la Commission. Il ne communique au collège des membres de la Commission que les griefs qu'il estime pertinents et non tous les griefs avancés au cours de la procédure administrative. Le caractère incomplet ou erroné du rapport du conseiller-auditeur ne peut pas constituer un vice de la procédure administrative, susceptible d'entacher d'illégalité la décision qui en constitue l'aboutissement, dans la mesure où ce rapport, document purement interne à la Commission qui n'a pas pour objet de compléter ou de corriger l'argumentation des entreprises, ne présente aucun aspect décisif dont le juge européen aurait à tenir compte pour exercer son contrôle. Il en est de même de ses commentaires formulés lors de l'audition.

Le rôle du conseiller-auditeur a été précisé par la Commission qui le définit comme le garant indépendant des droits de la défense des entreprises poursuivies et des droits procéduraux des plaignants et autres parties à la procédure. Au cours de la procédure précédant la phase orale, le conseiller-auditeur remplit différentes fonctions.

Depuis la décision de 2001, la mission du conseiller-auditeur, qui auparavant débutait après la communication des griefs, couvre l'ensemble de la procédure. Lors de la phase d'enquête, les parties peuvent solliciter son intervention pour : i) assurer la confidentialité des correspondances entre l'avocat et son client, en vérifiant si un document saisi par la Commission est couvert par le *legal professional privilege* ; ii) garantir qu'une entreprise ne sera pas conduite à s'auto-incriminer dans le cadre d'une demande de renseignements fondée sur l'article 18, paragraphe 2, du règlement 1-2003 ; iii) se prononcer sur la nécessité d'une extension des délais pour répondre à une demande de renseignements fondée sur l'article 18, paragraphe 3, du règlement 1-2003 ; iv) tenir les entreprises informées de leur statut dans la procédure, en leur faisant connaître si elles font l'objet d'une procédure d'enquête et, si tel est le cas, l'objet et la finalité de la mesure.

Les parties à la procédure qui offrent des engagements ou qui prennent part à des discussions en vue de parvenir à une transaction pourront également le saisir, à tout moment de la procédure, en vue de garantir l'exercice effectif de leurs droits procéduraux.

Lors de la procédure écrite, et notamment de l'accès au dossier, il intervient subsidiairement. Les entreprises poursuivies sont à ce stade en relation directe avec la Commission

à laquelle elles doivent adresser leurs réclamations si elles estiment leur droit d'accès insuffisant. C'est uniquement si la réponse de la Commission ne satisfait pas les parties que celles-ci peuvent s'adresser au conseiller-auditeur. En revanche, un plaignant ou un tiers à la procédure, destinataires d'une version non confidentielle de la communication des griefs, s'adressent directement au conseiller-auditeur pour lui soumettre le conflit relatif à la nature confidentielle ou non d'informations dont ils souhaitent la communication.

Les destinataires de la communication des griefs adressent leur demande de prolongation du délai de réponse à la communication au conseiller-auditeur et précisent les motifs de la demande et le délai souhaité. Le conseiller-auditeur doit pour se prononcer tenir compte de la nécessité de protéger les droits de la défense et de préserver l'efficacité de la procédure.

Le conseiller-auditeur peut également être saisi d'une demande d'audition à huis-clos. Il ne saurait, pour refuser de faire droit à une telle demande, se fonder sur l'atteinte susceptible d'être portée aux droits de la défense d'une autre entreprise. En effet, selon la Cour de justice, si la Commission était par la suite conduite à tenir cette dernière pour responsable de l'infraction pour une période plus étendue que celle initialement retenue, ses droits seraient garantis par l'obligation de lui adresser une communication des griefs complémentaire et de lui permettre de présenter ses observations sur les éléments portés à sa connaissance.

Enfin, saisi d'une demande de protection de la confidentialité d'informations que la Commission entend publier dans sa décision, le conseiller-auditeur ne peut limiter son appréciation à l'examen des seules règles destinées à protéger spécifiquement les informations confidentielles contre une divulgation au public, mais doit également examiner toute objection fondée sur les règles ou principes du droit de l'Union.

II. Déroulement des auditions

L'article 14 du règlement 773-2004 et les articles 10 et suivants de la décision 2011-695 relative à la fonction et au mandat du conseiller-auditeur dans certaines procédures de concurrence règlent la conduite de l'audition. La Commission, par l'intermédiaire du conseiller-auditeur, convoque les personnes à entendre à la date qu'elle fixe. Les fonctionnaires et agents d'autres autorités des États membres peuvent également être invités à participer aux auditions. Le délai de convocation peut être bref, mais doit être suffisant pour permettre aux personnes et entreprises convoquées de présenter une défense utile. Ainsi, la Commission viole le droit d'être entendu lorsque, souhaitant adopter une décision rectificative sur le montant des amendes infligées à certaines entreprises, elle ne leur laisse que quatre jours pour faire valoir leur point de vue, alors que celles-ci démontrent qu'elles auraient pu mieux assurer leur défense si elles avaient bénéficié d'un délai supérieur. Pour améliorer l'efficacité de l'audition, le conseiller-auditeur peut adresser une liste de questions aux parties invitées et organiser des réunions préparatoires.

Les auditions se déroulent à huis clos. Le fait qu'aucun des membres du collège de la Commission n'assiste à l'audition de l'entreprise ne porte pas atteinte aux droits de la défense : la procédure de concurrence est de nature administrative et non juridictionnelle et rien ne s'oppose à ce que le collège soit informé des résultats de l'audition par ceux que la

Commission a mandatés pour y procéder. Les personnes convoquées comparaissent soit elles-mêmes, soit par leurs représentants légaux ou statutaires, soit par un mandataire ad hoc. Elles peuvent être assistées d'avocats ou de professeurs de droit admis à plaider devant la Cour de justice, ou d'autres personnes qualifiées. Elles peuvent être auditionnées séparément ou en présence d'autres personnes invitées, «compte tenu de l'intérêt légitime des entreprises à ce que leurs secrets d'affaires et autres informations confidentielles ne soient pas divulgués». Les participants à l'audition peuvent être autorisés à poser des questions durant l'audition. Il est procédé à un enregistrement des déclarations faites au cours de l'audition, qui est, à leur demande, mis à la disposition des personnes y ayant assisté, sous réserve que soit préservé le caractère secret ou confidentiel des informations recueillies. Les entreprises ne peuvent exiger la tenue de plus d'une audition pour développer leurs arguments.

CHAPITRE V Décision de la Commission

SECTION 1

Conditions de validité

I. Principe de collégialité

II. Authentification

III. Motivation

IV. Imputabilité de l'infraction

- A. Groupe de sociétés
- B. Restructuration de l'auteur

V. Notification

VI. Principe de bonne administration

SECTION 2

Mesures provisoires

I. Infraction *prima facie*

II. Urgence/Préjudice grave et irréparable

III. Proportionnalité

SECTION 3

Injonction de cesser l'infraction

SECTION 4

Amendes

I. Principes généraux

II. Fixation du montant

- A. Critères
- B. Détermination du montant de base
- C. Ajustement du montant de base

III. Plafond de l'amende

IV. Programme de clémence

- A. Principes
- B. Immunité d'amende
- C. Réduction d'amende

V. Paiement

SECTION 5

Publication de la décision

SECTION 6

Prescription

SECTION 7

Astreintes

CHAPITRE V Décision de la Commission

Lorsqu'elle constate l'existence d'une infraction, la Commission dispose d'un pouvoir discrétionnaire de décision qu'elle tient des articles 7 à 10 du règlement 1-2003. Elle peut enjoindre la cessation de l'infraction et imposer aux parties les mesures correctives comportementales ou structurelles nécessaires (Règl. 1-2003, art. 7). En cas d'urgence, elle a la possibilité d'ordonner des mesures provisoires pour mettre fin à un préjudice grave et irréparable (Règl. 1-2003, art. 8). Lorsque les parties lui proposent des engagements destinés à remédier aux problèmes de concurrence qu'elle leur a signalés, la Commission peut les rendre obligatoires par voie de décision (Règl. 1-2003, art. 9). Enfin, lorsque l'intérêt public européen l'exige, la Commission peut constater l'inapplication de l'article 101 TFUE soit parce que les conditions du paragraphe 1 ne sont pas remplies, soit parce que celles du paragraphe 3 le sont. Dans ce cas, elle rend sa décision sur saisine d'office (Règl. 1-2003, art. 10). Elle a également la faculté d'infliger des amendes (Règl. 1-2003, art. 23) ou des astreintes (Règl. 1-2003, art. 24). Ces sanctions pécuniaires doivent cependant être distinguées. L'astreinte ne constitue pas, à la différence de l'amende, la sanction de la violation directe d'une disposition du droit européen. Elle a pour objet de contraindre les entreprises à exécuter la décision que la Commission a prononcée à leur encontre. En revanche, aussi bien l'amende que l'astreinte sont susceptibles d'être infligées pour assurer l'efficacité des règles de procédure ou de fond.

PLAN

Nous examinerons successivement :

- les conditions de validité de la décision de la Commission ;
- le pouvoir de prononcer des mesures provisoires ;
- le pouvoir d'injonction ;
- les conditions d'infliction de l'amende ;
- la publication de la décision ;
- les règles de prescription ;
- les conditions d'infliction de l'astreinte.

SECTION 1

Conditions de validité

PLAN

Pour être valide, la décision doit :

- respecter le principe de collégialité ;
- être authentifiée ;
- être motivée ;
- imputer l'infraction à la personne juridique responsable ;
- être notifiée ;
- respecter le principe de bonne administration.

I. Principe de collégialité

A RETENIR

Les décisions qui constatent une infraction, émettent des injonctions, infligent des sanctions pécuniaires et valent titre exécutoire sont soumises au principe de collégialité prévu à l'article 250 TFUE.

Elles ne peuvent, sans violer ce principe, faire l'objet d'une habilitation, au sens de l'article 13 du règlement intérieur de la Commission, en faveur du Commissaire chargé de la concurrence, à la différence des décisions ordonnant à une entreprise de se soumettre à une mesure d'instruction, considérée comme une simple mesure de gestion. Le dispositif et les motifs des décisions de la Commission forment un tout indivisible, qui doit être adopté par le collège des commissaires. Le fait que les membres de la Commission soient démissionnaires n'exerce, en revanche, aucune influence sur la validité de la décision dès lors qu'ils demeurent compétents pour adopter des décisions jusqu'à leur remplacement.

II. Authentification

A RETENIR

Selon l'article 17 du règlement intérieur de la Commission, les actes adoptés en séance ou par la procédure écrite sont authentifiés dans la langue dans laquelle ils font foi par les signatures du président et du secrétaire exécutif.

Les signatures sont apposées sur le procès-verbal de la réunion au cours de laquelle l'acte a été adopté et non sur la décision elle-même.

L'authentification d'un acte de la Commission constitue une formalité substantielle dont la violation entraîne l'annulation de l'acte vicié sans qu'il soit nécessaire de prouver l'existence d'un préjudice. Cette formalité permet, en effet, de vérifier, en cas de contestation, la correspondance parfaite des textes notifiés ou publiés avec celui adopté. Elle doit donc nécessairement précéder sa notification pour être régulière. Seules des adaptations purement orthographiques ou grammaticales peuvent être apportées au texte après son adoption formelle. Les modifications allant au-delà portent atteinte au principe de l'intangibilité de l'acte adopté.

Les actes des autorités européennes jouissent, en principe, d'une présomption de légalité. Ils produisent des effets juridiques même s'ils sont entachés d'irrégularité aussi longtemps qu'ils n'ont pas été annulés ou retirés. Cependant, lorsque la gravité de l'irrégularité est si évidente qu'elle ne peut être tolérée par l'ordre juridique européen, l'acte doit être regardé comme inexistant. L'inexistence est, cependant, réservée à des «hypothèses tout à fait extrêmes». Elle ne concerne pas la rédaction après l'adoption d'une version linguistique différente ou l'absence de notification de la décision.

III. Motivation

A RETENIR

Les décisions de la Commission sont motivées et visent les propositions ou avis obligatoirement recueillis, notamment celui du Comité consultatif, afin de permettre au juge et aux parties intéressées de connaître les conditions dans lesquelles la Commission a fait application du Traité.

La motivation a une triple finalité. Elle doit permettre à son destinataire de connaître les justifications de la mesure prise, au juge européen d'exercer son contrôle de légalité et aux juridictions nationales, liées par les décisions de la Commission, d'en tirer toutes les conséquences dans le cadre d'actions en réparation des dommages causés ou d'actions récursoires entre co-débiteurs solidaires du montant de l'amende infligée.

A RETENIR

La motivation doit, selon un principe fondamental du droit européen, être suffisante, y compris dans le cadre d'une procédure de transaction.

Tel n'est pas le cas de la référence à une pratique décisionnelle constante. La motivation doit faire apparaître d'une manière claire et non équivoque le raisonnement de l'autorité européenne. La décision doit se suffire à elle-même, et ne pas nécessiter d'explications orales ou écrites ultérieures. Toutefois, le contexte qui a conduit à l'adoption de la décision, notamment les courriers échangés avec ses destinataires au cours de la procédure administrative, peut suffire à éclairer ces derniers sur les éléments de fait et de droit dont dépend sa justification légale. L'insuffisance de motivation justifie l'annulation de la décision. La même sanction s'applique à la décision entachée de contradiction entre les motifs et le dispositif et au sein même des motifs, lorsqu'elle empêche les entreprises de comprendre la nature et la portée de l'infraction constatée.

La Commission n'est pas tenue de discuter tous les points de fait et de droit soulevés par les entreprises intéressées lors de la procédure administrative. Elle doit uniquement exposer les faits et les considérations juridiques qui revêtent une importance essentielle dans l'économie de la décision. Il en est ainsi de la présomption d'imputabilité du comportement infractionnel de la filiale à la société mère : la Commission ne peut se prononcer sans prendre position sur les éléments circonstanciés et détaillés soulevés par cette dernière. La décision doit également préciser les éléments de preuve sur lesquels elle s'appuie. Elle n'a pas en revanche à les énumérer de manière exhaustive et peut s'y référer globalement. Une décision de la Commission est donc suffisamment motivée lorsqu'elle explique clairement et sans équivoque pourquoi l'infraction est constituée et dans quelle mesure les documents saisis en démontrent l'existence.

La Commission ne peut retenir dans la décision finale que les griefs sur lesquels les parties ont fait connaître leur point de vue, sans que celle-ci constitue pour autant une copie de la communication des griefs. Elle peut tenir compte dans sa décision finale d'un argument avancé au cours de la procédure administrative bien que l'entreprise concernée n'ait pas été en mesure de s'exprimer avant l'adoption de la décision ou amé-

nager et compléter tant en fait qu'en droit son argumentation à l'appui des griefs qu'elle retient dans sa communication. En revanche, il lui est impossible de retenir, dans la décision finale, la responsabilité d'une société mère pour les comportements de sa filiale, si cette possible imputation n'a pas été mentionnée dans la communication des griefs, car elle prive ainsi l'entreprise de la faculté de faire valoir utilement son point de vue.

Rien n'interdit à la Commission de rendre une décision unique sur plusieurs infractions, dès lors que celle-ci permet à tout destinataire de dégager avec précision les griefs retenus à son égard.

IV. Imputabilité de l'infraction

A RETENIR

La Commission adresse sa décision et inflige l'amende prévue à l'article 23 du règlement 1-2003 aux entreprises qui ont adopté les pratiques poursuivies ou à celles qui en sont responsables à la date de sa décision.

La notion d'entreprise recouvre toute entité qui exerce une activité économique, indépendamment de son statut juridique et de son mode de financement. Lorsqu'une entreprise est membre d'une association professionnelle, l'imputation du comportement infractionnel de l'association à l'entreprise affiliée, qui ne peut en aucun cas être automatique, suppose d'établir une participation personnelle de celle-ci à l'infraction, notamment en raison de sa présence au conseil d'administration de l'association, l'un de ses représentants ayant en outre assuré la présidence durant un certain temps, de sa participation à certaines réunions illicites et de son absence de distanciation.

PLAN

L'imputabilité de l'infraction est source de difficultés dans deux hypothèses :

- lorsque l'entreprise contrevenante peut faire partie d'un groupe de sociétés ;
- lorsque l'entreprise a fait l'objet d'une restructuration depuis la date de commission de l'infraction.

A. Groupe de sociétés

A RETENIR

L'entreprise, unité économique, peut être constituée de plusieurs personnes physiques ou morales juridiquement distinctes. Si le principe de responsabilité personnelle s'applique pleinement aux procédures de sanction en droit de la concurrence, il est possible, sans y porter atteinte, d'infliger une sanction à une personne juridique qui n'est pas l'auteur de l'infraction (CJCE, 10 sept. 2009, aff. C-97-08 P, Akzo Nobel, LawLex093031).

Le comportement d'une filiale, bien que dotée d'une personnalité juridique distincte, peut en effet être imputé à la société mère lorsqu'elle 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. La jurisprudence estime que dans une telle situation, la société mère et sa filiale constituent une unité économique, et donc une seule entreprise au sens de l'article 101 TFUE, la Commission pouvant adresser une décision imposant des amendes à la société mère sans qu'il soit nécessaire d'établir son implication personnelle dans l'infraction. La notion d'entreprise se définit à la date de l'infraction et non à celle de la décision.

1. Présomption de contrôle

A RETENIR

Lorsqu'une société mère détient, directement ou indirectement, la totalité ou la quasi-totalité du capital de sa filiale ayant commis une infraction aux règles de concurrence de l'Union, elle est présumée exercer effectivement une influence déterminante sur sa filiale.

Une telle présomption permet de considérer qu'elle est tenue solidairement au paiement de l'amende infligée à sa filiale, sans qu'il soit nécessaire que la Commission apporte d'autres indices concrets de l'absence d'autonomie de la filiale par rapport à sa société mère. La responsabilité du comportement infractionnel de la filiale peut même être imputée à une société intermédiaire et pas nécessairement à la société faîtière. Cependant, la détention du capital social de deux sociétés commerciales distinctes par une même société faîtière ne suffit pas à établir l'existence, entre elles, d'une unité économique qui permette d'imputer les agissements de l'une à l'autre.

La présomption s'applique également à la société mère qui détient l'ensemble des droits de vote associés aux actions de sa filiale, notamment en combinaison avec une participation hautement majoritaire dans le capital de cette dernière, car elle se trouve de ce fait dans une situation analogue à celle de propriétaire exclusif de celle-ci, qui la met en mesure de déterminer sa stratégie économique et commerciale.

Toutefois, la présomption est réfragable : la société mère peut la renverser en apportant des éléments de preuve de nature à démontrer que sa filiale se comporte de façon autonome sur le marché, notamment en se fondant sur les liens organisationnels, économiques et juridiques qu'elle entretient avec sa filiale.

2. Renversement de la présomption/Preuve du contrôle effectif

A RETENIR

La jurisprudence se montre généralement très sévère lorsqu'elle apprécie les éléments avancés par les entreprises pour renverser la présomption de contrôle de la filiale par la société mère.

EXEMPLES

Quand la présomption d'influence déterminante de la société mère sur sa filiale est-elle applicable ?

- même en l'absence d'activité économique propre, comme dans le cas d'une fondation ou d'une holding non-opérationnelle ;
- lorsque la société mère assure l'unité de direction des sociétés du groupe et influe ainsi sur leur comportement sur le marché ;
- lorsque la société mère est cotée en bourse ou que la filiale ne constitue, pour elle, qu'un investissement, même temporaire, ce qui rend hautement improbable son désintéret à l'égard des activités de sa filiale contrôlée à 100 % ;
- dans le cas d'une entreprise qui possède les caractéristiques d'une entreprise commune de plein exercice, censée accomplir de façon durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome, cette situation n'excluant pas que ses sociétés mères puissent exercer une influence déterminante sur ses décisions stratégiques ;
- lorsque la société mère cherche à s'exonérer en prétendant qu'elle n'était pas informée du comportement anticoncurrentiel de sa filiale, l'imputation du comportement ne dépendant pas d'une relation d'instigation ni, à plus forte raison, d'une implication de la société mère dans l'infraction, mais résultant du fait qu'avec la filiale elles constituent une seule et même entreprise au sens de l'article 101 TFUE ;
- même si la société mère n'a jamais été directement active dans le secteur économique en cause, car le contrôle effectif ne doit pas nécessairement porter sur l'ensemble des aspects de la vie de la filiale, ni sur la totalité des secteurs dans lesquels elle est active, ni même sur le secteur objet de l'infraction aux règles de concurrence ;
- même si la société mère n'a pas, eu égard aux exigences formelles du droit des sociétés national en cause, effectué d'actes de gestion ou qu'il n'existe pas de chevauchement des postes de direction entre sa structure et celles de ses filiales ;
- même si la filiale dispose d'une autonomie opérationnelle, dès lors qu'elle reste dépendante sur le plan commercial ou, inversement, d'une indépendance commerciale, si elle ne dispose d'aucune autonomie opérationnelle ;
- en cas de cession par une société mère à une filiale des activités concernées par l'infraction, le transfert n'ayant d'autre objet qu'une cession ultérieure de la filiale à un tiers, dès lors que les actes préparatoires à la cession finale prévoient un engagement de la société mère à ce que, dans l'attente de l'opération, la filiale soit gérée selon le cours normal des affaires, ce qui démontre la possibilité d'une influence sur la gestion de cette dernière ;
- même en cas de participation individuelle des filiales à la procédure et de présentation d'un groupe de réponses séparé à la communication des griefs.

En revanche :

- la circonstance qu'une société mère et ses filiales aient présenté une réponse commune à la communication des griefs et déposé une requête commune ne suffit pas à

établir que la société mère exerce une influence déterminante sur ses filiales.

Lorsque la présomption n'est pas applicable, la Commission doit démontrer que la société mère exerce effectivement une influence déterminante sur le comportement économique de sa filiale, c'est-à-dire sur ses prix, ses activités de production ou de distribution, ses objectifs de vente, ses marges brutes, ses frais de vente, son «*cash flow*», ses stocks et son marketing. Elle ne peut se fonder uniquement sur la capacité d'influence déterminante de sociétés mères sur leur filiale commune telle qu'elle est retenue dans le cadre de l'application du règlement 139-2004 lors de l'établissement du contrôle.

EXEMPLES

Quels indices permettent d'établir l'exercice d'une influence déterminante des sociétés mères sur une entreprise commune ?

- le fait que l'accord de création de l'entreprise commune leur permette de contrôler l'adoption des décisions commerciales stratégiques, l'élaboration des plans opérationnels et la supervision de la gestion quotidienne tout en étant informées de son fonctionnement ;
- le fait que son conseil de surveillance, dont les membres occupent des fonctions de direction au sein de ses sociétés mères, se prononce sur les évolutions du marché, les ventes, les prix, le volume des stocks, les investissements et réorganisations nécessaires et intervienne effectivement dans sa structure ;
- le fait que les sociétés mères et l'entreprise commune entretiennent des relations de fournisseur à client.

Pour imputer la responsabilité de l'infraction commise par une entreprise commune à une seule de ses sociétés mères, la Commission devra apporter la preuve que celle-ci exerçait unilatéralement une influence déterminante sur le comportement de la filiale. Réciproquement, une entreprise ne peut renverser la présomption tirée de sa participation au capital de sa filiale qu'en démontrant qu'elle-même n'exerce pas d'influence déterminante sur le comportement de celle-ci et non qu'une autre entreprise exerce une telle influence.

L'exercice d'une influence déterminante peut être établie à partir d'un faisceau d'indices convergents, même si aucun d'entre eux n'est en lui-même suffisant.

EXEMPLES

Quels indices permettent d'établir l'existence d'une influence déterminante de la société mère sur sa filiale ?

- le partage des mêmes locaux ;
- l'existence de liens personnels étroits entre la société mère et sa filiale ;
- la capacité de la société mère à réorganiser les tâches assignées à ses différentes

filiales ;

- le suivi attentif et constant des activités de la filiale et de l'évolution de sa position concurrentielle sur le marché, rendu possible par la représentation de la société mère au sein des organes statutaires de la filiale et par sa qualité de destinataire de rapports mensuels d'activité ;
- l'existence d'un personnel commun à plusieurs entreprises, que le partage soit simultané ou successif en raison de transferts d'activités en leur sein ;
- la participation, au sein de la filiale, à un comité des membres composé de représentants communs chargés de nommer les organes dirigeants de la filiale, d'en superviser l'activité et d'approuver certaines décisions de stratégie commerciale ;
- le pouvoir de nommer les membres du conseil d'administration des filiales, de convoquer les actionnaires aux assemblées générales et de leur proposer la révocation des administrateurs ;
- le contrôle exercé sur le principal organe décisionnel de la filiale en ce qui concerne les décisions importantes et stratégiques ;
- l'intervention significative du conseil d'administration de la société mère dans des aspects essentiels de la stratégie de sa filiale, telle que la vente de biens immobiliers ou d'une participation ;
- le fait pour deux sociétés de se présenter vers l'extérieur comme faisant partie du même groupe ;
- le fait d'adresser à sa filiale des instructions, précises et assorties de menaces, sur le comportement à adopter sur le marché.

De fait, la perception des autres membres de l'entente selon laquelle plusieurs sociétés d'un même groupe forment une unité économique et le fait qu'elles aient été traitées comme telles au cours des négociations anticoncurrentielles, constitue un indice parmi d'autres de leur intégration économique. La notion de pouvoir de direction d'une société par rapport à une autre n'implique pas nécessairement, selon le juge, la possibilité pour la première d'adresser des instructions juridiquement contraignantes à la seconde, ni que cette dernière ait appliqué toutes les instructions de sa société mère. Ainsi, le fait qu'une filiale ne se conforme pas à une instruction donnée par sa société mère ne suffit pas, à lui seul, à établir l'absence d'exercice effectif d'une influence déterminante par cette dernière, à moins que le non-respect de ses consignes soit la règle dans leurs rapports. Dans le cas d'une filiale commune, contrairement aux solutions admises en cas d'actionnariat unique, l'exercice d'une influence effective sur la direction opérationnelle constitue un critère important d'appréciation de l'imputabilité de l'infraction. Enfin, l'actionnaire minoritaire qui dispose d'un droit de veto sur les décisions stratégiques de la filiale et qui, en vertu de l'accord de création, doit approuver le plan de développement de la filiale pendant toute la durée de son existence, nomme des directeurs et administrateurs communs et entretient avec eux des liens économiques en qualité de fournisseurs réciproques forme une unité avec sa filiale. En revanche, le fait qu'une société mère n'ait pas exercé son droit de veto sur les décisions stratégiques de sa filiale n'implique pas qu'elle

n'ait pas exercé d'influence déterminante sur le comportement de celle-ci.

3. Questions de procédure

A RETENIR

La présomption ne peut être mise en œuvre lorsque la Commission n'a pas évoqué cette possibilité dans la communication des griefs.

En effet, dans une telle hypothèse, la société mère n'a pas été mise en mesure de présenter utilement sa défense sur ce point. De même, la Commission ne peut rejeter, sans en exposer les raisons, les éléments avancés par la société mère pour renverser la présomption lorsque l'argumentation en cause n'apparaît pas manifestement hors de propos ou dépourvue de signification. Par ailleurs, si la Commission n'est pas tenue de se fonder exclusivement sur la présomption pour caractériser la responsabilité d'une société mère et peut appliquer la méthode dite de la double base, consistant à conforter cette présomption par d'autres éléments de preuve, elle doit respecter le principe d'égalité de traitement à l'égard de l'ensemble des groupes de sociétés impliqués dans une même procédure. Dans l'hypothèse d'une succession économique dans le contrôle de la filiale, la Commission peut imputer le comportement de cette dernière à l'ancienne société mère, pour la période antérieure à la cession, et à la nouvelle société mère pour la suite, ou choisir de ne sanctionner que la filiale pour son propre comportement. En revanche, elle viole le principe d'égalité de traitement lorsqu'elle incrimine la nouvelle société mère pour la période postérieure à la cession de la filiale, sans retenir celle de l'ancienne société mère pour la période antérieure. La Commission n'est pas tenue, lorsque la responsabilité de la société mère est dérivée de celle de la filiale, d'attirer cette dernière à la procédure administrative. Lorsque tel est néanmoins le cas, la société mère doit bénéficier des réductions d'amende octroyées à la filiale si toutes deux ont introduit des recours parallèles ayant le même objet.

B. Restructuration de l'auteur

A RETENIR

La restructuration de l'entreprise qui intervient entre le moment où les faits reprochés se sont produits et celui auquel la Commission statue peut-elle aussi avoir une influence sur la responsabilité ? La notion d'entreprise est purement économique. C'est, en principe, l'entité qui assure la continuité économique et fonctionnelle de l'auteur du comportement anticoncurrentiel qui doit répondre de celui-ci.

La restructuration qui affecte l'auteur des pratiques impose donc au juge de retrouver l'entreprise à laquelle ont été transférés les moyens matériels et humains ayant concouru à la commission de l'infraction. L'analyse se décompose en trois étapes. La première consiste à identifier l'entreprise qui a commis l'infraction ; la seconde permet de vérifier si l'entreprise, à la suite de la restructuration, subsiste ou a été liquidée ; enfin, la troisième détermine la responsabilité : si l'entreprise subsiste, elle demeure responsable, sinon l'infraction est imputable à l'entreprise tierce (Comm. CE, 21 déc. 1988, n° 89-190, PVC, LawLex024024).

EXEMPLES

Quand la responsabilité est-elle transférée en cas de restructuration ?

- lorsque la nouvelle entité, née de la fusion des deux sociétés ayant adopté les comportements restrictifs, assure la continuité économique et fonctionnelle de ces entreprises ;
- en cas de fusion-absorption, la société absorbante devant répondre des infractions commises par la société absorbée avant l'opération, même si les actifs qui ont contribué à la réalisation de l'infraction ont préalablement été transférés à un tiers ;
- lorsque la fusion s'opère entre deux sociétés apparentées, la responsabilité pouvant être imputée à la société absorbante sans que la Commission ait à rechercher la responsabilité éventuelle de leur société mère ;
- en cas de scission d'une entreprise membre de l'entente, les sociétés nées de la scission qui continuent de gérer ses unités de production étant solidairement responsables avec l'entreprise du paiement de l'amende jusqu'à sa mise en liquidation, dès lors qu'elles constituent une unité économique ;
- lorsque la nouvelle entité économique a repris, depuis la date de la commission des faits, les actifs et objectifs économiques de leur auteur dans le secteur en cause.

En revanche :

- la responsabilité du cessionnaire est écartée si, à la date de la décision, l'auteur de l'infraction continue d'exister juridiquement, comme dans le cas de la cession d'une branche d'activité.

Même si l'entreprise initiale subsiste, la société qui a repris l'ensemble de ses activités dans le secteur concerné par des pratiques anticoncurrentielles, est réputée en assurer la continuité économique dès lors que les deux sociétés sont unies par des liens structurels (CJCE, 7 janv. 2004, aff. C-204-00 P, Aalborg Portland A/S, LawLex0424). Cette solution s'applique lorsque, au moment de l'infraction, les deux entités sont toutes deux détenues intégralement par la même société, qui exerce effectivement une influence déterminante sur elles. Dans cette hypothèse, la Commission n'est pas tenue de rechercher la responsabilité éventuelle de la société mère mais peut imputer l'infraction au seul cessionnaire. La Commission a la faculté, mais non l'obligation, d'imputer l'infraction commise par la filiale au groupe acquéreur tiers, lorsque la société mère responsable continue d'exister juridiquement et économiquement. A l'inverse, elle peut aussi décider de ne pas retenir la responsabilité de l'ancienne société mère de l'auteur de l'infraction si cela lui évite, eu égard au nombre conséquent d'entreprises impliquées, d'alourdir considérablement ses enquêtes.

La Commission n'est pas non plus tenue de répartir le montant de base de l'amende entre le cédant et le cessionnaire lorsque la cession a eu lieu au milieu de la période infractionnelle, dès lors que la gravité de l'infraction ne doit pas nécessairement être appréciée eu égard à l'impact réel du comportement de chaque entreprise sur la concurrence. Le caractère public ou privé de la société contrôlante est indifférent. Selon la Cour de justice,

la date pertinente pour apprécier, afin d'établir l'existence d'une situation de continuité économique, si le transfert d'activités a lieu à l'intérieur d'un groupe ou entre entreprises indépendantes, doit être celle du transfert et non celle de l'adoption de la décision qui sanctionne l'infraction. Dès lors, il importe peu que les liens structurels entre les entreprises aient été de courte durée, comme dans l'hypothèse où l'entité cessionnaire a été créée et a reçu les actifs en vue d'une cession ultérieure à un tiers indépendant.

Enfin, le changement de forme ou de dénomination d'une entreprise n'a pas pour effet de créer une nouvelle entreprise dégagée de la responsabilité des comportements anticoncurrentiels adoptés par la précédente. Une société «en sommeil» au sens du droit anglais des sociétés, pendant une période déterminée d'une infraction continue, ne peut être tenue responsable de l'infraction durant cette période où elle n'exerçait aucune activité économique ni ne réalisait de chiffre d'affaires.

V. Notification

A RETENIR

La décision ne peut avoir pour destinataire qu'une entité dotée de la personnalité juridique. Elle doit, dans le cas d'un groupe de sociétés, être adressée à la société mère ou à la holding, lorsque l'entreprise est constituée de l'unité formée par la société mère et ses filiales, même si la demande de renseignements préalable a été adressée à la filiale, dès lors qu'elle en a eu une connaissance complète.

Une décision est dûment notifiée lorsqu'elle est communiquée à son destinataire et qu'il a été en mesure d'en prendre connaissance. Tel est le cas de la décision envoyée par lettre recommandée avec avis de réception postal, à condition qu'elle soit délivrée à une personne dûment habilitée à la recevoir. Le point de départ du délai de recours court du jour de la notification régulière. L'accusé de réception doit donc être dûment daté et signé par son destinataire. L'entreprise destinataire ne peut invoquer un défaut de fonctionnement de son organisation interne, ou la méconnaissance par son personnel de ses propres directives, pour démontrer le caractère excusable de son retard dans la prise de connaissance d'une notification régulière.

VI. Principe de bonne administration

A RETENIR

La Commission est tenue de respecter les garanties procédurales prévues par le droit européen. Parmi elles figure notamment le principe de bonne administration, principe général inscrit à l'article 41 de la Charte des droits fondamentaux, qui oblige l'institution compétente à examiner, avec soin et impartialité, tous les éléments pertinents du cas d'espèce.

L'**impartialité subjective**, qui implique qu'aucun membre de la Commission en charge de l'affaire ne manifeste de parti pris ou de préjugé personnel se distingue à cet égard de l'**impartialité objective**, qui impose à l'institution d'offrir des garanties suffisantes pour exclure tout doute légitime sur son caractère impartial.

La Commission viole le principe de bonne administration lorsqu'elle divulgue à la presse, avant le prononcé de sa décision, le montant de l'amende envisagée ou que, à quelques jours d'intervalle, elle signale clairement son intention à une entreprise coopérante de ne pas lui divulguer les démarches d'autres entreprises pour obtenir une immunité d'amende, puis indique à une autre qu'un avertissement loyal lui sera donné si une autre entreprise essaie de la devancer en matière de coopération. En revanche, le comportement d'un membre de l'équipe chargée de l'affaire qui, par ses interventions orales, jette le discrédit sur les activités de la requérante, ne porte pas atteinte au principe de bonne administration lorsque les déclarations en cause interviennent après l'adoption de la décision. De même, les déclarations d'un membre de la Commission chargé de la concurrence lors d'une conférence de presse, qui se limitent à informer le public sur une enquête en cours, avec la discrétion et la réserve que commande le respect de la présomption d'innocence, ne sont pas contraires au principe de bonne administration. Par ailleurs, le principe de bonne administration n'impose ni qu'un membre de la Commission chargé de la concurrence participe à l'audition des entreprises, ni que la DG Concurrence organise un contre-examen de ses conclusions par un panel interne dans toutes les affaires portées devant elle. En toute hypothèse, la violation du principe de bonne administration n'est susceptible d'entraîner l'annulation de la décision que s'il peut être établi que celle-ci aurait été différente sans cette irrégularité.

SECTION 2

Mesures provisoires

Lorsque l'infraction aux règles de concurrence est évidente, il peut s'avérer nécessaire d'en paralyser les effets et, en particulier, d'adopter des mesures intermédiaires, en cours de procédure, à la demande du tiers victime. L'article 8 du règlement 1-2003 dispose : «Dans les cas d'urgence justifiés par le fait qu'un préjudice grave et irréparable risque d'être causé à la concurrence, la Commission, agissant d'office, peut, par voie de décision et sur la base d'un constat *prima facie* d'infraction, ordonner des mesures provisoires». La décision est applicable pour une durée déterminée, renouvelable si nécessaire. Le texte consacre ainsi la jurisprudence antérieure, qui a défini le régime des mesures provisoires.

La recevabilité d'une demande de mesures provisoires est subordonnée à la réunion de deux conditions cumulatives : une infraction *prima facie* et un préjudice grave et irréparable. Les mesures sont provisoires dans la mesure où elles ne peuvent préjuger la décision finale ou en neutraliser par avance les effets.

PLAN

Nous examinerons successivement :

- la condition d'infraction *prima facie* ;
- la condition de préjudice grave et irréparable ;
- la condition de proportionnalité.

I. Infraction *prima facie*

A RETENIR

Pour que des mesures provisoires soient octroyées, les pratiques concernées doivent être *prima facie* de nature à constituer une violation des règles de concurrence susceptible d'être sanctionnée par une décision de la Commission.

C'est une infraction a priori qui doit être constatée, et non une infraction claire et flagrante. Il doit être démontré que l'on se trouve en présence d'une infraction hautement vraisemblable. Un dépassement à première vue du cadre des dispositions européennes ou des doutes sérieux peuvent établir la vraisemblance de l'infraction *prima facie*. Tel est le cas de l'offre de prix inférieurs aux prix de revient par une entreprise en position dominante afin d'éliminer un concurrent, de la limitation de la gamme d'un produit afin de préserver le niveau des prix pratiqués ou du refus d'une entreprise en position dominante d'octroyer une licence d'utilisation de son droit d'auteur.

II. Urgence/Préjudice grave et irréparable

A RETENIR

L'article 8 du règlement 1-2003 exige la preuve d'un préjudice grave et irréparable qu'il est urgent de faire cesser.

Les mesures conservatoires ne sont prises qu'en cas d'urgence établie, en vue de parer à une situation susceptible de causer un préjudice grave et irréparable à la partie qui les sollicite, ou intolérable pour l'intérêt général. La condition relative à l'urgence n'est pas une condition autonome, mais une composante de la condition relative au risque d'un préjudice grave et irréparable. Les mesures provisoires sont, en effet, destinées à éviter qu'un dommage grave et irréparable aux intérêts du demandeur ne soit causé avant qu'il soit statué sur l'action principale.

Le dommage est irréparable lorsque la décision que la Commission prendra au terme de la procédure administrative ne sera plus susceptible d'y remédier. Tel est le cas lorsque l'entreprise risque de disparaître du marché ou lorsque le comportement en cause entraîne un désavantage concurrentiel important qui risque de produire un effet durable sur la position du concurrent sur le marché concerné.

III. Proportionnalité

A RETENIR

Les mesures doivent se limiter à ce qui est nécessaire sans créer de dommage plus important que celui qu'elles sont destinées à prévenir.

La Commission ne peut, dans une décision portant sur des mesures provisoires, ordonner ce qu'elle ne peut pas explicitement imposer dans une décision finale. La Commission n'a la possibilité d'adopter que des mesures se limitant à rétablir la situation préexistante jusqu'à l'adoption de la décision finale. Ces mesures ne doivent pas causer à l'entreprise

qui y est soumise un préjudice grave et irréparable. La portée des mesures conservatoires doit donc être réduite lorsque celles-ci ne sont pas proportionnées à l'objectif à atteindre.

SECTION 3

Injonction de cesser l'infraction

A RETENIR

La Commission peut, selon l'article 7 du règlement 1-2003, imposer, par voie de décision, aux entreprises ou associations d'entreprises, de mettre fin à l'infraction qu'elle a constatée.

L'autorité européenne n'est pas obligée de prendre une telle décision, l'article 7 lui donnant la faculté de ne pas ordonner, par voie de décision, aux entreprises intéressées de mettre fin à l'infraction constatée.

La constatation de l'infraction constitue une condition indispensable à une injonction de cessation. Après avoir estimé qu'elle pouvait figurer indifféremment dans les motifs ou le dispositif de la décision, ses effets sur la situation juridique des entreprises concernées ne dépendant pas de sa place dans la décision, le juge européen considère désormais que l'infraction constatée doit au moins être visée dans le dispositif pour faire grief à une entreprise et ouvrir droit à un recours en annulation. La constatation de l'infraction peut avoir lieu alors même que celle-ci a cessé, dès lors que la Commission y a un intérêt légitime. Tel est notamment le cas lorsque la décision de constatation tend à apporter une clarification juridique à la situation pour éviter qu'elle ne se reproduise. Cependant, comme l'a précisé la Cour de justice, la Commission n'est tenue de justifier d'un intérêt légitime à constater l'existence d'une infraction qui a cessé que lorsqu'elle n'inflige pas de sanction.

L'injonction de cesser l'infraction doit être ordonnée en «fonction de la nature de l'infraction constatée». L'autorité européenne peut imposer aux parties des mesures correctives structurelles ou comportementales, mais ces mesures doivent être proportionnées à l'infraction commise et nécessaires pour la faire cesser effectivement. Les charges imposées ne doivent pas dépasser les limites de ce qui est approprié et nécessaire pour obtenir le rétablissement de la légalité et faire cesser l'infraction. Une injonction faite à l'entreprise de s'abstenir, à l'avenir, de toute mesure «similaire» ne présente pas de caractère disproportionné eu égard à son caractère prétendument indéterminé, dès lors que la Commission fait nécessairement référence aux comportements constatés dans sa décision. Par ailleurs, s'il peut être nécessaire, pour mettre fin à un abus de position dominante, que l'entreprise concernée s'engage à ne pas exiger le versement d'une redevance pour l'utilisation de son logo, dès lors que l'alternative moins restrictive d'un marquage sélectif des emballages en fonction du système utilisé constitue une solution plus coûteuse et difficile à mettre en œuvre, il n'est pas possible de lui imposer la désignation, à ses frais, d'un mandataire doté d'un droit d'accès continu et illimité à ses informations, documents, locaux et employés. Enfin, des propositions d'engagements non retenues ne peuvent servir de point de référence pour apprécier la proportionnalité d'une mesure d'injonction.

A RETENIR

La Commission peut adresser aux entreprises des injonctions de faire ou de ne pas faire en vue de mettre fin à l'infraction. L'article 7 du règlement 1-2003 précise qu'une mesure corrective structurelle ne peut être imposée que s'il n'existe pas une mesure comportementale aussi efficace.

L'injonction de faire ne doit pas porter atteinte à la liberté contractuelle. Si la Commission peut imposer la renégociation ou la résiliation de contrats lorsque l'élimination des effets restrictifs de l'entente en dépend, elle n'est pas habilitée à ordonner la conclusion d'un contrat ou à interdire la conclusion de contrats futurs. La Commission peut également enjoindre à l'entreprise de fournir des informations protégées par le droit d'auteur, livrer des marchandises, ou communiquer des prix.

La Commission peut enfin interdire aux parties de poursuivre certaines activités ou pratiques, ou d'adopter un comportement futur similaire. Elle peut ainsi ordonner à une entreprise en position dominante de ne pas accorder de remises dénuées de contreparties objectives. L'injonction, par nature préventive, ne dépend pas de la situation des entreprises concernées au moment de son adoption. Une injonction de ne pas faire peut donc être adressée à une entreprise qui n'exerce plus ses activités sur le marché concerné.

SECTION 4**Amendes****A RETENIR**

La Commission peut, par voie de décision, infliger une amende aux entreprises ou associations d'entreprises qui, de propos délibéré ou par négligence, commettent une infraction aux articles 101 ou 102 TFUE, ou ne respectent pas une décision de mesures provisoires ou rendant obligatoire un engagement (Règl. 1-2003, art. 23). Une sanction pécuniaire peut également être infligée aux entreprises qui, au cours de l'enquête, se soustraient à leurs obligations.

PLAN

Nous examinerons successivement :

- les principes généraux gouvernant la fixation de l'amende ;
- la méthode de détermination de son montant ;
- la nécessité de respecter son plafond ;
- l'incidence de la participation à un programme de clémence ;
- les règles gouvernant le paiement de l'amende.

I. Principes généraux

Seules les infractions commises **de propos délibéré ou par négligence** peuvent être punies d'une amende. Le propos délibéré suppose la volonté de l'auteur de l'infraction d'agir illégalement. Il suffit qu'il n'ignore pas que son action entraîne une restriction de concurrence ; il n'est pas nécessaire, en revanche, qu'il ait conscience d'enfreindre les articles 101 ou 102 TFUE. La négligence est caractérisée lorsque l'entreprise «normalement avisée» aurait pu prévoir les effets illicites de son comportement. L'entreprise qui, en raison de son expérience, ne pouvait ignorer qu'elle restreignait la concurrence fait preuve «à tout le moins de négligence». L'inexpérience ou une erreur de droit sont en revanche susceptibles de lui éviter l'infliction d'une amende. Selon la Cour de justice, une entreprise ne peut cependant échapper à l'infliction d'une amende en se prévalant d'une erreur sur la licéité de son comportement, fondée sur l'avis juridique délivré par un avocat ou la teneur de la décision d'une autorité nationale de la concurrence. Dans tous les cas, la gravité particulière de certaines infractions dispense la Commission d'établir positivement l'intention ou la négligence.

Les décisions prises en vertu de l'article 23, paragraphes 1 et 2, du règlement 1-2003 n'ont pas un caractère pénal. L'amende infligée par la Commission, autorité administrative, à une entreprise est une sanction administrative, même si les autorités européennes appliquent dans une certaine mesure certains principes généraux du droit pénal.

Le **principe *non bis in idem***, visé à l'article 50 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union, interdit une nouvelle appréciation au fond de la matérialité de l'infraction qui conduirait à l'imposition d'une nouvelle sanction. Son application suppose la réunion de trois conditions : identité de faits, unité de contrevenant et unité de l'intérêt juridique protégé. La Commission doit donc, en application de ce principe, tenir compte des sanctions infligées par les autorités nationales et déjà supportées par la même entreprise pour les mêmes faits, mais conserve un pouvoir de sanction autonome. En revanche, la règle *non bis in idem* ne s'applique pas lorsque les entreprises concernées ont été condamnées pour les mêmes faits par les autorités d'un pays tiers ou lorsque la condamnation par les autorités nationales concerne une entente qui a produit des effets sur le territoire de l'État membre avant son adhésion à l'Union. De même, le principe *non bis in idem* ne s'oppose pas en soi à une reprise des poursuites ayant pour objet le même comportement anticoncurrentiel lorsqu'une première décision a été annulée pour des motifs de forme sans qu'il ait été statué au fond sur les faits reprochés, dès lors que la décision d'annulation ne vaut pas «acquiescement» au sens donné à ce terme dans les matières répressives, ni à ce qu'une autorité nationale de concurrence inflige à une entreprise, dans la même décision, une amende pour violation du droit national de la concurrence et une autre pour violation de l'article 102 TFUE.

Le principe de **présomption d'innocence**, consacré par l'article 6, paragraphe 2, CEDH et repris par l'article 48 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union, s'applique aux procédures de concurrence susceptibles d'aboutir au prononcé d'une amende ou d'une astreinte. En application de ce principe, les parties peuvent opposer aux preuves documentaires équivoques de la Commission une «autre explication plausible» des faits. De même, le doute quant à la présence effective d'une entreprise à une réunion illicite ou la portée exacte de l'infraction doit lui profiter et empêche de retenir sa participation à

l'entente. Le respect de ce principe, qui prévaut sur les objectifs de rapidité et d'efficacité de la procédure de transaction, implique également que dans le cadre d'une procédure de transaction hybride, la Commission ne prenne pas déjà position, dans la décision de transaction rendue en amont, sur la responsabilité de l'entreprise qui n'a pas transigé et qui fait l'objet d'une procédure ordinaire qui n'a pas encore abouti. En revanche, la présomption d'exercice effectif d'une influence déterminante d'une société mère sur sa filiale détenue à 100 % n'est pas contraire au principe de présomption d'innocence dès lors qu'elle n'a pas pour effet d'entraîner un renversement de la charge de la preuve, mais seulement de fixer le niveau de preuve à respecter pour déterminer à qui incombe la responsabilité d'une infraction. Une fois qu'elle a constaté un bris de scellé sur le fondement d'un faisceau de preuves, la Commission ni n'inverse la charge de la preuve ni ne viole le principe de la présomption d'innocence en imposant à l'entreprise d'apporter d'autres éléments de preuve afin de remettre en cause ce constat.

Le principe de **non-rétroactivité** constitue un principe général du droit européen, expressément visé par l'article 49 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union, qui s'applique aux décisions de la Commission infligeant des amendes pour violation du droit de la concurrence. Ce principe exige que les sanctions infligées à une entreprise pour une infraction soient celles fixées à l'époque où l'infraction a été commise. Il n'empêche pas en revanche l'application de nouvelles lignes directrices, dont la méthode de calcul des amendes présente un effet aggravant, lorsque leur adoption était prévisible par les entreprises. De même, pour assurer la continuité de l'ordre juridique de l'Union, des comportements collusoires interdits par le Traité CECA peuvent, après l'expiration de ce dernier le 23 juillet 2002, être punis sur le fondement de l'article 23, paragraphe 2, du règlement 1-2003 compte tenu des règles matérielles prévues à l'ancien article 65 CECA.

Le pouvoir de sanction conféré à la Commission en cas de violation des articles 101 et 102 TFUE est également conforme au **principe de légalité des peines**, consacré à l'article 49 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union. Le fait que les entreprises ne soient pas en mesure de connaître à l'avance le niveau exact des amendes encourues n'est pas contraire à ce principe. Ce principe n'est pas non plus remis en cause lorsque la Commission accorde par erreur une réduction d'amende à une entreprise qui ne la mérite pas et la refuse à une autre dans une situation identique, cette dernière ne pouvant invoquer à son profit une illégalité commise en faveur d'autrui. De même, la présomption d'imputabilité du comportement infractionnel d'une filiale à sa société mère ne porte pas atteinte au principe de légalité des délits et des peines dès lors que la solution est énoncée de manière constante depuis les années 1970.

Le principe de légalité des peines entraîne deux corollaires : le **principe de sécurité juridique**, qui implique l'interdiction pour la Commission de remettre en cause de manière imprévisible des situations acquises, et le **principe de protection de la confiance légitime**, qui peut être invoqué par les entreprises auprès desquelles une institution a fait naître des espérances fondées, en leur fournissant des assurances précises. Souvent invoquée par les entreprises, l'applicabilité de ces principes est très rarement reconnue par le juge de l'Union. Ainsi, l'application des lignes directrices de 2006 à des faits commis sous l'empire de celles de 1998 n'a pas été considérée comme une atteinte au principe de sécurité juridique, dès lors que, même en l'absence d'une disposition explicite relative

à leur révision périodique, l'adoption et l'application de nouvelles modalités de calcul de l'amende après la commission de l'infraction, est prévisible pour les entreprises, eu égard à la jurisprudence antérieure. De même, le fait que la Commission tienne compte des ventes de produits cartellisés hors EEE lorsque ces produits sont incorporés dans d'autres produits vendus dans l'EEE alors que ses lignes directrices ne visent pas une telle hypothèse ne viole pas le principe de sécurité juridique car le texte n'a pas vocation à énumérer de manière exhaustive tous les cas auxquels la Commission peut être confrontée dans le calcul du montant des amendes, afin de respecter le large pouvoir d'appréciation dont elle dispose en la matière. Le fait qu'une pratique telle que les accords de pay for delay n'ait encore jamais fait l'objet d'une décision de sanction par la Commission n'empêche pas sa condamnation dès lors que les entreprises participantes ne pouvaient ignorer le caractère anticoncurrentiel de leur comportement. Enfin, la Commission ne viole pas le principe de protection de la confiance légitime en n'infligeant pas à une entreprise qui s'est désolidarisée de la procédure de transaction une amende comprise dans la fourchette indicative prévue dans le cadre de cette procédure.

II. Fixation du montant

PLAN

Lorsqu'elle fixe le montant de l'amende, la Commission :

- respecte certains critères ;
- détermine son montant de base ;
- module ce montant en fonction des circonstances.

A. Critères

A RETENIR

Pour fixer le montant de l'amende, la Commission se livre à une analyse multicritères, qui se fonde sur des indices visant, d'une part, à définir le niveau général des sanctions infligées aux participants de l'entente, et, d'autre part, à pondérer l'amende en fonction de la situation particulière de chaque participant.

La Commission dispose d'un pouvoir particulièrement large lors de l'appréciation du caractère dissuasif d'une amende et n'est pas tenue d'appliquer une formule mathématique précise. Elle peut tout aussi bien ne pas infliger d'amende ou seulement une amende symbolique ou inversement augmenter le niveau général des amendes. Le fait qu'elle ait pu infliger, par le passé, des amendes d'un certain niveau à certains types d'infractions, ne la prive pas de la possibilité d'élever ce niveau dans les limites indiquées au règlement 1-2003, si cela est nécessaire pour assurer l'efficacité de la politique européenne de la concurrence.

A RETENIR

Si les Lignes directrices relatives au calcul des amendes ne préjugent pas de l'appréciation de l'amende par le juge européen, qui dispose d'une compétence de pleine juridiction, la Commission doit en revanche se conformer aux règles de calcul qu'elle

s'est imposée dans celles-ci.

Elle se réserve toutefois la faculté de s'en écarter, à condition de se justifier et de divulguer la méthodologie alternative employée dans la décision elle-même, lorsque les particularités de l'affaire ou la nécessité d'atteindre un niveau dissuasif justifient l'imposition d'une amende particulièrement élevée. Le pouvoir discrétionnaire de la Commission d'infliger ou non une amende la dispense, par ailleurs, de tenir compte du risque que court l'entreprise de devoir faire face à une action civile dans son État d'origine.

La décision de la Commission infligeant une amende doit être motivée. Elle doit indiquer les critères retenus et le mode de calcul de l'amende infligée. Il suffit que la Commission précise les critères destinés à fixer le niveau général de l'amende infligée à une entreprise. Si elle n'est pas tenue de fournir les éléments chiffrés relatifs au mode de calcul, elle doit toutefois justifier le choix de la proportion des ventes prises en considération lors de la détermination du montant de base de l'amende et expliquer la manière dont elle pondère et évalue les différents éléments qu'elle prend en considération. En revanche, elle n'est pas tenue d'informer l'entreprise dans la communication des griefs de ce que le montant de son amende peut être augmenté eu égard à son refus de coopération lors des investigations.

Les amendes sont déterminées individuellement pour chaque entreprise, organisme ou groupe d'entreprises et le montant doit notamment tenir compte d'éventuelles circonstances aggravantes ou atténuantes. La Commission peut toutefois déterminer d'abord le montant global de l'amende pour ensuite le répartir entre les différentes entreprises concernées selon leur rôle. Cette faculté revêt, selon le Tribunal, un caractère exceptionnel et doit être limitée au cas où les infractions s'inscrivent dans une stratégie d'ensemble cohérente, où il existe une unité d'infractions ou au cas où les infractions réalisées par les mêmes participants ont eu pour objet le même type d'agissements sur différents marchés. La différenciation des montants de l'amende en vertu de la différence d'intensité de la participation des entreprises en cause ne doit donc pas nécessairement s'effectuer dans le cadre de la fixation des coefficients «gravité de l'infraction» et «montant additionnel», mais peut intervenir à un autre stade du calcul de l'amende, lors de l'ajustement du montant de base en fonction de circonstances aggravantes et atténuantes ou de la détermination de la valeur des ventes en relation avec l'infraction.

La Commission peut, par ailleurs, sans violer le principe de non-discrimination, infliger des amendes différentes aux participants à l'entente eu égard à leur taille, leur puissance économique et leur rôle. Au sein d'une même catégorie d'opérateurs, des situations comparables ne doivent, cependant, pas recevoir un traitement différent à moins que celui-ci soit objectivement justifié. La violation du principe d'égalité de traitement ne saurait résulter de la seule comparaison du montant des amendes finales prononcées dans deux affaires similaires, dès lors que ces montants reflètent la prise en considération, aux différentes étapes du calcul effectué par la Commission, des circonstances particulières à chaque entente qui s'ajoutent aux évaluations propres au cas d'espèce. Lorsque l'année de référence retenue à l'égard des parties ne donne pas une indication utile et fiable de la situation économique réelle de l'une des entreprises au cours de la période infractionnelle, la Commission peut tenir compte pour cette dernière du chiffre

d'affaires relatif à une année différente sans violer le principe d'égalité de traitement. La Commission ne viole pas davantage le principe d'égalité de traitement lorsqu'elle n'informe pas toutes les entreprises, au même moment, de l'existence d'une enquête. Pareillement, le fait qu'une infraction couvre une plus grande étendue géographique et un plus grand nombre de produits qu'une autre n'implique pas en soi qu'elle est plus grave que cette dernière et doit être sanctionnée par des coefficients «gravité de l'infraction» et «montant additionnel» supérieurs. Enfin, une entreprise qui s'est vu infliger une amende du fait de sa participation à une entente ne peut demander l'annulation ou la réduction de celle-ci au motif qu'un autre participant n'aurait pas été sanctionné pour une partie ou pour l'intégralité de sa participation à l'infraction. En effet, il est de jurisprudence constante que le principe d'égalité de traitement dans la fixation de l'amende ne peut être invoqué par une entreprise pour bénéficier d'une illégalité commise en faveur d'un autre participant à l'entente.

L'amende doit être proportionnée à la gravité et à la durée des infractions constatées (Règl. 1-2003, art. 23). Elle doit tenir compte de l'ampleur des effets anticoncurrentiels et des intérêts des consommateurs ou des concurrents lésés, ainsi que de la capacité financière des entreprises concernées. Le caractère intentionnel revêt toutefois plus d'importance que l'impact concret de la pratique sur le marché, surtout lorsqu'il s'agit d'infractions intrinsèquement graves. L'amende infligée à une entreprise ne présente pas de caractère disproportionné du seul fait que les pratiques sanctionnées ont été mises en œuvre sur un marché en mauvaise santé et qu'elles ne lui ont procuré qu'un profit limité. Il n'est pas non plus contraire aux principes de proportionnalité et d'égalité de traitement qu'une entreprise dont les activités se concentrent davantage que d'autres sur la vente de biens ou de services liés directement ou indirectement à l'infraction reprochée se voie infliger une amende représentant une proportion de son chiffre d'affaires global plus élevée que celle des amendes infligées à chacune des autres entreprises concernées. En revanche, le principe de proportionnalité s'oppose à ce que des entreprises qui ont participé à une seule infraction soient sanctionnées de la même manière que celles ayant pris part aux deux infractions réprimées. L'amende est également disproportionnée lorsqu'elle est calculée sur la base des ventes de l'entreprise concernée dans toute l'Europe alors que sa participation à l'infraction est limitée à un seul marché national et qu'il n'est pas établi qu'elle a eu connaissance de données relatives à d'autres marchés qui lui auraient permis d'adapter son comportement sur ceux-ci ou lorsque la Commission ne tient pas compte du caractère tardif et seulement progressif de la participation d'une entreprise à l'infraction. Il est loisible à la Commission de répartir les entreprises en plusieurs catégories en fonction de leurs parts de marché et des écarts constatés.

Pour assurer la transparence et le caractère objectif de ses décisions, la Commission a adopté des Lignes directrices pour le calcul des amendes, qui fixent un montant de base qui peut être majoré ou réduit selon l'existence de circonstances aggravantes ou atténuantes. Les Lignes directrices énoncent une règle de conduite indicative de la pratique décisionnelle de la Commission dont elle ne peut s'écarter dans un cas particulier sans donner de raisons compatibles avec le principe d'égalité de traitement.

B. Détermination du montant de base

A RETENIR

Pour déterminer le montant de base, la Commission utilise la valeur des ventes des produits ou services de l'entreprise concernée en relation directe ou indirecte avec l'infraction sur le marché géographique en cause durant la dernière année de participation à l'infraction.

Elle doit, conformément à ses lignes directrices, retenir les données les plus précises et les plus proches de la réalité pour calculer la valeur des ventes en relation avec l'infraction. Lorsqu'une entente concerne les prix d'achat et que les produits concernés sont des intrants et non des produits intermédiaires ou en aval pour lesquels la valeur des ventes pourrait être utilisée, il y a lieu de s'écarter de la méthodologie générale et de retenir les données relatives aux achats plutôt qu'aux ventes. Si l'auteur de l'infraction est une association d'entreprises, elle retient la valeur des ventes des différents membres. Le montant de base correspond à un pourcentage de la valeur des ventes déterminé en fonction du degré de gravité de l'infraction et multiplié par le nombre d'années de participation à l'infraction. Cette proportion peut être inférieure ou égale à 30 % selon la nature de l'infraction, la part de marché cumulée de toutes les parties concernées, l'étendue géographique de l'infraction, et la mise en œuvre ou non de l'infraction.

La Cour de justice interprète l'expression «la valeur totale des ventes des biens ou services en relation avec l'infraction» utilisée dans les lignes directrices pour le calcul des amendes comme visant la valeur totale des ventes des entreprises participant à l'infraction et non la valeur totale des ventes de l'ensemble des entreprises actives sur le marché où les entreprises concernées par la décision de la Commission ont commis l'infraction. La Commission ne doit utiliser que la valeur des ventes du seul produit retenu dans la définition du marché pertinent et ne s'attacher qu'aux ventes réelles réalisées et non aux quotas théoriques convenus par les membres de l'entente. Aussi, des ventes effectuées dans le cadre d'activités pour lesquelles les parties ne sont pas en concurrence et qui sont exclues de la clause de non-concurrence sanctionnée ne peuvent-elles être prises en considération. En revanche, les ventes réalisées en vertu de contrats conclus antérieurement à la période d'infraction et non renégociés au cours de cette période peuvent être comptabilisées lorsque l'entente sanctionnée couvre tant les contrats existants que les nouveaux contrats. La Commission peut aussi tenir compte de la valeur des ventes en relation avec l'infraction même si elles n'ont pas profité à l'entreprise qui a cédé sa filiale avec les bénéficiaires à un tiers. Pour éviter d'accorder une «prime au secret», la Commission n'est pas tenue de se limiter à la prise en considération de la valeur des ventes effectuées au titre des contrats pour lesquels elle a apporté la preuve directe d'une collusion mais peut aussi retenir les ventes de produits réalisées par des sociétés du groupe autres que la filiale directement impliquée, dès lors que la société mère en est également la société faïtière. Elle peut également intégrer au calcul les ventes réalisées entre la filiale auteur de l'infraction et sa société mère, avec laquelle elle ne forme pas une entreprise unique, sans avoir à vérifier si elles ont été effectuées à des prix influencés par l'entente, dès lors qu'elles ont eu lieu sur le marché affecté par celle-ci. En revanche, lorsqu'une fusion intervient au cours de l'entente, à laquelle, avant la fusion, seule une des parties a participé,

la Commission ne saurait multiplier la valeur des ventes de l'entité résultant de la fusion pendant la dernière année complète de participation à l'infraction, par le nombre d'années de participation non seulement de l'entité résultant de la fusion, mais également de la partie qui, avant la fusion, a participé seule à l'entente. Selon le juge de l'Union, les ventes dont il convient de tenir compte sont celles effectuées sur le marché pertinent qu'a défini la Commission. Dès lors, celle-ci peut, sans violer le principe de proportionnalité, tenir compte de l'ensemble des ventes réalisées sur un marché constitué d'un lot de services, même si elle sanctionne une infraction concernant un seul de ces services.

Par ailleurs, la Commission n'est pas tenue d'exclure les ventes internes réalisées par les entreprises verticalement intégrées de la valeur des ventes en relation avec l'infraction lorsque celles-ci peuvent tirer profit de l'entente de prix sur le marché aval, soit en répercutant les majorations du prix des intrants sur celui des produits transformés, soit, en l'absence de répercussion, en bénéficiant d'un avantage de coût par rapport à leurs concurrents qui se procurent ces mêmes intrants sur le marché de produits qui fait l'objet de l'infraction. Ainsi, lorsqu'une entreprise intégrée verticalement incorpore les produits qui font l'objet de l'infraction à des produits finis dans ses unités de production situées en dehors de l'EEE, il doit être tenu compte des ventes de ces produits finis dans l'EEE à des tiers indépendants dans la valeur des ventes en relation avec l'infraction, même si le marché des produits finis constitue un marché distinct de celui concerné par l'infraction. Cette pratique peut d'autant moins être contestée lorsque la Commission ne tient pas compte de la valeur du produit fini dans son ensemble, mais seulement de celle des produits objet de l'infraction qui le composent. Selon la Cour de justice, les livraisons effectuées au sein de l'EEE doivent être incluses dans la valeur des ventes en relation avec l'infraction même si elles ont été négociées en dehors de l'EEE. Lorsque l'entente a pour objet une répartition de marchés entre producteurs européens et japonais, la notion de «secteur géographique (plus vaste que l'EEE) concerné», mentionnée au point 18 des lignes directrices pour le calcul de l'amende, ne peut être interprétée comme se limitant à l'EEE et au Japon, mais doit être étendue au monde entier dès lors que l'infraction a eu pour conséquence que le potentiel concurrentiel mondial des entreprises concernées n'a pas été utilisé au profit du marché de l'EEE.

La valeur des ventes d'un produit que l'entreprise n'est pas à même de fabriquer peut être intégrée au montant de base de l'amende qui lui est infligée dans la mesure où elle peut l'acheter à un prix concurrentiel auprès des membres de l'entente pour le revendre au prix artificiellement élevé résultant de l'entente. Il n'y pas davantage lieu de déduire les coûts des intrants, qui sont inhérents aux prix des produits et des services vendus, de la valeur des ventes, même lorsque leur montant constitue une partie très importante de celle-ci. La Commission n'est pas non plus obligée de tenir compte de l'existence d'une éventuelle entente en amont, qui entraînerait un gonflement d'une partie du prix des services en cause, dès lors qu'elle s'attache au chiffre d'affaires réalisé par l'entreprise dans les conditions concrètes de marché. En revanche, elle ne peut tenir compte de la valeur des ventes réalisées par l'entreprise, pour toute la durée de sa participation à l'entente, dans des États où elle n'était pas initialement présente, en l'absence d'agrément pour y commercialiser ses produits.

En principe, la Commission est tenue de s'appuyer sur les ventes effectuées au cours

de la dernière année d'infraction. Néanmoins, elle peut s'écarter de cette règle et se référer à la moyenne des ventes réalisées tout au long de l'infraction, notamment lorsqu'en raison de l'effondrement des ventes des produits cartellisés au cours des dernières années de mise en œuvre de l'entente, la dernière année de participation des entreprises n'est pas représentative de l'importance économique de l'infraction. En outre, lorsqu'au cours de l'année de référence pour le calcul de la valeur des ventes, l'entreprise n'a pas réalisé de ventes, en raison du transfert de ses activités à une filiale commune, la Commission peut calculer le montant de départ de l'amende à partir du chiffre d'affaires réalisé par la filiale et répartir ce montant entre ses sociétés mères à proportion de leurs ventes respectives antérieures. Une entreprise ne peut exiger que la Commission se fonde à son égard sur une période différente de celle généralement retenue qu'à la condition de démontrer que le chiffre d'affaires qu'elle a réalisé au cours de cette dernière période ne constitue pas, pour des raisons qui lui sont propres, une indication de sa véritable taille et de sa puissance économique ni de l'ampleur de l'infraction qu'elle a commise.

Un taux unique peut être appliqué à toutes les entreprises ayant participé à une infraction unique, dès lors que l'appréciation ultérieure des circonstances atténuantes et aggravantes permet de tenir compte de la gravité relative de leur comportement. Au stade de la détermination du montant de base de l'amende, la Commission ne doit pas apprécier les effets du comportement effectif de chaque entreprise, mais uniquement ceux résultant de l'ensemble de l'infraction à laquelle elle a participé. Toutefois, afin de refléter plus fidèlement les caractéristiques de l'entente en cause, lorsque celle-ci a connu des variations d'intensité, la Commission peut déroger aux règles posées dans ses lignes directrices et effectuer une pondération entre les ventes effectuées au cours de la phase de «montée en puissance» de l'infraction et celles relatives à sa phase centrale.

L'amende a une double finalité : elle vise à la fois à prévenir le renouvellement des infractions (effet dissuasif général) et à punir leur commission (effet dissuasif spécifique). La dissuasion vise cependant davantage à garantir l'effectivité de l'amende qu'à rendre compte de la nocivité de l'infraction. **Le montant de départ de l'amende peut, pour assurer un effet dissuasif, être majoré eu égard à la taille de l'entreprise, ses ressources globales et sa capacité à mobiliser les fonds nécessaires à la date de la décision, même si à une date antérieure, les moyens de certaines des entités qui la composent ont été inférieurs.** La Commission peut inclure à cette fin dans le montant de base une somme qualifiée de «droit d'entrée», comprise entre 15 et 25 % de la valeur des ventes. Elle peut également majorer le montant de départ compte tenu de la taille et des ressources du groupe auquel l'entreprise appartient si elle forme avec lui une unité économique unique. Elle n'est pas tenue en revanche de prendre en considération l'absence de bénéfice tiré de l'infraction ni l'amende infligée dans une affaire contemporaine de celle en cause, dès lors que la fonction dissuasive de la sanction comporte un objectif de prévention générale. Selon le Tribunal, le chiffre d'affaires global qui ne constitue qu'une indication «imparfaite et approximative» de la taille de l'entreprise et de sa puissance économique a le mérite incontestable, lorsqu'il est utilisé comme critère pour majorer l'amende, de présenter un caractère objectif qui permet de l'appliquer indistinctement à toutes les entreprises concernées.

C. Ajustement du montant de base

La Commission module l'amende eu égard au comportement de chaque entreprise. Les lignes directrices dressent une liste de circonstances aggravantes et atténuantes.

1. Circonstances aggravantes

Le montant de l'amende sera augmenté en cas de circonstances aggravantes.

La récidive constitue l'une des circonstances aggravantes les plus courantes.

EXEMPLES

Quelles sont les circonstances indifférentes à la constatation d'une récidive ?

- en cas de condamnation antérieure de l'entreprise, il n'est pas nécessaire qu'une sanction ait été prononcée car un constat d'infraction ou une mise en garde suffisent ;
- la première décision n'a pas besoin d'être devenue définitive mais peut encore être soumise à un examen juridique ;
- la concomitance entre les deux infractions n'a aucune incidence sur la sanction lorsque l'entreprise a poursuivi la seconde alors qu'elle avait été condamnée au titre de la première ;
- les dispositions dont la violation est sanctionnée peuvent être seulement similaires, mais pas obligatoirement identiques, comme dans le cas de l'article 101 TFUE et de l'ancien article 53 CECA ;
- peu importe que les pratiques aient été mises en œuvre sur le même marché ou portent sur les mêmes produits ;
- il n'est pas exigé que les pratiques aient été adoptées par la même entité, l'amende s'appliquant à l'entreprise au sens du droit de la concurrence et pouvant donc concerner des sociétés différentes appartenant au même groupe.

Toutefois, en cas d'évolution complexe de la structure et du contrôle des sociétés en cause, la Commission doit démontrer qu'une même «entreprise» a répété le comportement infractionnel. La société mère sanctionnée au titre du comportement infractionnel passé d'une filiale doit avoir été destinataire de la décision concernée et la Commission doit indiquer concrètement et précisément, dans la communication des griefs relative à la seconde infraction, en quelle qualité et dans quelle mesure l'entreprise aurait été impliquée dans les précédentes décisions auxquelles elle se réfère. De même, la filiale qui n'a pas été destinataire de la première décision qui condamnait la société mère sans établir leur unité économique, ne peut voir majorer le montant de l'amende qu'elle encourt au titre d'une nouvelle infraction, sur le fondement de la récidive.

S'agissant du champ temporel de la récidive, les autorités de concurrence ont d'abord estimé qu'en l'absence de prescription en la matière, un délai de vingt ans entre la condamnation et le nouvel acte ne présentait pas de caractère disproportionné et que l'absence de délai maximal entre deux condamnations pour la prise en considération de la récidive

ne constituait pas une violation des principes de légalité des sanctions et de sécurité juridique. Ensuite, la Cour de justice a précisé que le droit de la concurrence de l'Union n'autorise pas la Commission à tenir compte d'une récidive sans limitation de durée et considéré que l'écoulement d'un délai de quinze ans entre les deux infractions excluait la récidive.

Constituent également des circonstances aggravantes le **refus de coopérer** ou l'**obstruction** pendant le déroulement de l'enquête, la dissimulation de preuves, la poursuite du comportement anticoncurrentiel en dépit des assurances données à la Commission, ou l'adoption de mesures de représailles.

La Commission tient aussi compte, pour majorer le montant de l'amende, du **rôle de meneur ou d'incitateur** joué par une ou plusieurs entreprises. Son influence déterminante dans l'élaboration et la mise en œuvre d'une entente, son rôle d'instigateur et de coordinateur, les pressions exercées sur les autres entreprises afin de les inciter à rallier l'entente constituent des facteurs décisifs. La seule qualité de fondateur de l'entente ne suffit pas à conférer à une entreprise un rôle d'incitateur, qui suppose une prise d'initiative consistant à pousser ou à encourager d'autres entreprises à mettre en place l'entente ou à s'y joindre. De même, un simple rôle de médiateur dans le cadre de différends entre les participants à l'entente ne s'apparente pas à un rôle de meneur lorsque les interventions en cause apparaissent peu nombreuses, demeurent limitées aux premières années d'une entente de très longue durée et ne sont assorties d'aucune menace concrète ni mesure disciplinaire. En revanche, même si le rôle d'initiateur de l'entente d'une entreprise n'est pas suffisamment étayé, celle-ci peut se voir attribuer la qualité de meneur dès lors qu'elle a noué des contacts qui ont permis la mise en place de l'entente, organisé de nombreuses réunions dans ses locaux et joué le rôle de porte-parole d'un groupe d'entreprises lors des réunions de l'entente. En cas d'infraction complexe, la Commission n'est pas tenue de démontrer qu'une entreprise qualifiée de meneur a exercé ce rôle pour tous les volets de l'infraction. La circonstance aggravante n'est pas réservée aux pratiques horizontales : dans le cadre d'une entente verticale, le fabricant joue généralement le rôle de meneur ou d'instigateur.

2. Circonstances atténuantes

Le montant de la sanction sera réduit si la Commission relève des circonstances atténuantes.

La communication de 2006 traduit un très net durcissement de la Commission à l'égard des entreprises car des circonstances considérées comme atténuantes sous l'empire des lignes directrices de 1998 ne le sont plus depuis 2006 ou voient leur portée réduite.

Ainsi, alors qu'auparavant, la **cessation de l'infraction** dès les premières interventions de la Commission justifiait une réduction d'amende, il faut désormais que l'entreprise ait pu raisonnablement douter du caractère infractionnel de son comportement : l'auteur d'une infraction manifeste ou le participant à des pratiques de nature secrète, en particulier les cartels, ne peut plus s'en prévaloir. En outre, il doit exister un lien de causalité entre les interventions de la Commission et la cessation de l'infraction : le fait de mettre fin à l'infraction avant même les interventions de la Commission n'entre pas en ligne de compte.

De même, alors que les précédentes lignes directrices retenaient, à titre de circonstance atténuante, l'adoption d'un **comportement** seulement **passif ou suiviste**, le texte de 2006 exige, cumulativement, que l'entreprise démontre une « participation substantiellement réduite » à l'entente et une « soustraction à son application ». Elle doit ainsi avoir adopté un comportement concurrentiel sur le marché. L'inapplication des accords ou les libertés prises avec celui-ci ne suffisent pas car l'entreprise peut avoir cherché à détourner l'entente à son profit. Il faut que l'entreprise joue réellement un rôle déstabilisateur par rapport à un volet significatif de l'entente. Ainsi, sa seule absence aux réunions ne démontre pas une participation réduite, lorsque le type d'entente en cause n'exige pas que les parties se réunissent. De même, contrairement à la jurisprudence antérieure, le juge de l'Union estime désormais que le fait de ne pas avoir été un membre fondateur, de ne pas avoir rédigé le document de base de l'entente, d'avoir rejoint celle-ci sous la pression des autres membres ou de n'avoir participé que sporadiquement aux réunions pendant une première période ne constitue pas une circonstance atténuante, dès lors que l'entreprise a joué un rôle actif, voire d'impulsion, par la suite. Enfin, le « profil bas » adopté par un distributeur qui n'empêche pas ou ne tente pas d'empêcher les importations parallèles des produits contractuels témoigne d'un moindre zèle dans la conduite de l'entente, mais ne suffit pas à lui conférer un rôle réduit dans l'infraction. En revanche, la taille modeste d'une entreprise ou la position secondaire qu'elle occupe sur le marché seraient de nature, selon le Tribunal, à justifier une réduction d'amende.

La **coopération effective de l'entreprise** avec la Commission, en dehors du champ d'application de la communication sur la clémence et au-delà de ses obligations juridiques de coopérer, peut également justifier une réduction d'amende. Une réduction d'amende ne se justifie donc pas au titre de la coopération de l'entreprise à l'enquête lorsque celle-ci n'a fourni que des informations dont la Commission disposait déjà ou qui ne dépassent pas le cadre de la réponse aux questions posées dans la demande de renseignements. En outre, l'entreprise qui s'est vu octroyer une réduction d'amende sur le fondement de la communication sur la coopération ne peut exiger une réduction supplémentaire, au titre de cette même coopération, en tant que circonstance atténuante. La non-contestation des faits ne constitue plus à elle seule, comme sous l'empire des précédentes lignes directrices, une circonstance atténuante. De même, le fait que certains des éléments d'information fournis aient été cités à diverses reprises dans la décision de la Commission ne signifie pas que l'entreprise a apporté une collaboration particulièrement active qui justifierait une réduction du montant de l'amende, s'il n'est pas établi que ces éléments présentent une utilité objective.

Le fait que l'**infraction** ait été **autorisée ou encouragée par les autorités publiques ou la réglementation** de l'État membre constitue une circonstance atténuante au sens des Lignes directrices du 1er septembre 2006. Il n'est pas nécessaire que le comportement en cause ait été expressément autorisé par la réglementation, mais seulement qu'il ait été encouragé par elle. La confusion que l'interventionnisme du gouvernement de son État membre a pu engendrer dans l'esprit d'une entreprise s'agissant de la licéité des accords conclus dans le cadre de l'entente ne constitue pas davantage une circonstance atténuante lorsqu'il n'est pas établi qu'elle ne disposait pas des moyens nécessaires pour se procurer des renseignements juridiques précis et corrects. En outre, la seule connais-

sance du comportement infractionnel par une personne travaillant pour la Commission ne vaut pas autorisation ou encouragement implicite.

Par ailleurs, la Commission n'a pas en principe à tenir compte de la **situation financière** déficitaire de l'entreprise, mais le point 35 des lignes directrices précise que l'amende pourrait être réduite du fait de l'absence de capacité contributive de l'entreprise, s'il est établi que son infraction mettrait irrémédiablement en danger sa viabilité économique et conduirait à priver ses actifs de toute valeur. Le seul risque de faillite ne suffit pas. L'application du paragraphe 35 des lignes directrices sur le calcul des amendes ne se justifie donc pas lorsque la réduction demandée n'est pas susceptible de diminuer le risque de faillite de l'entreprise et que la poursuite de l'exploitation par d'autres entités est possible.

Les Lignes directrices réservent à la Commission la faculté de s'écarter de sa méthodologie générale pour la fixation de l'amende, si les particularités d'une affaire le justifient. Tel est le cas lorsqu'une entreprise présente des **caractéristiques spéciales** qui la distinguent des autres opérateurs en cause, comme le fait de réaliser des marges de profit réduites, de commercialiser un portefeuille très limité de produits ou de ne pas appartenir à un groupe de sociétés. En revanche, le caractère mono-produit de l'entreprise ne constitue pas, en droit européen, un facteur de réduction de l'amende.

Revenant sur sa pratique antérieure, la Commission n'accepte plus systématiquement de réduire le montant de l'amende en cas de **crise structurelle** qui affecte le marché ou au vu d'une situation économique. En effet, puisque, selon elle, la plupart des cartels naissent précisément en période de crise, la prise en considération de cette circonstance constituerait un frein à la répression des ententes. De même, l'existence d'une entente sur le marché amont ne saurait justifier la conclusion d'une entente sur le marché aval.

La mise en place d'un **programme de conformité** de la part de l'entreprise poursuivie ne représente plus une circonstance atténuante puisqu'elle n'affecte pas la réalité de l'infraction constatée. La Commission souligne que dans une telle hypothèse, l'existence d'un programme de conformité ne constitue pas davantage une circonstance aggravante de l'infraction.

Enfin, si dans des affaires concernant des restrictions verticales, la Commission a renoncé à sanctionner les distributeurs agissant sous la **contrainte** d'un producteur et à l'encontre de leurs propres intérêts économiques par peur de se voir retirer l'exclusivité de la distribution, la solution n'est pas transposable aux restrictions horizontales, qui se déroulent généralement entre entreprises jouant un rôle économique comparable. Dans les relations horizontales, les pressions subies par une entreprise pour participer à une entente ne l'exonèrent pas de sa responsabilité dès lors qu'elle aurait pu les dénoncer à la Commission ou introduire une plainte.

III. Plafond de l'amende

A RETENIR

Le plafond de l'amende est fixé, pour chaque entreprise et association d'entreprises participant à l'infraction, à 10 % de son chiffre d'affaires total réalisé au cours de l'exercice social précédent.

La règle de la prise en considération du chiffre d'affaires du dernier exercice social avant l'adoption de la décision ne présente cependant aucun caractère impératif et la faculté de la Commission d'y déroger n'est pas limitée à des «cas exceptionnels». La Commission peut donc s'en écarter lorsque le dernier exercice précédant sa décision n'est pas significatif de la situation de l'entreprise, en particulier lorsque celle-ci a, peu de temps après la fin de l'infraction, cédé la filiale en cause et abandonné toute activité opérationnelle pour devenir une simple holding gérant ses participations. En revanche, il n'y a pas lieu de déroger à la règle du seul fait que le chiffre d'affaires de l'année précédant la décision serait artificiellement élevé en raison d'une augmentation significative des prix de la matière première et de la reprise des activités d'une société tierce ou de restructurations internes intervenues entre la fin de l'infraction et la date de la décision. Le choix du législateur de l'Union de retenir le chiffre d'affaires réalisé lors du dernier exercice social clôturé avant l'adoption de la décision comme la valeur la plus appropriée pour refléter la capacité financière de l'entreprise lors de la fixation du montant de l'amende justifie également de retenir la moyenne des taux de change applicables au cours de cette période pour effectuer la conversion de ce chiffre d'affaires lorsque celui-ci est exprimé dans une devise autre que l'euro.

Lorsque plusieurs sociétés forment une entreprise unique au sens de l'article 101 TFUE, le plafond de 10 % doit être calculé sur la base du chiffre d'affaires cumulé de celles-ci. La Commission n'est pas tenue de démontrer que chaque filiale qui compose le groupe ne détermine pas de manière autonome son comportement sur le marché pour pouvoir tenir compte de son chiffre d'affaires consolidé dans le cadre du calcul du plafond de l'amende. De même, le fait que certaines des sociétés qui composent l'unité économique déclarée coupable de l'infraction ne soient pas actives sur le marché pertinent n'exclut pas la prise en considération de leur chiffre d'affaires pour le calcul de l'amende. En revanche, lorsque l'unité économique qui existait à la date de la mise en œuvre de l'infraction est rompue au moment où la Commission se prononce, le plafond de l'amende doit être calculé individuellement pour chaque entité qui la composait. Ainsi, en cas de restructuration, lorsqu'existent deux périodes distinctes - l'une, préalable à l'acquisition de la filiale, pour laquelle celle-ci est tenue responsable de l'infraction, et l'autre, postérieure à l'acquisition, où la société mère est tenue solidairement responsable de l'infraction avec sa filiale -, la Commission doit procéder à une application distributive du plafond de 10 % sans l'appliquer à l'ensemble du groupe dans sa composition à la date de sa décision. Lorsqu'elle sanctionne deux infractions distinctes, la Commission est libre d'infliger deux amendes, dont le montant cumulé peut dépasser le plafond de 10 %.

Si l'infraction d'une association porte sur l'activité de ses membres, l'amende ne peut être supérieure à 10 % de la somme du chiffre d'affaires total réalisé par chaque membre actif sur le marché concerné. Le montant final de l'amende ne doit pas dépasser la limite des 10 %, mais le montant intermédiaire au cours des différentes étapes de calcul peut être supérieur. L'interdiction de dépasser le plafond légal n'impose pas à la Commission de tenir compte du montant de l'amende déjà infligée à l'entreprise dans le cadre d'une précédente décision concernant des pratiques distinctes.

IV. Programme de clémence

PLAN

Nous examinerons successivement :

- les principes présidant au programme de clémence ;
- les conditions auxquelles l'entreprise peut être dispensée d'amende ;
- les conditions dans lesquelles l'entreprise peut voir son amende réduite.

A. Principes

A RETENIR

Selon la Commission, il est dans l'intérêt de l'Union de faire bénéficier d'un traitement favorable les entreprises qui coopèrent à la détection des ententes secrètes.

En effet, le bénéfice que tirent les consommateurs et les citoyens de leur révélation et interdiction est plus important que l'intérêt qu'il peut y avoir à sanctionner pécuniairement des entreprises qui permettent à la Commission de découvrir et de sanctionner de telles pratiques. C'est la raison pour laquelle la Commission estime que la première entreprise qui apporte une contribution déterminante à l'ouverture d'une enquête peut bénéficier, sous réserve du respect de certaines conditions, d'une immunité d'amende. La coopération des autres entreprises au cours de la procédure est susceptible de justifier une réduction de l'amende. La Commission a consacré ces principes dans un premier programme de clémence adopté en 1996, remplacé en 2002. La Communication du 8 décembre 2006 s'inspire de l'expérience acquise pour définir le cadre permettant de récompenser la coopération des entreprises parties à des ententes secrètes. Enfin, afin de leur donner davantage de poids, la Commission a consacré les principes directeurs du programme de clémence dans le nouvel article 4 bis du règlement 774-2004. Néanmoins, la politique de clémence continue de relever du pouvoir discrétionnaire de la Commission, qui n'est pas tenue de prendre en considération le comportement coopératif d'une entreprise au cours de la procédure administrative lors de la fixation de l'amende.

Les entreprises qui souhaitent bénéficier du programme doivent prendre contact avec la direction générale de la concurrence de la Commission. Elles peuvent se contenter, dans un premier temps, de demander l'octroi d'un marqueur, ou présenter immédiatement une demande formelle d'immunité d'amende. Le marqueur protège la place d'une entreprise dans l'ordre d'arrivée des demandes pendant un délai qui doit lui permettre de rassembler les renseignements et éléments de preuve nécessaires. Si l'entreprise s'exécute dans les délais impartis par les services de la Commission, les renseignements et éléments de preuve seront considérés comme ayant été communiqués à la date d'octroi du marqueur. Lorsqu'elle présente une demande formelle d'immunité, l'entreprise doit fournir à la Commission tous les renseignements et éléments de preuve relatifs à l'entente présumée dont elle dispose ou, dans un premier temps, les présenter seulement sous forme hypothétique, en établissant une liste descriptive détaillée des éléments de preuve qu'elle se propose de divulguer à une date ultérieure convenue. Après avoir reçu de l'entreprise les renseignements et éléments de preuve complets, la Commission lui accorde par écrit

une immunité conditionnelle d'amende, dont le champ est précisément délimité. S'il apparaît que l'immunité n'est pas disponible ou que l'entreprise ne remplit pas les conditions pour en bénéficier, la Commission doit en informer l'entreprise par écrit pour lui permettre soit de retirer les éléments de preuve divulgués, soit de substituer à la demande d'immunité une demande de réduction d'amende.

Les entreprises qui fournissent spontanément à la Commission des éléments de preuve sur une entente procèdent par voie de déclaration. Celle-ci fait partie du dossier de la Commission et peut être invoquée à titre de preuve. Cette déclaration peut être orale. L'enregistrement demeure accessible, pour contrôle, au déclarant (Règl. 1-2003, art. 19 ; Règl. 773-2004, art. 3 et 17), ainsi qu'aux destinataires des griefs selon les règles d'accès au dossier. Les pièces fournies par les demandeurs de clémence sont communiquées aux autorités nationales à la condition que le niveau de protection contre la divulgation assuré par l'autorité de concurrence qui les reçoit soit équivalent à celui conféré par la Commission.

Le texte est conforme au programme de clémence modèle du réseau européen de la concurrence (REC), qui définit les principaux éléments de la procédure qu'une entreprise doit observer lorsqu'elle souhaite bénéficier d'une immunité ou d'une réduction d'amende. L'alignement des programmes de clémence sur le modèle du REC crée un mécanisme de «guichet unique» qui permet aux entreprises de déposer une demande principale devant la Commission et une demande sommaire devant les autorités nationales qu'elles considèrent «bien placées» pour connaître de l'affaire. Il s'agit d'inciter les entreprises impliquées dans des ententes transfrontalières à déposer des demandes de clémence en évitant qu'elles ne se laissent décourager par des procédures complexes et diverses. Néanmoins, comme l'a précisé la Cour de justice, le programme modèle du réseau européen de la concurrence n'a pas d'effet contraignant à l'égard des autorités nationales de concurrence. Par conséquent, en l'absence de lien juridique entre une demande d'immunité présentée à la Commission et la demande sommaire présentée à une autorité nationale de concurrence pour la même entente, cette autorité n'est pas tenue d'apprécier la seconde à la lumière de la première. En outre, lorsque la demande sommaire présentée à l'autorité nationale de concurrence revêt un champ d'application matériel plus restreint que celui de la demande d'immunité présentée à la Commission, l'autorité nationale n'est pas tenue de contacter la Commission afin d'établir si cette dernière a constaté l'existence d'exemples concrets de conduites illégales dans le secteur prétendument couvert par cette demande d'immunité, mais qui ne l'est pas par la demande sommaire. Enfin, le rang accordé par la Commission à la demande présentée devant elle ne lie pas l'autorité nationale saisie d'une demande sommaire.

La clémence bénéficie à l'entreprise qui a présenté la demande. La notion d'entreprise s'entend au sens strict : la société soeur d'une filiale qui a obtenu une réduction d'amende au titre de la communication sur la clémence ne peut s'en voir étendre le bénéfice au seul motif que les deux sociétés constituent une entreprise unique au regard du droit de la concurrence, dès lors que sa propre responsabilité n'est pas dérivée, mais découle de sa participation matérielle à l'infraction, que la demande de clémence n'a pas été déposée en son nom et qu'elle n'a pas personnellement coopéré avec la Commission au cours de la procédure. En revanche, une société mère peut profiter de la réduction d'amende

accordée à sa filiale lorsqu'elle n'a pas personnellement participé à la commission de l'infraction et que sa responsabilité est purement dérivée, accessoire et dépendante de celle de sa filiale. Dans tous les cas, la clémence ne bénéficie qu'aux sociétés qui composent l'entreprise au moment de la demande et non à celle de la commission de l'infraction.

B. Immunité d'amende

A RETENIR

La première entreprise à fournir des renseignements et des éléments de preuve, qui permettent à la Commission d'effectuer une inspection ou de constater une infraction, peut bénéficier d'une immunité d'amende.

L'immunité n'est accordée que si plusieurs conditions cumulatives sont réunies. L'entreprise doit être la première à communiquer à l'autorité européenne une déclaration donnant une description détaillée de l'entente présumée, le nom et l'adresse de l'entreprise qui présente la demande d'immunité, ainsi que le nom et l'adresse de toutes celles qui participent ou ont participé à l'infraction, et toutes les preuves contemporaines dont elle dispose. La demande sera rejetée lorsque l'entreprise se contente de faire des déclarations unilatérales, même détaillées, non étayées par des preuves documentaires précises et concordantes. Les éléments fournis ne doivent pas être déjà en la possession de la Commission, qui doit être dépourvue de preuves suffisantes. Néanmoins, la Commission peut accorder l'immunité conditionnelle d'amende à une entreprise, même si les renseignements qu'elle a fournis ne lui permettent pas de se faire une idée détaillée et précise de la nature et de l'étendue de l'entente présumée et si ces éléments ne visent pas spécifiquement les infractions qu'elle a constatées à l'issue de la procédure administrative.

A RETENIR

L'entreprise est en outre tenue :

- de coopérer de façon véritable, totale, permanente et rapide, à compter du dépôt de sa demande et tout au long de la procédure administrative ;
- de mettre fin à sa participation à l'entente dès le dépôt de sa demande ;
- de ne pas avoir détruit, falsifié ou dissimulé des preuves de l'entente, ni avoir divulgué son intention de coopérer.

L'immunité ne peut bénéficier ni au meneur ni à l'incitateur d'une entente, qui ne peut prétendre éventuellement qu'à une réduction d'amende.

Lorsqu'elles appliquent l'article 101 TFUE, et que l'infraction au texte est établie, les autorités nationales de concurrence ne peuvent renoncer à infliger une amende qu'à titre exceptionnel, si l'entreprise concernée a apporté une coopération déterminante pour la détection et la répression effective de l'entente dans le cadre du programme national de clémence. Une immunité d'amende peut être accordée à une entreprise pour sa participation à des infractions complexes et continues dans deux États membres et refusée pour une infraction commise dans un autre État membre, dès lors que la nature et la précision des informations fournies sont différentes.

C. Réduction d'amende

A RETENIR

L'entreprise qui révèle l'existence d'une entente, mais ne remplit pas les conditions pour bénéficier de l'immunité, peut prétendre à la réduction de l'amende.

Elle doit, à cette fin, transmettre à la Commission des éléments de preuve de l'entente qui présentent une **valeur ajoutée significative** par rapport à ceux que celle-ci possède déjà. Selon la Cour de justice, il y a lieu de considérer que la possession par la Commission d'un élément de preuve équivaut à la connaissance de son contenu, indépendamment de la question de savoir si cet élément a été effectivement examiné et analysé par ses services. La notion de «valeur ajoutée» vise l'aptitude des éléments de preuve fournis par une entreprise à renforcer, par leur nature même et/ou leur niveau de précision, la capacité de la Commission d'établir l'existence de l'entente présumée. Lors de cette appréciation, la Commission attache une valeur qualitative plus élevée aux éléments de preuve écrits, datant de la période à laquelle les faits se rapportent, qu'à ceux établis ultérieurement. De même, elle considère que les éléments de preuve à charge qui se rattachent directement aux faits en cause sont qualitativement plus importants que ceux qui n'ont qu'un lien indirect avec ces derniers. Enfin, des preuves déterminantes ont pour elle une valeur plus élevée que les déclarations qui doivent être corroborées si elles sont contestées. Des informations, même générales, fournies par une entreprise revêtent une valeur ajoutée significative par rapport aux données précises et détaillées fournies par une autre, mais contestées par plusieurs participants, lorsqu'elles ont présenté une utilité objective dans la caractérisation de l'infraction. Néanmoins, il ne suffit pas que la Commission ait cité dans sa décision les éléments de preuve fournis par une entreprise pour que ceux-ci soient considérés comme dotés d'une valeur ajoutée significative. De même, le fait d'être l'auteur de documents dotés d'une valeur ajoutée significative, sans être celui qui les a communiqués à la Commission, ne justifie pas de réduction d'amende. Enfin, lorsqu'elle apprécie la valeur des documents fournis par une entreprise, la Commission n'a pas à tenir compte du fait qu'une contribution réduite à la révélation des pratiques puisse s'expliquer par l'implication moindre de l'entreprise dans l'entente.

Les éléments fournis à la Commission doivent lui faciliter la tâche dans la recherche de la preuve et la constatation de l'infraction. Tel n'est pas le cas de la reconnaissance générale et ambiguë des faits allégués ou lorsque l'entreprise fournit des informations pouvant être interprétées comme la reconnaissance de faits infractionnels, mais nie toute participation à l'entente. De même, la seule volonté de coopérer ou le fait de coopérer avec la Commission est insuffisant : la réduction d'amende suppose la fourniture spontanée d'informations, documents ou autres éléments de preuve contribuant à établir l'infraction commise. Ainsi, la communication de documents qui n'exposent pas l'entreprise à une amende ne justifie pas une réduction du montant qui lui aurait été infligé. La non-contestation des faits postérieure à la communication des griefs ne peut davantage fonder une réduction d'amende, puisque la Commission dispose alors de suffisamment d'éléments pour établir l'infraction. A fortiori, l'attitude ambiguë de l'entreprise qui, après la communication des griefs retenant la non-contestation, remet en cause une série de faits essentiels, ne facilitant ainsi pas la tâche de la Commission, ne peut béné-

ficier d'une réduction d'amende. L'entreprise qui apporte, en temps utile, des éléments de preuve dotés d'une valeur ajoutée significative ne peut pour autant prétendre à une réduction d'amende de 50 % dès lors que, parallèlement, elle a cherché à minimiser la portée de certains contacts. En revanche, la coopération d'une entreprise qui fournit des renseignements allant bien au-delà de ceux dont la production peut être exigée par la Commission en application de l'article 18 du règlement 1-2003 ou qui, en réponse à une demande de renseignements, produit volontairement des éléments de preuve l'incriminant ou fait des déclarations contraires à ses intérêts, justifie une réduction d'amende. De même, l'entreprise qui conteste les informations communiquées à la Commission par un autre demandeur de clémence ne viole pas son obligation de coopération, lorsqu'un tel comportement vise uniquement à démontrer que les informations recueillies sont insuffisantes pour établir l'infraction et que celles qu'elle fournit elle-même présentent une valeur ajoutée significative.

A RETENIR

Comme celles qui prétendent à l'immunité, les entreprises qui sollicitent une réduction d'amende, doivent : faire preuve d'une coopération véritable, totale, permanente et rapide dès le dépôt de la demande et tout au long de la procédure administrative ; avoir mis fin à leur participation à l'entente présumée sans délai après le dépôt de la demande ; ne pas avoir détruit, falsifié ou dissimulé des preuves de l'entente présumée ni avoir divulgué leur intention de présenter une demande ou la teneur de celle-ci, sauf à d'autres autorités de concurrence.

La Commission a fixé différents niveaux de réduction, qui s'appliquent postérieurement à la détermination du plafond de 10 % prévu par l'article 23 du règlement 1-2003, compte tenu de la position de l'entreprise et de la date à laquelle elle a fourni les éléments de preuve requis :

- réduction comprise entre 30 à 50 % pour la première entreprise ;
- réduction entre 20 et 30 % pour la seconde entreprise ;
- réduction maximale de 20 % pour les autres.

Une réduction supplémentaire peut être octroyée si la valeur ajoutée des renseignements fournis le justifie.

Dans le cas d'une infraction unique et complexe, le taux de réduction de l'amende ne doit pas être ventilé volet de l'infraction par volet de l'infraction, mais s'applique à l'ensemble de l'amende.

L'entreprise doit, pour bénéficier d'une réduction d'amende, présenter une demande formelle ou, si elle communique spontanément des éléments de preuve, indiquer à la Commission qu'ils font partie d'une telle demande. Lorsqu'une entreprise choisit de présenter oralement sa demande de clémence, la date qui sera prise en considération pour appliquer les fourchettes de réduction est celle de la réunion au cours de laquelle elle fournit des éléments de preuve pourvus d'une valeur ajoutée significative et non celle où elle a pris contact avec la Commission. Si l'entreprise remplit les conditions de la réduction, la Commission lui indique par écrit son intention de réduire l'amende et la fourchette

retenue. Le montant exact figure dans la décision finale. L'entreprise ne bénéficie d'aucun traitement de faveur si elle ne satisfait pas aux conditions de la réduction.

Une société mère peut profiter de la réduction d'amende accordée à sa filiale lorsqu'elle n'a pas participé personnellement à la commission de l'infraction et que sa responsabilité est purement dérivée, accessoire et dépendante de celle de sa filiale. En revanche, la société soeur d'une filiale qui a obtenu une réduction d'amende ne peut en bénéficier au seul motif que les deux sociétés constituent une entreprise unique au regard du droit de la concurrence, dès lors que sa responsabilité n'est pas dérivée, mais découle de sa participation matérielle à l'infraction, qu'elle n'a pas déposé de demande de clémence en son nom propre et n'a pas collaboré avec la Commission. De même, la réduction d'amende ne peut être étendue à une entreprise qui, tout en ayant contrôlé dans le passé, le secteur d'activité impliqué par l'infraction en cause, n'a pas elle-même contribué à la découverte de celle-ci.

Lorsqu'elle accorde une immunité partielle d'amende pour une période déterminée, la Commission ne peut tenir compte de cette période à aucun stade de la fixation du montant de l'amende. De même, lorsqu'elle a accordé une immunité partielle d'amende à une entreprise qui a soumis des preuves déterminantes permettant d'établir une durée additionnelle de l'infraction, la Commission ne peut revenir sur la durée de l'immunité consentie au motif qu'elle a ultérieurement découvert que d'autres contacts anticoncurrentiels ont eu lieu au cours de cette période.

V. Paiement

A RETENIR

Le pouvoir d'infliger des amendes confère à la Commission celui de déterminer la date d'exigibilité de l'amende et celle de la prise de cours des intérêts de retard, de fixer le taux de ces intérêts et d'arrêter les modalités d'exécution de sa décision.

L'amende est exigible à l'expiration du délai fixé dans la décision. En cas de non-paiement dans ce délai, la Commission est en droit d'exiger des **intérêts de retard** au taux précisé dans la décision. Elle impute discrétionnairement les paiements effectués à condition de respecter les règles ou les principes généraux du droit européen. En l'absence de texte, cette faculté est régulièrement contestée par les entreprises. L'application d'intérêts de retard est, selon le juge européen, pleinement justifiée pour éviter que, par un paiement tardif, les entreprises fassent obstacle à l'effet utile du Traité. La Commission peut même, dans le cadre de son pouvoir discrétionnaire, adopter, lors de la fixation du taux d'intérêt, un point de référence plus élevé que le taux du marché offert à un emprunteur moyen, afin de décourager les comportements dilatoires.

La Commission, qui peut infliger une **amende solidaire** à une filiale et à la société mère, ne doit pas, cependant, adopter une méthode de détermination de la solidarité externe qui aboutit à faire supporter le risque d'insolvabilité d'une société à une autre, lorsqu'elles ne font pas partie de la même entreprise. En revanche, lorsque tel est le cas, elle peut condamner solidairement les deux sociétés au paiement de l'amende même si leurs implications personnelles dans l'infraction ne sont pas identiques. En outre le pouvoir

de sanction de la Commission ne s'étend pas, au-delà de la détermination de la relation externe de solidarité, à celle des quotes-parts des codébiteurs solidaires dans le cadre de leur relation interne, dont l'appréciation relève des juridictions nationales. Cette solution s'applique même si à la date de sa décision, les entreprises en cause ne forment plus une entité unique.

La Commission a la faculté, le cas échéant, d'imposer la constitution d'une **garantie bancaire** couvrant le montant «principal et intérêts» de l'amende. En outre, le recours formé contre la décision infligeant une amende n'a pas d'effet suspensif. L'entreprise qui forme un recours a donc le choix soit de payer l'amende à sa date d'exigibilité avec éventuellement les intérêts de retard, soit de constituer une garantie bancaire. Si le Tribunal peut modifier l'amende infligée par la Commission, il n'a pas la possibilité d'y substituer une amende nouvelle juridiquement distincte. Aussi cette modification n'a-t-elle aucune incidence sur les modalités de recouvrement fixées par la Commission, qui reste en droit d'exiger le paiement des intérêts de retard à partir de la date d'exigibilité, la charge des intérêts étant alors ramenée au montant révisé de l'amende.

SECTION 5

Publication de la décision

A RETENIR

Aux termes de l'article 30 du règlement 1-2003, la Commission publie les décisions constatant l'existence ou l'inexistence d'une infraction, ainsi que celles prononçant une sanction pécuniaire. La publication mentionne le nom des parties, l'essentiel de la décision et les sanctions, compte tenu de l'intérêt des entreprises à ce que leurs secrets d'affaires soient préservés.

La Commission peut donc en toute liberté publier les décisions infligeant une amende sans que l'entreprise destinataire de la décision puisse s'y opposer dès lors que le secret des affaires est préservé. Lorsque la Commission envisage de publier des informations que l'entreprise estime couvertes par le secret des affaires, celle-ci peut saisir le conseiller-auditeur en vertu de la décision 2011-695 du 13 octobre 2011. En revanche, le texte ne permet pas l'intervention du conseiller-auditeur lorsque la DG COMP a déjà fait droit à une demande de confidentialité. Saisi d'une demande de non-divulgaration d'informations communiquées par une entreprise à la Commission en vue d'obtenir la clémence, le conseiller-auditeur ne doit pas se limiter à apprécier les droits de l'entreprise au regard des seules règles qui visent à protéger spécifiquement ces informations contre une divulgation au public mais doit aussi appliquer les principes de protection de la confiance légitime et d'égalité de traitement.

Dans la période récente, le juge de l'Union a adopté une interprétation restrictive des notions de secret des affaires et de secret professionnel qui affecte significativement la protection des entreprises. **Ne sont plus couvertes que les informations de moins de cinq ans - à moins que l'entreprise n'établisse qu'elles constituent encore des éléments essentiels de sa politique commerciale -, qui ne sont connues que d'un nombre restreint de personnes et dont la divulgation est susceptible de causer un préjudice**

sérieux à la personne qui les a fournies ou à des tiers, lorsque les intérêts susceptibles d'être lésés sont objectivement dignes de protection. Ainsi, la Commission peut publier l'identité des clients d'une entreprise, les quantités fournies ou les prix pratiqués lorsque l'entreprise a elle-même porté ces informations à la connaissance de ses concurrents. De même, la publication de données accompagnant une demande de clémence est considérée comme ne portant pas atteinte aux droits de l'entreprise. Dans cette hypothèse, la Commission ne peut cependant publier des citations littérales de la déclaration faite par l'entreprise en vue d'obtenir la clémence, mais seulement des citations littérales d'éléments d'information tirés des documents fournis par celle-ci au soutien de sa déclaration, sous réserve de la suppression d'informations permettant d'identifier la source des informations communiquées. L'obligation générale de publication d'une version non confidentielle qui pèse sur la Commission n'empêche pas, en outre, de divulguer des informations qui ne sont pas essentielles pour la compréhension de la décision. En effet, la publication présente un double intérêt. Elle porte à la connaissance des opérateurs économiques les comportements susceptibles de les exposer à des sanctions et permet aux personnes lésées par l'infraction d'en connaître les détails afin de faire valoir, le cas échéant, leurs droits à l'encontre des entreprises sanctionnées.

La publication peut revêtir différentes formes : Journal officiel, presse, site internet de la Commission. Elle confère à la décision qui impose une amende aux entreprises la valeur d'un titre exécutoire au sens de l'article 299 TFUE. Elle peut faire l'objet d'une exécution forcée selon les règles applicables dans l'État membre sur le territoire duquel la publication a lieu. Les autorités nationales sont tenues d'apposer la formule exécutoire sans autre contrôle que celui de l'authenticité du titre. L'exécution forcée ne pourra être suspendue que par la Cour de justice statuant en référé en application de l'article 278 TFUE.

SECTION 6

Prescription

A RETENIR

L'article 25 du règlement 1-2003 fixe la prescription en matière d'imposition des sanctions à cinq ans, et la réduit à trois ans en cas d'infraction aux dispositions relatives aux demandes de renseignements ou à l'exécution d'inspections.

L'existence d'une réglementation qui règle en détail les délais dans lesquels la Commission est en droit, sans porter atteinte à l'exigence fondamentale de sécurité juridique, d'infliger des amendes aux entreprises, exclut la possibilité de faire valoir toute considération liée à l'obligation pour l'autorité européenne d'exercer son pouvoir dans un délai raisonnable. Aucune sanction ne peut être infligée à une entreprise dont on ne peut établir la participation à des faits remontant à moins de cinq ans avant le déclenchement de l'enquête.

La prescription court à compter du jour où l'infraction a été commise ou, si l'infraction est continue ou continuée, à compter du jour où elle a pris fin. Elle peut être interrompue par tout acte de la Commission ou d'une autorité de concurrence d'un État membre,

qui tend à l'instruction ou à la poursuite de l'infraction, dès lors que cet acte a été notifié à au moins une entreprise ou association d'entreprises ayant participé à l'infraction. Tel est le cas de la demande de renseignements, des inspections, de l'engagement de procédure, de la communication des griefs ou de la décision d'accorder l'immunité conditionnelle à un demandeur de clémence. Cette interruption vaut à l'égard de toutes les entreprises ayant participé à l'infraction y compris celles non identifiées comme telles dans la communication. La décision d'inspection de la Commission produit le même effet interruptif qui vaut à l'égard de toutes les entreprises ayant participé à l'infraction, même si elle n'a pas été notifiée à certaines d'entre elles. La prescription recommence à courir à partir de chaque interruption. Toutefois, le caractère *inter partes* - et *non erga omnes* - de l'effet suspensif de la prescription qu'attache l'article 25, paragraphe 6, du règlement 1-2003 aux procédures judiciaires, exclut que les destinataires d'une décision finale de la Commission qui n'ont pas exercé de recours en annulation bénéficient de l'effet suspensif produit par le recours d'un autre destinataire contre la même décision. La prescription est acquise au plus tard le jour où un délai égal au double du délai de prescription arrive à expiration sans que la Commission ait prononcé une amende ou astreinte. Enfin, la prescription est suspendue tant que la procédure est pendante devant la Cour de justice.

L'exécution des décisions de la Commission infligeant une sanction (amende ou astreinte) se prescrit également par cinq ans à compter du jour où la décision est devenue définitive (Règl. 1-2003, art. 26). Elle peut être interrompue soit par la notification d'une décision modifiant le montant initial ou rejetant la demande de modification, soit par l'acte visant au recouvrement forcé. Elle est suspendue aussi longtemps qu'un délai de paiement est accordé ou qu'il est sursis à l'exécution forcée du paiement en vertu d'une décision de la Cour de justice.

Enfin, en vertu de l'article 7, paragraphe 1, in fine, du règlement 1-2003, «[l]orsque la Commission y a un intérêt légitime, elle peut également constater qu'une infraction a été commise dans le passé». Cette disposition permet à la Commission d'établir l'existence d'une infraction prescrite, sans infliger d'amende, lorsqu'une telle mesure lui permet de renforcer le constat d'une infraction unique non prescrite.

SECTION 7

Astreintes

A RETENIR

La Commission peut, par voie de décision, infliger aux entreprises et associations d'entreprises des astreintes jusqu'à concurrence de 5 % du chiffre d'affaires journalier moyen réalisé au cours de l'exercice social précédent par jour de retard à compter de la date qu'elle fixe dans sa décision (Règl. 1-2003, art. 24, paragr. 1).

L'astreinte a pour objet de contraindre l'entreprise en cause à exécuter une décision préalablement prise par la Commission à son encontre. Elle ne constitue pas une sanction de la violation directe d'une disposition du droit européen. En outre, elle suppose un comportement illicite qui continue à produire des effets au moment où la Commission décide d'infliger cette sanction pécuniaire.

L'astreinte peut être prononcée pour assurer l'observation de deux types de décisions :

- les décisions au fond : constatation d'infraction et injonction de cessation (Règl. 1-2003, art. 7) ; engagement rendu obligatoire par décision en vertu de l'article 9 du règlement 1-2003 ;
- les décisions procédurales : inspection (Règl. 1-2003, art. 20) ; demande de renseignements (Règl. 1-2003, art. 17 et 18) ; mesures provisoires (Règl. 1-2003, art. 8).

Le montant de l'astreinte est arbitraire ; il ne peut être supérieur à 5 % du chiffre d'affaires journalier moyen réalisé au cours de l'exercice social précédent. Il est forfaitaire, car il ne tient compte ni de la gravité de l'infraction, ni de sa durée, ni d'éventuels préjudices subis par les tiers.

Après exécution de l'obligation, la Commission fixe le montant définitif de l'astreinte, qui peut être inférieur à celui de la décision initiale (Règl. 1-2003, art. 24, paragr. 2).

La décision qui fixe l'astreinte constitue un titre exécutoire au sens de l'article 299 TFUE. L'exécution forcée peut en être poursuivie selon la loi de l'État membre sur le territoire duquel il y est procédé. En revanche, elle ne peut être suspendue que par une décision de la Cour de justice.

CHAPITRE VI Voies de recours

SECTION 1

Recours en annulation

I. Conditions de recevabilité

- A. Acte attaquable
- B. Objet du recours
- C. Intérêt à agir
- D. Prescription

II. Examen du recours

SECTION 2

Sursis à exécution

SECTION 3

Recours en carence

SECTION 4

Recours en réparation

SECTION 5

Pourvoi devant la Cour de justice

CHAPITRE VI Voies de recours

PLAN

Nous examinerons successivement :

- le recours en annulation ;
- le sursis à exécution ;
- le recours en carence ;
- le recours en réparation ;
- le pourvoi devant la Cour de justice.

SECTION 1

Recours en annulation

PLAN

Nous distinguerons :

- les conditions de recevabilité du recours ;
- l'examen du recours.

I. Conditions de recevabilité

A RETENIR

Toute personne physique ou morale peut former, en application de l'article 263 TFUE, un recours en annulation contre les décisions dont elle est le destinataire et contre celles qui, bien que prises sous l'apparence d'un règlement ou d'une décision adressée à une autre personne, la concernent directement et individuellement.

Le recours doit être formé dans un délai de deux mois à compter soit de la publication de l'acte, soit de sa notification au requérant, soit, à défaut, du jour où celui-ci en a eu connaissance. Cette dernière date présente un caractère subsidiaire par rapport aux deux premières.

La Commission n'est tenue d'informer les parties ni des voies de recours existantes, ni des délais pour les exercer.

La requête doit contenir les éléments essentiels de fait et de droit sur lesquels le recours en annulation se fonde. Une entreprise ne peut, en cours d'audience, invoquer un moyen nouveau par rapport à ceux de sa requête. Si des renvois peuvent être faits aux annexes, il ne faut pas que le juge soit contraint d'y chercher et identifier les moyens et arguments qui constituent le fondement de l'action. A plus forte raison, des arguments et griefs uniquement développés en annexe ou dans les conclusions de tiers dans une autre instance sont-ils irrecevables. Le recours est en revanche admissible même si les requérants n'ont pas précisé dans leur requête la date de notification ou le nom des autres parties à la procédure.

PLAN

Pour que le recours en annulation soit recevable, il faut :

- qu'il soit dirigé contre un acte attaquant ;
- qu'il ait pour objet le contrôle de légalité de cet acte ;
- que le requérant ait un intérêt à agir ;
- que l'action ne soit pas prescrite.

A. Acte attaquant

A RETENIR

Les actes qui arrêtent, de manière non équivoque, une mesure qui produit des effets juridiques affectant les intérêts des personnes concernées en modifiant leur situation juridique et qui s'impose obligatoirement à elles sont seuls susceptibles de faire l'objet d'un recours en annulation.

Une décision implicite de refus ne constitue pas une décision attaquant : le défaut de réponse à une demande de communication de pièces ou à une demande de mesures conservatoires ne peut donc faire l'objet d'un recours en annulation. Tel est également le cas de la prise de position provisoire de l'article 7 du règlement 773-2004, de la simple manifestation d'opinion écrite d'une institution européenne ou de l'acte par lequel les agents de la Commission prennent copie de documents ou demandent des explications orales au salarié d'une entreprise au cours de l'inspection qui constitue une mesure d'exécution de la décision d'inspection qui ne peut être contestée que dans le cadre d'un recours en annulation contre la décision finale ou contre une décision prise sur le fondement de l'article 23, paragraphe 1, du règlement 1-2003, pour sanctionner un refus de coopération de l'entreprise. Par son caractère préliminaire, la décision qui prononce une astreinte ne constitue pas un acte attaquant, contrairement à celle qui la liquide. En revanche, la lettre de rejet de la plainte qui met fin à l'enquête arrête la position de la Commission et clôture le dossier produit des effets juridiques obligatoires. De même, une lettre par laquelle la Commission réclame à une entreprise le paiement d'intérêts de retard indus produit des effets de droit obligatoires de nature à affecter les intérêts de cette dernière en modifiant de manière caractérisée sa situation juridique et, partant, constitue un acte attaquant au sens de l'article 263 TFUE.

Le juge européen s'attache davantage à la nature de l'acte qu'à sa forme pour le qualifier d'acte attaquant. Il vérifie d'abord si, matériellement, l'objet de l'acte correspond, directement ou indirectement, à un objet qui est susceptible d'être rempli par une décision attaquant (interdiction, exemption assortie de conditions et charges, adoption de mesures provisoires, demande de renseignements). Il cherche ensuite si, sur un plan formel, l'acte présente par lui-même les caractères d'une décision, c'est-à-dire d'un commandement émanant de l'institution.

B. Objet du recours

A RETENIR

Le recours en annulation a pour objet le contrôle de la légalité de l'acte attaqué. Le juge européen a pour mission de vérifier la compétence de l'institution en cause, le respect des formes substantielles, le respect des dispositions du Traité ou de toute règle de droit relative à son application, ou l'existence d'un détournement de pouvoir.

L'objet du recours est strictement défini par l'article 263 TFUE. Il ne peut être demandé au juge européen d'adresser des injonctions aux autres institutions européennes. La reconnaissance explicite ou implicite d'éléments de fait ou de droit par une entreprise pendant la procédure administrative ne limite pas l'exercice même du droit de recours dont elle dispose.

C. Intérêt à agir

A RETENIR

Le recours en annulation peut être formé par le destinataire de la décision ou par toute personne concernée directement et individuellement par celle-ci.

Dans tous les cas, le requérant doit avoir un intérêt né et actuel à l'annulation de l'acte attaqué. Une personne dispose, en effet, d'un intérêt à agir si le recours, par son résultat, est susceptible de lui procurer un bénéfice. Ainsi, une entreprise peut avoir intérêt à ce que la durée de sa participation à l'infraction soit réduite, même si une telle constatation n'emportera pas nécessairement de diminution du montant de l'amende, compte tenu des implications éventuelles de la solution dans le cadre d'actions en réparation devant les juridictions nationales. Contrairement au Tribunal qui avait exclu l'intérêt à agir d'une partie à l'entente dont le codébiteur solidaire a réglé intégralement l'amende sans intenter d'action récursoire contre elle, la Cour de justice considère que, placée sous concordat préventif, l'entreprise en cause conserve un tel intérêt dès lors que son codébiteur solidaire conserve la possibilité de se retourner contre elle pour obtenir le paiement de sa contribution pendant dix ans.

Les entreprises victimes d'une entente ou d'un abus de position dominante sont sans aucun doute admises à introduire un recours en annulation. Tel est le cas des entreprises concurrentes ou d'associations professionnelles représentatives. Le plaignant est également recevable à agir contre le rejet de sa plainte dès lors que cet acte fixe clairement et définitivement la position de la Commission. En revanche, la seule participation à une procédure administrative ne suffit pas à conférer la qualité de personne directement et individuellement concernée. De même, le client d'une entreprise condamnée pour entente, qui agit en annulation contre la décision de la Commission, n'est pas recevable en son intervention dès lors que le recours a pour seul objet de contrôler la légalité de la décision et non de permettre ou faciliter l'exercice d'actions civiles en dommages-intérêts pour les victimes de pratiques anticoncurrentielles.

D. Prescription

A RETENIR

Le délai de deux mois fixé par l'article 263 TFUE court à compter de la notification au requérant, ou de la publication de la décision s'il n'est pas partie.

Il s'applique à toute personne quelle que soit sa situation au jour de la publication de l'acte. La notification est valablement effectuée par l'envoi d'une lettre recommandée avec avis de réception postale. Le délai ne court que si l'accusé de réception est dûment daté et signé de son destinataire, c'est-à-dire par une personne habilitée à recevoir un courrier recommandé. Le recours en annulation formé à l'expiration du délai de deux mois est irrecevable sauf à apporter la preuve d'une erreur excusable de l'entreprise requérante. Lorsqu'un délai de recours prend fin un dimanche, l'expiration en est reportée le jour ouvrable suivant.

II. Examen du recours

A RETENIR

L'article 263 TFUE énonce cinq moyens d'annulation : l'incompétence et la violation des formes substantielles, qui concernent la légalité externe de la décision ; la violation d'une règle de droit, la violation du Traité et le détournement de pouvoir, qui permettent de contrôler la légalité interne.

En matière de concurrence, la violation des formes substantielles et celle du Traité sont les moyens le plus souvent soulevés. Au titre de la violation des formalités substantielles, qu'il peut soulever d'office, le juge européen vérifie la motivation de la décision et le respect des droits de la défense. En dehors de ces moyens d'ordre public, la compétence de pleine juridiction du Tribunal ne lui impose pas de relever d'office des moyens d'annulation de la décision de la Commission que les parties n'auraient pas soulevés.

A RETENIR

Le juge exerce un contrôle de légalité restreint en raison du pouvoir discrétionnaire de la Commission en matière de concurrence : il doit limiter son contrôle à la matérialité des faits et à la qualification juridique qui leur est attribuée par la Commission. Le contrôle juridictionnel doit, en effet, respecter les appréciations complexes auxquelles l'autorité européenne se livre en matière économique.

Ainsi, lorsque la Commission impute à tort à une entreprise une infraction unique et complexe, sans qualifier de manière autonome sa participation effective à des contacts bilatéraux anticoncurrentiels, le juge de l'Union ne peut qu'annuler la décision en ce qui la concerne, sans procéder lui-même à cette qualification. En effet, le Tribunal de l'Union ne peut constater l'existence d'infractions non retenues par la Commission dans sa décision. Il n'est donc pas autorisé à instruire lui-même le dossier pour combler les lacunes de la décision de la Commission. Le juge ne peut toutefois renoncer à exercer le contrôle approfondi, en droit comme en fait, qui lui incombe, en s'appuyant sur la marge

d'appréciation de la Commission, ni en ce qui concerne le choix des éléments pris en considération lors de l'application de la communication sur la coopération ni en ce qui concerne l'évaluation de ces éléments.

En matière d'amendes, le juge européen dispose d'une compétence de pleine juridiction (Règl. 1-2003, art. 31). Le Tribunal peut notamment supprimer ou réduire l'amende, sans être lié ni par les calculs de la Commission ni par ses lignes directrices, ni, le cas échéant, par les conclusions des avocats généraux. Cette compétence de pleine juridiction n'ouvre pas la voie à un recours autonome mais constitue une compétence d'attribution prévue dans le cadre du recours en annulation, par la lecture combinée des articles 261 et 256 TFUE. Dans le cadre de ce recours, la Cour ne peut, pour des raisons d'équité, substituer son appréciation à celle du Tribunal qui a statué dans l'exercice de sa compétence de pleine juridiction sur le niveau de réduction du montant de l'amende accordée aux entreprises en raison de la durée excessive de la procédure.

Le juge européen procède à l'examen du recours dans un délai raisonnable. Lorsqu'il viole cette obligation, en l'absence d'indication que la durée critiquée a eu une incidence sur la solution du litige, les parties en cause ne peuvent demander l'annulation de l'arrêt ou une réduction du montant de l'amende, mais doivent introduire un recours en indemnité, non devant la Cour de justice dans le cadre du pourvoi, mais devant le Tribunal de l'Union lui-même, qui se prononcera dans une autre formation que celle qui a connu du litige. Selon le Tribunal, un délai de quinze mois entre la fin de la phase écrite et l'ouverture de la phase orale de la procédure, le cas échéant prolongé d'un mois par affaire connexe supplémentaire examinée, constitue en principe une durée appropriée pour traiter les affaires qui concernent l'application du droit de la concurrence.

Le juge décide librement des mesures d'organisation de la procédure et en particulier, de l'opportunité de procéder ou non aux auditions de témoins sollicités par les entreprises. Comme la Commission, il doit motiver ses arrêts, sans toutefois être contraint de justifier la solution dans une affaire par rapport à celle retenue dans une autre et encore moins par rapport à une décision prise par la Commission dans une autre affaire.

Si le recours est fondé, le juge déclare nul et non avenu l'acte contesté. L'arrêt d'annulation a une autorité absolue. En matière de procédure de concurrence, les décisions de la Commission peuvent avoir plusieurs destinataires. La décision de la Commission ne peut être annulée, dans ce cas, qu'en ce qui concerne les parties au litige, dès lors que le juge européen n'est saisi que de l'objet du litige déféré par les parties. Elle reste contraignante à l'égard des destinataires qui n'ont pas formé de recours en annulation. Lorsque la responsabilité de la société mère dérive uniquement de celle de sa filiale et qu'elles ont introduit des recours parallèles avec un objet identique, le Tribunal peut, sans statuer *ultra petita*, tenir compte du résultat du recours introduit par la filiale, pour, le cas échéant, annuler la décision en ce qui concerne la société mère. L'absence d'effet *erga omnes* des arrêts d'annulation prononcés par le Tribunal ne suffit pas à rendre la procédure suivie en matière d'infractions au droit de la concurrence contraire à l'article 6 CEDH ou à l'article 7 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union. En revanche, la Commission étant tenue, aux termes de l'article 266 TFUE, de prendre les mesures que comporte l'exécution de l'arrêt dans un délai raisonnable, elle a l'obligation, en vertu du principe de légalité, d'examiner à nouveau sa décision initiale à l'égard d'une autre partie

à la pratique concertée fondée sur des faits identiques, lorsqu'un arrêt a pour effet de faire disparaître la constatation d'une violation de l'article 101 TFUE. Ces mesures peuvent également consister dans le remboursement des amendes versées, celles-ci étant alors dépourvues de base juridique. Par ailleurs, le Tribunal ne peut annuler une décision de la Commission lorsqu'il ne remet en cause que l'un des éléments de la participation d'une entreprise à une entente et qu'une annulation partielle ne modifiera pas la substance de la décision. Lorsque certains volets d'une infraction unique et continue, suffisamment dissociables, ne peuvent pas être imputés à l'entreprise tenue pour responsable, le juge de l'Union doit se limiter à une annulation partielle. De même, l'interdiction de statuer *ultra petita* fait obstacle à ce que le juge de l'Union annule l'intégralité de la décision de la Commission lorsqu'il soulève d'office un moyen d'ordre public, alors que l'entreprise n'a demandé que son annulation partielle.

SECTION 2

Sursis à exécution

A RETENIR

Les décisions de la Commission sont soumises au contrôle des juridictions européennes - le Tribunal, en première instance, et la Cour, sur pourvoi. Ce contrôle porte soit sur la légalité de la décision (recours en annulation), soit sur la sanction prévue par celle-ci (recours de pleine juridiction). Les recours formés contre les décisions des institutions européennes ne sont pas suspensifs en raison de la présomption de validité qui s'attache à ces actes. Aussi le Traité accorde-t-il au juge européen la faculté d'ordonner le sursis à exécution de l'acte attaqué (art. 278 TFUE).

La compétence du juge des référés se limite à exercer un contrôle juridictionnel sur les actes administratifs que la Commission a déjà pris mais ne peut avoir pour objet de lui interdire préventivement d'adopter une décision.

A RETENIR

Le sursis à l'exécution peut être accordé s'il est établi que son octroi est justifié à première vue en fait et en droit (*fumus boni juris*) et qu'il est nécessaire pour éviter un préjudice grave et irréparable aux intérêts du requérant après mise en balance des intérêts des parties.

Les exigences sont cumulatives. Le sursis ne préjuge pas les points de droit ou de fait en litige ni ne neutralise par avance les conséquences de la décision à rendre ultérieurement au principal.

La demande de sursis n'est recevable que dans le cadre d'une procédure mettant en cause l'acte d'une institution. La condition de «*fumus boni juris*» oblige le requérant à présenter des arguments contre cette décision suscitant à première vue des doutes sur sa validité, ou, à tout le moins, des moyens non dépourvus à première vue de fondement, qui rendent nécessaires à ce stade un examen plus approfondi du juge. Le fait que la question soulevée par l'entreprise soit nouvelle, comme celle portant sur le caractère

confidentiel des informations fournies par une entreprise dans le cadre de sa demande de clémence, constitue un élément d'appréciation. L'erreur manifeste d'appréciation et le défaut de motivation suffisante de la Commission qui, sans procéder à un examen approfondi, rejette les éléments de preuve fournis par une entreprise à l'appui de sa demande relative à son incapacité de payer l'amende en dépit des caractéristiques inhabituelles que présente le contexte économique et financier, tant européen que mondial, sont suffisamment sérieux et pertinents pour constituer un *fumus boni juris*. Il n'est pas nécessaire que le *fumus boni juris* soit particulièrement convaincant lorsque la demande de sursis à exécution concerne des mesures provisoires. En revanche, lorsque la demande de sursis à exécution présentée à la Cour de justice porte sur la décision de la Commission, plutôt que sur l'arrêt du Tribunal de l'Union, l'entreprise doit, pour établir que la condition relative au *fumus boni juris* est remplie, non seulement invoquer des moyens sérieux contre cet arrêt, mais aussi démontrer que les moyens invoqués à l'encontre de la légalité de la décision dans le cadre du recours en annulation sont de nature à justifier à première vue l'octroi du sursis sollicité.

Le requérant doit, par ailleurs, établir que l'exécution de la décision de la Commission lui causerait un **préjudice grave et irréparable** et qu'il y a urgence à suspendre à titre exceptionnel son exécution. En d'autres termes, il doit apporter la preuve du risque qu'il invoque à l'appui de sa demande. Ce risque ne doit pas être de nature purement hypothétique. Le demandeur est donc tenu de fournir des indications concrètes qui permettent au juge d'apprécier les conséquences précises de l'absence de sursis. Celui-ci doit en effet être apte à éviter le préjudice allégué. Il suffit, en revanche, que l'imminence du préjudice soit prévisible avec un degré de probabilité suffisant. Un préjudice financier ne constitue pas en principe un préjudice irréparable, dès lors qu'une compensation pécuniaire est susceptible de rétablir l'entreprise lésée dans la situation antérieure à la survenance du préjudice. Il en va autrement, cependant, si ce préjudice ne peut être chiffré. Constituent des préjudices irréparables une atteinte au droit d'auteur de l'entreprise, un risque de divulgation de secrets d'affaires ou de mise en cause d'un système de distribution, de constitution d'une garantie pour éviter le paiement immédiat de l'amende ou de mise en péril de la survie de l'entreprise. En revanche, lorsque le préjudice allégué s'est déjà en partie réalisé, le sursis ne peut être accordé.

Le juge accorde ou refuse le sursis après avoir **mis en balance les intérêts** des parties en cause. Le préjudice subi doit être hors de proportion par rapport à l'intérêt que représente pour l'Union l'exécution de la décision pour que le sursis s'impose. Ainsi, la Cour de justice estime que l'intérêt d'une entreprise à ne pas perdre de manière irréversible la protection accordée au secret professionnel apparaît supérieur à celui de l'institution de faire connaître au public son action, d'autant plus lorsque cet intérêt public a en grande partie déjà été satisfait par la publication d'une version non confidentielle de sa décision. Le juge statue par voie d'ordonnance motivée, qui peut à tout moment être modifiée ou rapportée à la suite d'un changement de circonstances. La décision de sursis suspend l'exécution de l'acte attaqué, mais ne produit aucun effet.

SECTION 3

Recours en carence**A RETENIR**

Toute personne physique ou morale peut saisir le juge de l'Union d'un recours en carence lorsqu'une institution de l'Union manque à son obligation d'adresser un acte autre qu'une simple recommandation (TFUE, art. 265). Par analogie avec l'article 263 TFUE, seules les personnes directement et individuellement concernées par l'acte sont recevables à introduire un recours en carence.

Pour déterminer si une personne est recevable à agir en carence contre un acte qui l'aurait concernée directement et individuellement, le juge vérifie si elle serait recevable à agir en annulation. L'institution en cause doit avoir été préalablement invitée à agir (TFUE, art. 265). Il faut que la mise en demeure soit suffisamment explicite et précise. Elle doit soit reposer sur un texte, soit contenir une description suffisamment détaillée de l'ensemble des infractions alléguées.

La recevabilité du recours en carence suppose l'existence d'une obligation d'agir pesant sur l'autorité européenne et une abstention. C'est l'absence de décision ou de prise de position de la Commission qui est sanctionnée, et non l'adoption d'un acte différent de celui que le requérant aurait souhaité. L'abstention est caractérisée lorsque la Commission, saisie d'une plainte sur le fondement des articles 101 et 102 TFUE, n'a pas pris position sur les éléments de la plainte relatifs à l'article 102 TFUE, alors qu'elle doit examiner tous les éléments de fait et de droit contenus dans la demande, lorsqu'elle s'abstient d'agir à l'expiration du délai de deux mois suivant la réception de la mise en demeure, et alors que l'instruction est en cours depuis quatre années. L'obligation d'agir de la Commission prend naissance dès qu'elle a pu examiner tous les éléments de fait et de droit portés à sa connaissance. Elle disparaît lorsque le requérant présente, à l'occasion de l'invitation à agir et postérieurement à celle-ci, de nouveaux éléments susceptibles d'influencer l'appréciation de la Commission. Le pouvoir discrétionnaire de la Commission en matière de politique de concurrence limite les hypothèses où elle peut être contrainte d'agir.

Le délai de recours est de deux mois à compter du défaut de réponse à l'invitation à agir fixé également à deux mois (TFUE, art. 265). Dans un délai de deux mois à compter de l'invitation à agir, la Commission doit prendre position. À défaut, le recours est formé dans un nouveau délai de deux mois. La prise de position de l'autorité européenne prive donc d'objet le recours en carence. En effet, lorsque l'acte dont l'omission fait l'objet du litige a été adopté après mise en demeure d'agir, mais avant le prononcé de l'arrêt, le recours en carence devient sans objet. Le juge européen a précisé les contours de la notion de «prise de position». Si l'existence d'une procédure d'instruction en cours ou une lettre de rejet de la plainte équivalent à une prise de position, tel n'est pas le cas de la publication d'une communication au titre d'un autre texte que celui visé par la mise en demeure ou de la cessation du comportement anticoncurrentiel incriminé. Lorsqu'il a été jugé que l'objet du recours a disparu, il est inutile de se prononcer sur sa recevabilité.

SECTION 4

Recours en réparation

A RETENIR

En vertu de l'article 340, alinéa 2, TFUE, l'Union doit réparer, conformément aux principes généraux communs aux droits des États membres, les dommages causés par ses institutions ou par ses agents dans l'exercice de leurs fonctions. L'engagement de la responsabilité extracontractuelle de l'Union et la mise en œuvre du droit à la réparation du préjudice subi impliquent la preuve, cumulativement, de l'illégalité du comportement reproché aux institutions, de la réalité du dommage et de l'existence d'un lien de causalité entre ce comportement et le préjudice invoqué.

En droit de la concurrence, la mise en œuvre de ce texte a connu un regain d'intérêt depuis que la Cour de justice a posé en principe que la méconnaissance par le Tribunal de l'Union du droit d'être jugé dans un délai raisonnable est sanctionné non par l'annulation de son arrêt ou une réduction de l'amende, mais par un recours en indemnité exercé devant une autre formation du Tribunal que celle qui a jugé les faits. En vertu du principe de l'autonomie des recours, l'exercice de l'action en réparation ne peut dépendre de l'aboutissement d'un recours en annulation contre la décision principale. En revanche, le point de départ du délai de prescription de cinq ans visé à l'article 46 du statut de la Cour de justice doit, dans le cas spécifique d'un recours en indemnité qui tend à réparer le préjudice prétendument subi en raison d'une éventuelle méconnaissance du délai raisonnable de jugement, être fixé à la date à laquelle une décision a mis fin au délai de jugement litigieux. Le recours doit être introduit dès que la cause des préjudices allégués est devenue certaine, c'est-à-dire dès la constitution, pour une partie, de la garantie bancaire du montant de l'amende et le paiement, pour l'autre partie, du montant de l'amende, ou dès que les frais de garantie bancaire ont commencé à courir et le manque à gagner est apparu.

Selon le Tribunal de l'Union, au-delà d'un délai de quinze mois entre la fin de la phase écrite et l'ouverture de la phase orale de la procédure, le cas échéant allongé d'un mois par affaire connexe supplémentaire examinée, le délai de traitement de l'affaire ne constitue plus un délai raisonnable et autorise l'entreprise à agir en réparation. Cette dernière peut obtenir l'indemnisation de la perte subie en raison de frais de garantie bancaire exposés au cours de la période jugée excessive et du préjudice immatériel résultant de l'incertitude inhabituelle dans laquelle elle a été placée. En revanche, le paiement d'intérêts de retard sur le montant de l'amende pendant la durée de dépassement du délai raisonnable de la procédure ne cause pas de préjudice réel et certain à l'entreprise lorsque celle-ci ne démontre pas qu'ils ont été d'un montant supérieur à l'avantage qu'elle a retiré de la jouissance des sommes dues en raison de l'absence de paiement immédiat de l'amende.

SECTION 5

Pourvoi devant la Cour de justice**A RETENIR**

Un pourvoi peut être formé contre la décision du Tribunal par requête déposée au greffe du Tribunal ou de la Cour.

La requête doit contenir en annexe la décision du Tribunal objet du pourvoi. Celui-ci contient :

- les nom et domicile de la partie requérante ;
- la désignation des autres parties devant le Tribunal ;
- les moyens et arguments de droit invoqués ;
- les conclusions de la partie requérante.

Ces conclusions peuvent tendre soit à l'annulation totale ou partielle de la décision du Tribunal, soit à ce qu'il soit fait droit aux conclusions des parties présentées en première instance. L'objet du litige est identique à celui porté devant le Tribunal. Cela ne signifie pas que les requérants puissent se contenter de reproduire les arguments et moyens présentés au Tribunal. Le pourvoi est limité aux questions de droit, la Cour ne pouvant substituer son appréciation à celle du Tribunal. Il doit donc indiquer de façon précise les éléments critiqués de l'arrêt dont l'annulation est demandée ainsi que les arguments juridiques qui soutiennent spécifiquement la demande, sans qu'il y ait lieu pour les besoins de la recevabilité de distinguer entre les moyens présentés au stade de la demande et ceux présentés au stade de la procédure devant la Commission. Lorsque les entreprises invoquent une dénaturation d'éléments de preuve par le Tribunal, elles doivent désigner précisément ces éléments et démontrer les erreurs d'analyse qui auraient conduit le Tribunal à cette dénaturation. Les entreprises doivent établir que le Tribunal a manifestement outrepassé les limites d'une appréciation raisonnable et non seulement que ces éléments de preuve peuvent faire l'objet d'une interprétation différente. La Cour ne peut en principe substituer son appréciation à celle du Tribunal sur le montant des amendes infligées, sauf si elle estime que le niveau de la sanction est non seulement inapproprié, mais aussi excessif au point d'être disproportionné.

Dans un délai de deux mois à compter de la signification du pourvoi, toute partie à la procédure devant le Tribunal peut déposer un mémoire en réponse. Le mémoire en réponse tend soit au rejet total ou partiel du pourvoi, soit à l'annulation totale ou partielle de la décision du Tribunal, soit à ce qu'il soit fait droit aux conclusions des parties présentées en première instance. Un mémoire en réplique peut être présenté par la partie requérante lorsque le mémoire en réponse demande l'annulation totale ou partielle de la décision sur un moyen qui n'est pas soulevé par le pourvoi. Une intervention peut être accueillie devant la Cour dès lors que son dépositaire justifie d'un intérêt à la solution du litige et que sa requête, même fondée sur une nouvelle argumentation, n'a pas d'autre objet que le soutien des conclusions de l'une des parties.

Lorsqu'il s'avère que le pourvoi est manifestement irrecevable ou infondé, la Cour peut,

par voie d'ordonnance motivée, rejeter en tout ou partie le pourvoi. Que le pourvoi soit ou non fondé, la Cour juge elle-même définitivement le litige et statue sur les dépens. En revanche, lorsque la solution du litige implique des appréciations de fait, elle doit, après avoir annulé l'arrêt du Tribunal, lui renvoyer l'affaire. La phase orale de la procédure peut être écartée par la Cour, à moins qu'une partie présente une demande motivée d'audition, dans le délai d'un mois à compter de la clôture de la procédure écrite.

CHAPITRE VII Sanctions civiles

I. Principes

II. Nullité

III. Dommages-intérêts

CHAPITRE VII Sanctions civiles

I. Principes

A RETENIR

La Commission dispose d'un pouvoir de décision strictement défini. Elle est investie du pouvoir de prononcer des mesures provisoires, des injonctions, ou des sanctions pécuniaires, mais n'a pas compétence pour indemniser les victimes de pratiques anticoncurrentielles ou prononcer la nullité d'accords contraires aux articles 101 ou 102 TFUE.

L'article 101, paragraphe 2, TFUE dispose que les accords ou décisions qu'il interdit sont nuls de plein droit. Ce texte confère aux juridictions nationales le pouvoir de prononcer la nullité des clauses contractuelles contraires à l'article 101, paragraphe 1, TFUE.

De même, si l'arbitre ne peut en aucun cas prononcer des injonctions ou des amendes, il peut tirer les conséquences civiles d'une infraction aux règles de la concurrence, même si les parties ne sont pas toutes ensemble atraites à la procédure arbitrale.

Dans tous les cas, les dispositions nationales applicables aux modalités procédurales des recours en indemnité et à l'étendue de la réparation du préjudice subi, en cas d'infraction au droit européen de la concurrence, doivent être conformes aux principes européens d'équivalence et d'effectivité. Ainsi, une législation nationale viole le principe d'effectivité lorsqu'elle subordonne au consentement de l'ensemble des parties l'accès au dossier de tiers qui souhaitent exercer une action en dommages-intérêts à la suite d'une procédure nationale fondée sur l'article 101 TFUE, y compris aux documents communiqués dans le cadre d'un programme de clémence, sans laisser la possibilité au juge d'effectuer une mise en balance des intérêts en présence.

Dans le cadre du règlement 1049-2001, le droit d'accès d'un justiciable aux documents d'une procédure de concurrence devant la Commission doit s'apprécier compte tenu des règles spécifiques prévues par les règlements 1-2003 et 773-2004 qui limitent la communication du dossier aux parties concernées et aux personnes dont la Commission a l'intention de rejeter la plainte. Dès lors, la Commission est en droit de présumer, sans procéder à un examen concret et individuel de chacun des documents qui figurent dans un dossier relatif à une procédure de l'article 101 TFUE, que leur divulgation porte en principe atteinte à la protection des intérêts commerciaux des entreprises impliquées ainsi que des objectifs de l'enquête. La Commission a modifié le règlement 773-2004 et la Communication relative à la coopération avec les juridictions nationales pour fixer les règles relatives à l'étendue de l'accès au dossier et à son utilisation devant les juridictions nationales.

Désormais, les informations obtenues en vertu du règlement 773-2004 ne pourront être utilisées que dans le cadre de procédures judiciaires ou administratives ayant pour objet l'application des articles 101 et 102 TFUE. En particulier, l'accès aux déclarations effectuées en vue d'obtenir la clémence ou aux propositions de transaction ne pourra être accordé que pour l'exercice des droits de la défense dans une procédure engagée

devant la Commission. En outre, les informations tirées de ces déclarations et propositions ne pourront être utilisées par la partie qui a obtenu l'accès au dossier que lorsque cela est nécessaire pour l'exercice de ses droits de la défense dans le cadre d'une action introduite devant les juridictions de l'Union contre une décision de la Commission ou devant les juridictions des États membres dans une affaire directement liée à celle pour laquelle l'accès a été accordé. Dans cette dernière hypothèse, l'affaire ne peut avoir pour objet que la répartition entre les participants à une entente d'une amende qui leur a été infligée solidairement par la Commission ou le contrôle juridictionnel d'une décision par laquelle une autorité de concurrence d'un État membre a constaté une infraction à l'article 101 TFUE. Plus généralement, la Commission précise que les informations préparées par d'autres personnes physiques ou morales expressément aux fins de la procédure engagée devant la Commission et celles établies par la Commission et envoyées aux parties au cours de sa procédure ne pourront être utilisées dans les procédures engagées devant les juridictions nationales qu'une fois que la Commission aura clos sa procédure contre toutes les parties faisant l'objet de l'enquête en adoptant une décision en vertu de l'article 7, 9 ou 10 du règlement 1-2003, ou d'une autre manière. Sous cette réserve, elles pourront être utilisées dans le cadre d'actions en réparation.

La Commission comme l'Autorité de la concurrence se montrent assez réticentes à communiquer les éléments du dossier en cas d'action civile. Les autorités poursuivent un double objectif en favorisant le *public enforcement* : inciter les entreprises à recourir à la procédure de clémence et préserver le bon déroulement de l'instruction et des secrets d'affaires. Aucune analyse économique ne démontre pourtant la supériorité du *public enforcement* sur le *private enforcement*, ou que donner accès aux pièces de la procédure de clémence dissuaderait les entreprises de s'y soumettre alors que l'immunité d'amende qui résulte d'un tel programme représente un gain réel pour celui qui dénonce l'infraction.

La **directive 2014-104 du 26 novembre 2014, relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence** des États membres et de l'Union européenne, énonce une série de mesures destinées à faciliter l'introduction d'actions en dommages et intérêts par les victimes de pratiques anticoncurrentielles. Elle favorise l'accès à la preuve des victimes qui pourront, lorsqu'elles étayeront suffisamment la plausibilité de leur demande de dommages et intérêts, obtenir du juge national qu'il enjoigne au défendeur ou à un tiers de produire des preuves pertinentes qui se trouvent en leur possession, sous réserve du principe de proportionnalité (art. 5). L'article 6 étend cette règle au dossier de l'autorité de concurrence nationale ou de la Commission, mais uniquement lorsqu'aucune des parties ou tiers ne peut raisonnablement fournir ces preuves. Néanmoins, afin de protéger les intérêts du *public enforcement*, les déclarations effectuées en vue d'obtenir la clémence et les propositions de transaction échappent au droit d'accès. En outre, certaines informations ne pourront être divulguées qu'après la clôture de la procédure engagée devant l'autorité. Aux termes de l'article 9, les décisions définitives d'une autorité nationale de concurrence qui constatent une infraction constituent, devant une juridiction du même État membre, une preuve irréfragable de l'existence de l'infraction et, devant la juridiction d'un autre État membre, une preuve *prima facie* de l'infraction.

Par ailleurs, alors qu'en principe, les entreprises qui ont enfreint le droit de la concu-

rence par un comportement conjoint sont solidairement responsables du préjudice causé au demandeur (art. 11, parag. 1), les bénéficiaires d'une immunité ne le seront qu'à l'égard de leurs acheteurs ou fournisseurs directs ou indirects et, à l'égard d'autres parties lésées, uniquement lorsqu'une réparation intégrale ne pourra être obtenue auprès des autres entreprises impliquées dans la même infraction. Par ailleurs, le montant de leur contribution ne pourra excéder celui du préjudice que l'infraction a causé à leurs acheteurs ou fournisseurs directs ou indirects. La règle de la responsabilité solidaire ne s'appliquera pas non plus aux petites et moyennes entreprises (PME) au sens de la recommandation 2003-361 de la Commission du 6 mai 2003 concernant la définition des micro, petites et moyennes entreprises. Ces dernières ne seront responsables qu'à l'égard de leurs propres acheteurs directs et indirects lorsque leur part sur le marché concerné est inférieure à 5 % à quelque moment que ce soit de la durée de l'infraction et que l'application des règles habituelles de la responsabilité solidaire compromettrait irrémédiablement leur viabilité économique et ferait perdre toute valeur à leurs actifs. La dérogation ne jouera cependant pas si la PME en cause est l'instigatrice de l'infraction ou se trouve en état de récidive.

En vertu de l'article 13, le défendeur à une action en dommages et intérêts pourra invoquer la répercussion totale ou partielle du surcoût résultant de l'infraction par le demandeur, à charge d'en apporter la preuve. L'acheteur indirect sera également recevable à agir en indemnisation, mais devra prouver l'existence et l'ampleur de la répercussion du surcoût à son détriment. La directive lui facilite la tâche en posant une présomption de répercussion lorsqu'il démontre que (i) le défendeur a commis une infraction au droit de la concurrence (ii) qui a entraîné un surcoût pour l'acheteur direct, (iii) à qui l'acheteur indirect a acheté les biens ou services concernés par l'infraction. Pour éviter la réparation multiple du même dommage qui pourrait résulter de l'introduction de demandes en cascade émanant de victimes situées à différents niveaux de la chaîne de distribution, le juge devra tenir compte des décisions déjà rendues. Par ailleurs, l'article 17 habilite les juridictions nationales à estimer le montant du préjudice, s'il est établi qu'un demandeur a subi un préjudice, mais qu'il est pratiquement impossible ou excessivement difficile de quantifier avec précision le préjudice subi sur la base des éléments de preuve disponibles, si besoin est, avec l'aide de l'autorité nationale de concurrence. Enfin, la directive favorise le recours à des modes de règlement consensuel des litiges. L'article 18 prévoit ainsi que les procédures extrajudiciaires interrompent la prescription pour intenter une action en dommages et intérêts à l'égard des parties qui participent ou ont participé à la procédure de conciliation. Ensuite, ces procédures pourront constituer une circonstance atténuante pour l'autorité de la concurrence ultérieurement saisie de l'affaire.

II. Nullité

A RETENIR

La nullité de plein droit de l'article 101, paragraphe 2, TFUE revêt un caractère absolu. Tout particulier est susceptible de s'en prévaloir, même lorsqu'il est partie à l'entente.

Elle s'applique aux seuls éléments de l'accord frappés par l'interdiction ou à l'accord dans son ensemble si ces éléments n'en paraissent pas séparables. Lorsque les clauses

incompatibles sont séparables du contrat lui-même, les conséquences de leur nullité de plein droit à l'égard des autres éléments du contrat relèvent du droit national applicable. La mise en conformité avec le droit européen de la clause ayant entraîné la nullité de plein droit du contrat peut éventuellement restaurer la validité de l'ensemble si le droit national le permet. L'illégalité d'une pratique concertée n'exerce en revanche aucune influence sur les contrats conclus pour la mettre en œuvre, car la nullité de plein droit de l'article 101, paragraphe 2, ne concerne que les accords entre entreprises ou décisions d'associations d'entreprises interdits en vertu de son paragraphe 1.

Enfin, si des clauses ne sont pas nulles du seul fait de l'entrée en vigueur d'un nouveau règlement d'exemption, leur non-conformité peut amener le juge national à en prononcer la nullité, dès lors qu'elles ne remplissent pas les conditions de l'exemption.

III. Dommages-intérêts

A RETENIR

La Commission, qui agit au nom de l'intérêt européen, n'a pas compétence pour indemniser les victimes de pratiques anticoncurrentielles. Celles-ci doivent, pour obtenir réparation du préjudice subi, saisir les juridictions de l'ordre interne.

Toute personne est en droit de demander réparation du dommage que lui aurait causé un contrat ou un comportement susceptible de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence lorsqu'il existe un lien de causalité entre le préjudice et la pratique litigieuse (CJCE, 13 juill. 2006, aff. C-295 à C-298-04, Manfredi, LawLex061682), à condition qu'elle n'ait pas pris une part significative dans la distorsion de concurrence (CJCE, 20 sept. 2001, aff. C-453-99, Courage c. Crehan, LawLex023534). L'action de victimes indirectes de l'entente est également recevable : des personnes qui n'interviennent pas en qualité de fournisseur ou d'acheteur sur le marché concerné par une entente peuvent demander la réparation du dommage résultant du fait que, en raison de cette entente, elles ont dû accorder des subventions plus importantes que si cette entente n'avait pas existé et n'ont, par suite, pas pu placer ce différentiel dans des investissements plus lucratifs. De même, la victime d'un prix de protection (*umbrella pricing*) doit pouvoir obtenir la réparation par les membres de l'entente du dommage subi, même en l'absence de liens contractuels avec ces derniers (CJUE, 5 juin 2014, aff. C-557-12, Kone, LawLex142043). La Commission peut elle-même exercer une action en dommages-intérêts devant les juridictions nationales au nom des institutions de l'Union, victimes d'une entente de prix constatée par la Commission. En effet, le fait que les juridictions nationales aient l'obligation de se conformer aux décisions de la Commission ne viole pas l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux, dès lors que ces décisions sont soumises au contrôle du juge de l'Union et que les juridictions nationales demeurent pleinement compétentes pour apprécier l'existence du préjudice et le lien de causalité entre celui-ci et la faute dénoncée. Lorsque l'auteur de l'infraction a été dissous, l'obligation de réparation incombe à l'entreprise qui a acquis toutes ses actions et poursuivi ses activités commerciales. La réparation doit comprendre non seulement le dommage réel mais aussi le manque à gagner et le paiement d'intérêts.

Dans son Livre vert du 19 décembre 2005 sur les actions en dommages-intérêts, la Commission avait souligné que l'un des principaux obstacles au développement du *private enforcement* résidait dans la difficulté d'accéder aux documents de la procédure. Ainsi, lorsqu'une procédure de clémence est mise en œuvre, la Commission se montre nettement plus favorable au *public enforcement* qu'au *private enforcement*, en refusant de communiquer les documents présentés par les bénéficiaires de l'immunité. La Cour de justice adopte une position différente en imposant au juge national saisi d'une demande de communication de documents relatifs à une procédure de clémence de mettre en balance les intérêts protégés par le droit de l'Union, l'effectivité de la réparation et l'efficacité des programmes de clémence. En application de ces principes, elle considère qu'une législation nationale ne peut subordonner l'accès au dossier de tiers qui souhaitent exercer une action en dommages-intérêts à la suite d'une procédure nationale fondée sur l'article 101 TFUE, y compris aux documents communiqués dans le cadre d'un programme de clémence, au consentement de l'ensemble des parties à la procédure. Toutefois, la directive 2014-104 relative aux actions en dommages et intérêts, tout en préconisant un large accès des victimes de pratiques anticoncurrentielles aux documents de la procédure, écarte expressément ceux communiqués par un demandeur de clémence ou le bénéficiaire d'une transaction.

Enfin la question s'est posée, devant la Cour de justice, de la détermination du juge compétent pour connaître des actions en réparation introduites par le même requérant contre plusieurs sociétés établies dans des États membres différents à raison de leur participation à une entente unique et continue. Selon la Cour, de telles actions présentent un lien de connexité tel qu'il y a intérêt à les juger ensemble afin d'éviter des solutions inconciliables. La victime peut donc porter l'action devant le tribunal du domicile de l'une quelconque des co-participantes, même si elle conclut ultérieurement une transaction qui aboutit à son désistement à l'égard de cette dernière, mais pas des autres. Elle peut également saisir le tribunal du lieu de conclusion de l'entente ou d'un arrangement particulier sous-tendant cette entente ou celui du lieu de son propre siège social. Enfin, elle peut saisir le tribunal du lieu où le fait dommage s'est produit, qu'il s'agisse du lieu où des prix prédateurs ont été appliqués ou proposés ou de celui où les prix du marché ont été faussés par une entente. Le cas échéant, le juge peut être tenu par une clause attributive de juridiction à condition que celle-ci se réfère aux différends relatifs à la responsabilité encourue du fait d'une infraction au droit de la concurrence et que la victime y ait consenti (CJUE, 21 mai 2015, Cartel Damage Claims, aff. C-352/13, LawLex15643). Cette condition n'est pas exigée en matière d'abus de position dominante, car contrairement à l'entente, dont la victime ne peut prévoir que son cocontractant est susceptible de se concerter avec des tiers, l'abus peut trouver sa source dans les relations contractuelles avec l'entreprise en position dominante, de sorte que l'application de la clause a nécessairement pour origine le rapport de droit à l'occasion duquel elle a été convenue (CJUE, 24 octobre 2018, Apple Sale international c. eBizcuss.com, aff. C-595/17, LawLex181585).

SOUS-TITRE II

Procédure française

A RETENIR

Le Code de commerce (art. L. 450-1 à L. 450-8 et L. 463-1 à L. 470-2, L. 490-8 et L. 490-9, art. R. 450-1, R. 450-2, D. 450-3, R. 463-1 à R. 470-2, R. 490-1 à R. 470-10) fixe les règles permettant la mise en œuvre des dispositions du titre II relatives aux pratiques anticoncurrentielles et du titre IV portant sur la transparence tarifaire et les pratiques restrictives. La procédure comporte toujours deux phases : une enquête, d'abord, une procédure décisionnelle contradictoire, ensuite. Les procédures d'enquête sont communes à l'ensemble des comportements répréhensibles.

En revanche, la procédure décisionnelle obéit à un régime différent selon les dispositions en cause :

- les infractions aux dispositions du titre IV relèvent de la seule compétence des juridictions civiles ou pénales, et depuis la loi Hamon, dans un certain nombre de cas, de l'Administration et des juridictions administratives ;
- les pratiques anticoncurrentielles des articles L. 420-1, L. 420-2, L. 420-2-1, L. 420-2-2 et L. 420-5 ressortissent à la compétence exclusive de l'Autorité de la concurrence, qui seule peut enjoindre aux contrevenants la cessation de l'infraction et prononcer une sanction pécuniaire ;
- les micro-pratiques anticoncurrentielles de l'article L. 464-9 relèvent de la compétence du ministre de l'Économie, qui dispose d'un pouvoir d'injonction et de transaction, la compétence revenant à l'Autorité de la concurrence en cas de refus des entreprises de transiger ;
- les pratiques de renégociation des conditions commerciales et de déréférencement (constatées notamment à l'occasion de la création d'une centrale de référencement commune par deux groupes de distribution), et qui ne constituent pas des pratiques anticoncurrentielles, peuvent relever de la compétence de la Commission d'examen des pratiques commerciales.

A RETENIR

L'article L. 420-7 du Code de commerce précise que les litiges relatifs à l'application des articles L. 420-1 à L. 420-5 du Code de commerce, ainsi que des articles 101 et 102 TFUE, sont attribués, sans préjudice des règles de compétence spéciales, au tribunal de grande instance ou au tribunal de commerce selon le cas. En vertu de l'article R. 420-3 du Code de commerce, les tribunaux de commerce ou de grande instance de Marseille, Bordeaux, Lille, Fort-de-France, Lyon, Nancy, Paris et Rennes sont seuls compétents pour connaître respectivement des procédures applicables aux commerçants ou artisans, ou aux autres personnes.

La Cour d'appel de Paris est le juge de second degré lorsque la décision a été rendue par une juridiction spécialisée. Dans l'hypothèse où un juge spécialisé se serait à tort prononcé, la cour d'appel de son ressort demeure compétente pour statuer sur le recours exercé,

mais elle est alors tenue de relever d'office l'excès de pouvoir commis, annuler le jugement et statuer, le cas échéant, dans les limites de sa propre compétence. Une clause attributive de juridiction ne peut déroger à ces règles impératives. Depuis l'ordonnance du 4 novembre 2004, l'article L. 490-9 du Code de commerce, conformément au règlement 1-2003 du 16 décembre 2002, attribue pleine compétence aux autorités nationales pour appliquer les règles européennes de concurrence.

Par ailleurs, l'article L. 623-1 du Code de la consommation, issu de la loi Hamon du 17 mars 2014, qui introduit l'action de groupe en droit français, notamment en matière de concurrence, prévoit la compétence de la juridiction civile pour en connaître. L'article R. 623-2 désigne le tribunal de grande instance du lieu où demeure le défendeur et, lorsque celui-ci demeure à l'étranger ou n'a ni domicile ni résidence connus, le Tribunal de grande instance de Paris.

A RETENIR

Les juridictions pénales sont compétentes pour connaître de l'action dirigée contre toute personne physique qui frauduleusement aura pris une part personnelle et déterminante dans la conception, l'organisation ou la mise en œuvre des pratiques visées aux articles L. 420-1, L. 420-2 et L. 420-2-2 du Code de commerce (art. L. 420-6).

La constatation d'un effet avéré ou potentiel sur le marché est suffisante. La démonstration d'un préjudice n'est pas requise. Les actes interruptifs de la prescription devant l'Autorité de la concurrence interrompent l'action pénale. Réciproquement, les actes qui interrompent l'action publique sont des actes interruptifs de prescription devant l'Autorité de la concurrence (art. L. 462-7). Tel est le cas de la plainte et de l'enquête qui en résulte.

En vertu de l'article L. 462-6, l'Autorité de la concurrence peut transmettre le dossier au parquet. La Cour d'appel de Paris a jugé qu'il ne lui appartenait pas de se prononcer sur cette décision tout en considérant qu'elle pouvait elle-même ordonner la transmission sur le fondement de l'article 40, alinéa 2, du Code de procédure pénale. L'article L. 420-6 du Code de commerce n'est pratiquement jamais appliqué. L'utilisation du droit pénal pour sanctionner des infractions au droit de la concurrence présente en effet des risques de blocage. Tout d'abord, par application de la règle commune, «le criminel tient le civil en l'état», le déclenchement de l'action publique paralyse les procédures civiles et commerciales. Ensuite, la coexistence d'une procédure pénale et d'une procédure de concurrence est souvent difficile : l'utilisation des pièces de la procédure pénale constitue un nid à contentieux bien qu'elle soit prévue par les textes. L'Autorité de la concurrence, et non le rapporteur, est seule habilitée à demander des pièces qui ne peuvent être communiquées que par le juge d'instruction, et non le procureur. De plus, seuls les procès-verbaux, rapports d'enquête et/ou autres pièces de l'instruction pénale ayant un rapport direct avec les faits soumis à l'autorité de concurrence sont communicables.

On peut douter de l'utilité de l'article L. 420-6. S'il ajoute effectivement aux articles L. 420-1 et L. 420-2 du Code de commerce en ce qu'il vise la personne physique, il est aussi un exemple de l'inadaptation du droit pénal à la matière concurrentielle. En particulier, il risque de priver d'effet la procédure de clémence, mise en place par la loi NRE, qui permet à l'entreprise ou l'organisme qui contribue à établir la réalité de la pratique et

à en identifier les auteurs, de bénéficier d'une exonération totale ou partielle de sanction pécuniaire. La clémence ne joue que pour les personnes morales : on imagine mal un dirigeant reconnaître sa participation à une entente pour le compte de son entreprise si ses aveux l'exposent à une condamnation pénale.

A RETENIR

L'article L. 464-9 du Code de commerce, introduit par l'ordonnance 2008-1161 du 13 novembre 2008 et modifié par la loi Hamon du 17 mars 2014, accroît le dualisme d'autorités de la concurrence en matière de pratiques anticoncurrentielles. Aux termes du texte, le ministre de l'Économie dispose d'un pouvoir d'injonction et de transaction en cas de micro-pratiques anticoncurrentielles. Les pratiques visées par les articles L. 420-1, L. 420-2, L. 420-2-1, L. 420-2-2 ou L. 420-5, qui affectent un marché de dimension locale et ne tombent pas sous le coup des articles 101 et 102 TFUE, relèvent de ce texte, à condition que le chiffre d'affaires annuel réalisé en France par les entreprises en cause ne dépasse pas 50 millions d'euro pour chacune d'elles, et que le chiffre d'affaires cumulé ne soit pas supérieur à 200 millions d'euro.

Outre qu'il peut enjoindre aux entreprises de mettre un terme à leurs micro-pratiques anticoncurrentielles, le ministre peut, aux mêmes conditions, leur proposer une transaction. Son montant ne peut excéder 150 000 euro ou 5 % du dernier chiffre d'affaires connu en France, si cette valeur est plus faible. Le ministre ne peut pas prononcer d'injonction ni proposer de transaction si les mêmes faits ont au préalable été examinés par l'Autorité de la concurrence. En revanche, toute action pour les mêmes faits devant l'Autorité de la concurrence est éteinte dès lors que les entreprises ont exécuté les obligations découlant de l'injonction ou de l'acceptation de la transaction.

Le ministre de l'Économie communique, par lettre recommandée avec avis de réception, aux entreprises soupçonnées les faits constatés susceptibles de constituer une infraction. Il joint à cette communication le rapport administratif d'enquête qui établit les infractions alléguées, leur qualification juridique et leur imputabilité. Il précise également les sanctions envisagées - injonction et/ou amende -, à titre de transaction. Le dossier est accessible aux destinataires sous réserve du respect des secrets d'affaires. Les parties disposent d'un délai de deux mois pour présenter leurs observations écrites, voire des observations orales. L'assistance d'un conseil est prévue par le texte (art. R. 464-9-1 C. com.). Le ministre peut soit classer l'affaire, soit prononcer une injonction de cesser l'infraction et/ou indiquer aux entreprises la somme proposée à titre de transaction, par lettre recommandée avec avis de réception. La décision précise pour chaque entreprise concernée les délais d'exécution de l'injonction et de paiement de la somme proposée à titre de transaction. L'Autorité de la concurrence est informée des injonctions prononcées et transactions passées. Si dans le délai d'un mois qui suit la notification de cette décision, l'entreprise ne l'a pas contresignée pour acceptation, elle est réputée avoir refusé la transaction et d'exécuter l'injonction (art. R. 464-9-2 C. com.). Ce refus implique la saisine de l'Autorité de la concurrence (art. R. 464-9-3 C. com.). Le président de l'Autorité de la concurrence ou un vice-président qu'il a désigné peut adopter seul la décision (art. L. 461-3 C. com.).

A RETENIR

L'Autorité de la concurrence constitue une autorité administrative indépendante. Aussi, l'ordonnance de 1986 prévoyait-elle initialement que les recours contre ses décisions relèveraient de l'ordre administratif. Cependant, dans un souci d'harmonisation des règles de procédure, le législateur a transféré l'ensemble du contentieux de la concurrence à l'ordre judiciaire. Ce texte n'a toutefois pas totalement résolu la question de la répartition de compétences entre ordre judiciaire et ordre administratif.

En effet, l'article L. 410-1, qui définit le champ d'application des règles de concurrence, prévoit l'application de ces règles aux personnes publiques, notamment dans le cadre de conventions de délégation de services publics, dès lors qu'elles exercent une activité de production, de distribution ou de services. Mais le contrôle de validité des actes administratifs relève en principe des juridictions administratives.

Saisi à multiples reprises, le Tribunal des conflits applique en la matière les règles traditionnelles de répartition de compétence entre ordres juridictionnels. Il considère ainsi que l'Autorité de la concurrence ne peut connaître que de la validité des actes ne mettant pas en cause l'exercice de prérogatives de puissance publique.

Dans un premier temps, le Conseil d'État s'est montré très réticent à appliquer les règles de concurrence, au motif que l'organisation d'un service public ne pouvait constituer une activité de production, de distribution ou de services au sens de ce texte. Puis, opérant un revirement, il a accepté, sur renvoi préjudiciel d'une juridiction judiciaire, d'examiner, tant au regard des dispositions internes que du TFUE, la validité :

- d'un contrat de concession de service public ;
- de la passation d'un marché public ;
- d'un acte réglementaire, tel qu'un décret ou un arrêté ;
- de mesures de police en matière d'affichage publicitaire.

Toutefois, cette compétence concurrente crée un risque d'interprétation divergente entre le Conseil d'État et les autorités chargées de l'application du droit de la concurrence, à savoir, l'Autorité de la concurrence et, en cas de recours, la Cour d'appel de Paris et la Cour de cassation. Ce risque oblige à une coopération entre les juridictions compétentes. Aussi, le Conseil d'État se fonde-t-il sur l'article L. 462-3 du Code de commerce, pour consulter l'Autorité de la concurrence en vue d'obtenir des éléments d'appréciation pour l'application des règles de concurrence. À l'inverse, le Tribunal des conflits réserve la possibilité, lorsque les autorités de concurrence sont compétentes, de poser des questions préjudicielles à l'autorité administrative sur l'appréciation de la légalité des actes administratifs.

PLAN

Nous examinerons successivement, en suivant le déroulement de la procédure administrative :

- l'enquête (Chapitre 1) ;
- la procédure devant l'Autorité de la concurrence (Chapitre 2) ;

- les voies de recours (Chapitre 3) ;
- les sanctions civiles (Chapitre 4) ;
- les sanctions pénales (Chapitre 5).

CHAPITRE I Enquête

SECTION 1

Règles communes

I. Conditions d'ouverture

- A. Pouvoir spécial ou général d'enquête
- B. Demande d'enquête
- C. Opportunité de l'enquête
- D. Fonctionnaires habilités
- E. Administration de la preuve
- F. Délit d'opposition

II. Procès-verbal

- A. Obligation générale
- B. Rapport d'enquête
- C. Mentions
- D. Formalisme

III. Collaboration des entreprises

IV. Droits de la défense

- A. Principe du contradictoire
- B. Obligation de loyauté
- C. Secret professionnel
- D. Droit à l'assistance d'un conseil
- E. Droit d'accès au dossier

SECTION 2

Enquête simple

I. Objet de l'enquête

- A. Obligation de communication
- B. Preuve de la communication

II. Pouvoirs des enquêteurs

- A. Mandat spécial
- B. Communication de pièces
- C. Accès aux locaux
- D. Auditions
- E. Expertise

III. Voies de recours

SECTION 3**Enquête lourde****I. Demande d'autorisation judiciaire**

- A. Personnes habilitées
- B. Ministère d'avocat
- C. Contenu de la demande

II. Ordonnance d'autorisation judiciaire

- A. Bien-fondé de la demande
- B. Conditions de validité
- C. Objet de l'enquête
- D. Portée de l'autorisation
- E. Exécution de l'autorisation de visite et de saisie

III. Visites et saisies

- A. Officiers de police judiciaire
- B. Pouvoirs des enquêteurs
- C. Commissions rogatoires
- D. Contrôles de régularité
- E. Assistance des autorités européennes ou nationales

CHAPITRE | Enquête

PLAN

Nous examinerons successivement :

- les règles communes applicables à tous les types d'enquêtes ;
- les règles applicables en cas d'enquête simple ;
- les règles applicables en cas d'enquête lourde.

SECTION 1 RÈGLES COMMUNES

PLAN

Parmi les règles communes applicables à tous les types d'enquête, seront envisagées :

- les conditions d'ouverture de l'enquête ;
- le procès-verbal ;
- l'obligation de collaboration des entreprises ;
- les droits de la défense.

I. Conditions d'ouverture

PLAN

Seront successivement examinés :

- la portée du pouvoir d'enquête ;
- la demande d'enquête ;
- le principe d'opportunité de l'enquête ;
- les fonctionnaires habilités ;
- l'administration de la preuve ;
- le délit d'opposition.

A. Pouvoir spécial ou général d'enquête

A RETENIR

Les enquêtes nécessaires à la mise en œuvre des règles de concurrence sont menées soit par les agents des services d'instruction de l'Autorité de la concurrence habilités à cet effet par le rapporteur général, soit par des fonctionnaires habilités par le ministre de l'Économie (art. L. 450-1 C. com.). La compétence des agents de l'Autorité de la concurrence est limitée aux pratiques anticoncurrentielles et au contrôle des concentrations. Les fonctionnaires habilités par le ministre de l'Économie ont une compétence élargie puisque celui-ci dispose d'un pouvoir général d'enquête qui comprend l'ensemble des règles de concurrence : pratiques anticoncurrentielles, contrôle des concentrations, transparence tarifaire, pratiques restrictives, etc.

Enfin, des fonctionnaires de catégorie A des services d'instruction de l'Autorité de la

concurrence ou des fonctionnaires de même catégorie relevant du ministre de l'Économie, spécialement habilités à cet effet par le ministre de la Justice, sur proposition du ministre de l'Économie, peuvent recevoir des juges d'instruction des commissions rogatoires. Les agents et fonctionnaires habilités exercent leurs pouvoirs d'enquête sur l'ensemble du territoire national (art. L. 450-1 in fine). Ces agents agissent donc soit dans l'ensemble du département où ils exercent leurs fonctions, soit, lorsqu'il est plus étendu, dans le ressort territorial du service auquel ils sont affectés, soit sur tout le territoire national.

Les pouvoirs d'enquête des enquêteurs dépendent du cadre légal dans lequel ils opèrent. Ainsi, l'article L. 450-3 définit limitativement les investigations auxquelles ils peuvent procéder sans intrusion ni recherche forcée dans les locaux professionnels des particuliers ou des entreprises. Si une visite des locaux ou une saisie de documents s'avère nécessaire, une autorisation judiciaire préalable doit être demandée en application de l'article L. 450-4.

Le règlement 1-2003 du 16 décembre 2002 a mis sur pied un régime de compétences parallèles par lequel toutes les autorités nationales de concurrence sont habilitées à appliquer les articles 101 et 102 TFUE. Une autorité nationale de concurrence peut, selon l'article 22 du règlement, demander à une autre autorité nationale de concurrence de lui prêter assistance en vue de recueillir des informations ou d'exécuter des mesures d'enquête en son nom et pour son compte. À cette fin, l'ordonnance du 4 novembre 2004 portant adaptation de certaines dispositions du Code de commerce au droit européen de la concurrence a complété l'article L. 450-1. Celui-ci prévoit que lorsque les enquêtes sont menées au nom et pour le compte de l'autorité de concurrence d'un autre État membre, le rapporteur général de l'Autorité de la concurrence autorise des agents de cette autorité à assister ses agents.

B. Demande d'enquête

A RETENIR

L'initiative de l'enquête appartient concurremment à l'Autorité de la concurrence et au ministre de l'Économie et/ou au directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes sur indices de pratiques illicites ou de plaintes.

Le rapporteur général de l'Autorité de la concurrence doit être informé, avant leur déclenchement, des investigations concernant des cas d'ententes ou d'abus de domination que les services du ministre souhaitent mettre en œuvre et peut en prendre la direction. Les services du ministre sont, en outre, tenus d'informer, sans délai, du résultat de leurs investigations le rapporteur général qui peut proposer à l'Autorité de se saisir d'office. L'Administration peut également procéder à des enquêtes complémentaires sur demande de la Cour d'appel de Paris, saisie d'un recours contre une décision de l'Autorité de la concurrence. Le cadre général de la demande d'enquête ne fait pas obstacle à sa validité. La Cour de cassation estime que la demande d'enquête qui vise la recherche de la preuve d'une infraction à l'article L. 420-1 sur un marché déterminé n'est pas limitée à l'article L. 450-4 (enquête lourde) mais répond aux prescriptions de l'article L. 450-3 (enquête simple). En revanche, le ministre de l'Économie ne peut procéder à des enquêtes pos-

tériurement à la décision de l'Autorité de la concurrence portant sur le fond du débat porté devant la cour d'appel.

C. Opportunité de l'enquête

A RETENIR

Les services d'instruction de l'Autorité de la concurrence comme les services du ministre de l'Économie disposent du pouvoir discrétionnaire d'engager une procédure d'enquête.

Aucune disposition législative ou réglementaire ne leur impose de justifier leur décision d'ouverture d'une enquête. Le principe de l'opportunité d'enquêter, d'abord limité aux investigations menées dans le cadre de l'article L. 450-3, a été étendu, par la suite, aux visites et saisies de l'article L. 450-4. Cette solution a été dégagée par la jurisprudence afin de mettre un terme aux demandes des entreprises visant à la communication de notes internes de l'Administration, au motif qu'elles bénéficient d'un droit d'accès aux pièces sur lesquelles le juge s'est fondé pour autoriser l'enquête. L'opportunité des poursuites reçoit une consécration particulière au travers de l'ordonnance du 13 novembre 2008. Le texte confère au rapporteur général le pouvoir de prendre la direction des enquêtes initiées par les services du ministre de l'Économie ou de proposer à l'Autorité de la concurrence de se saisir d'office eu égard aux résultats des investigations menées par la direction de la concurrence. Enfin, à l'instar du droit européen, l'Autorité de la concurrence a le libre choix de la mesure d'investigation. L'Administration n'a ainsi pas à rendre compte de son choix de recourir à la procédure de l'article L. 450-4 du Code de commerce qui n'a pas un caractère subsidiaire par rapport aux autres procédures qui peuvent être utilisées et dont le déroulement est de nature à assurer la préservation des preuves. Néanmoins, l'absence totale de traces écrites de la pratique recherchée et l'urgence d'éviter le dépérissement des preuves peuvent toujours être invoquées pour justifier le recours à l'enquête lourde plutôt qu'à l'enquête simple.

D. Fonctionnaires habilités

A RETENIR

Les agents de la Direction de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes sont habilités, en application de l'article L. 450-1, à procéder aux enquêtes de concurrence. Néanmoins, seuls des fonctionnaires de catégorie A et de catégorie B sont habilités à procéder aux visites et saisies prévues par l'article L. 450-4 du Code de commerce (C. com., art. A. 450-2).

De même, en vertu de l'article L. 450-1, II bis, seuls des fonctionnaires de catégorie A spécialement habilités à cet effet par le ministre de la Justice, sur la proposition, selon le cas, du ministre chargé de l'Économie ou du rapporteur général de l'Autorité de la concurrence, peuvent recevoir des commissions rogatoires des juges d'instruction. Enfin, depuis l'arrêté du 18 mars 2015, tant les agents de catégorie B que ceux de catégorie A peuvent effectuer les visites et saisies de l'article L. 450-4 pour la recherche des infractions aux règles françaises ou européennes de concurrence (art. L. 490-9 et A. 450-3).

L'exigence selon laquelle les fonctionnaires désignés pour pratiquer une visite domiciliaire sont choisis parmi les agents enquêteurs habilités, selon les prescriptions de l'article L. 450-1, ne concerne pas le chef de service sous l'autorité administrative duquel ils sont placés et dont le rôle n'est pas de procéder lui-même aux opérations de visite. Le juge peut autoriser des agents de l'Administration autres que ceux qui présentent la demande à procéder aux investigations dès lors qu'ils sont habilités. Il peut en outre déléguer au chef de service ayant sollicité l'autorisation d'effectuer une enquête le soin de désigner les agents habilités placés sous son autorité qui exécuteront les visites. Enfin, bien qu'ils doivent être habilités, aucune disposition législative ou réglementaire n'impose aux enquêteurs de produire une habilitation nominative lorsqu'ils se présentent dans les locaux de l'entreprise.

Les enquêteurs doivent mener les opérations d'investigation de manière impartiale et objective. L'intervention volontaire du ministre de l'Économie devant un tribunal de grande instance en faveur de la victime de pratiques anticoncurrentielles ne remet pas en cause l'impartialité de l'enquête.

L'article L. 450-3-1 autorise, depuis l'entrée en vigueur de la loi Hamon, les agents habilités à relever l'identité de la personne qu'ils contrôlent. En cas de refus, ou si cette personne est dans l'incapacité de prouver son identité, les agents en rendent compte à tout officier de police judiciaire territorialement compétent, qui peut alors procéder à une vérification d'identité dans les conditions prévues à l'article 78-3 du Code de procédure pénale. Les agents habilités peuvent également recourir à toute personne qualifiée, désignée par l'autorité administrative dont ils dépendent, qui peut les accompagner lors de leurs contrôles et prendre connaissance de tout document ou élément nécessaire à la réalisation de sa mission ou de son expertise. Cependant, cette personne ne peut ni utiliser les informations dont elle prend connaissance à cette occasion pour la mise en œuvre des pouvoirs de contrôle dont elle dispose, le cas échéant, en vertu d'autres dispositions législatives ou réglementaires, ni divulguer les informations dont elle a eu connaissance dans ce cadre.

E. Administration de la preuve

A RETENIR

L'enquête a pour objet la recherche des preuves. Les divers documents, constatations et pièces récoltés au cours de ces investigations constituent dans la grande majorité des cas les éléments permettant d'établir des comportements anticoncurrentiels que l'Autorité de la concurrence utilise.

Toutefois, celle-ci s'estime libre d'administrer la preuve en se fondant sur tout élément objectif, dont la valeur probante relève de son appréciation.

La preuve peut être administrée au moyen de documents qui établissent à suffisance la pratique anticoncurrentielle. D'autres moyens de preuve peuvent être retenus : un constat d'huissier annexé à une plainte pénale, des enregistrements téléphoniques... L'Autorité peut aussi se référer à un faisceau d'indices graves, précis et concordants. La preuve résulte alors de la concordance de ces indices, peu important la valeur de chacun pris

isolément. L'exigence de la concordance des indices exclut de retenir des témoignages dont la valeur probante est incertaine en raison de leur contradiction.

F. Délit d'opposition

A RETENIR

Les personnes physiques ou morales concernées doivent se soumettre à l'enquête sous peine de sanctions pénales. En effet, quiconque s'oppose de quelque façon que ce soit à l'exercice des fonctions des agents enquêteurs est passible d'un emprisonnement de deux ans et d'une amende de 300 000 euro ou de l'une de ces deux peines seulement (art. L. 450-8 C. com.).

Le délit d'opposition à enquête peut être diversement caractérisé. La personne enquêtée peut avoir refusé de rester dans l'entreprise et de désigner un représentant pour faire obstacle au droit de visite des enquêteurs qui ne peuvent exercer ce droit qu'en présence de l'occupant des lieux ou de son représentant ou de se rendre, sur convocation, dans les locaux de la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF) pour procéder à la vérification des factures qui n'avaient pu être présentées sur place. Le délit d'opposition est également constitué lorsque le responsable d'une entreprise pose des conditions à la communication de documents, objet du contrôle, alors qu'il les a en sa possession ou lorsque les documents ne sont pas communiqués dans leur intégralité. En revanche, il ne peut être fait grief à un gérant succursaliste de ne pas avoir obtenu les documents sollicités par les agents enquêteurs et conservés au siège social, auquel il les a réclamés en vain. L'opposition à une enquête ne peut être justifiée par de prétendues irrégularités de l'ordonnance ayant autorisé la visite et la saisie. Les agents habilités sont en effet réputés agir dans les conditions prévues par la loi ; tout obstacle posé à l'exercice de leur fonction constitue donc le délit d'opposition réprimé par l'article L. 450-8. Le délit d'opposition peut être constaté par tout agent habilité au sens de l'article L. 450-1 du Code de commerce.

II. Procès-verbal

PLAN

Nous évoquerons successivement :

- l'obligation générale de dresser procès-verbal ;
- le rapport d'enquête ;
- les mentions obligatoires ;
- le formalisme du procès-verbal.

A. Obligation générale

A RETENIR

Les enquêtes donnent lieu à l'établissement de procès-verbaux et, le cas échéant, de rapports. Les procès-verbaux sont transmis à l'autorité compétente. Jusqu'à la loi Hamon du 17 mars 2014, les parties intéressées en obtenaient un double. Désormais, elles ne s'en font transmettre qu'une copie. Ils font foi jusqu'à preuve du contraire (art.

L. 450-2].

Cette dernière précision souligne l'importance du contenu du procès-verbal et justifie le formalisme auquel le Code de commerce soumet leur rédaction. Il ne peut être dérogé à l'obligation de dresser un procès-verbal pour chaque acte d'enquête, même si la rédaction d'un procès-verbal commun à deux entreprises visitées ne porte pas atteinte aux droits de la défense dès lors qu'elles appartiennent au même groupe. Toutefois, le non-respect des formalités prévues aux articles R. 450-1 et R. 450-2 produit des conséquences limitées. En effet, la nullité du procès-verbal peut être prononcée, mais n'implique pas celle de l'ensemble de la procédure. Les procès-verbaux sont alors écartés du dossier, car ils ne permettent pas de vérifier la régularité des opérations menées par les enquêteurs et le respect des droits des entreprises. L'absence de procès-verbal régulier en la forme n'empêche pas le juge de se prononcer sur l'infraction économique en cause, au vu des éléments du dossier soumis au débat contradictoire.

Les prescriptions relatives à la rédaction et au contenu des procès-verbaux diffèrent selon qu'il s'agit d'une enquête simple (art. R. 450-1 C. com.) ou d'une visite et saisie (art. R. 450-2 C. com.).

B. Rapport d'enquête

L'article L. 450-2 prévoit la rédaction, le cas échéant, d'un rapport d'enquête. Ce rapport est facultatif. Il est donc dépourvu de force probante.

C. Mentions

A RETENIR

Les procès-verbaux prévus à l'article L. 450-2 du Code de commerce énoncent la nature, la date et le lieu des constatations ou des contrôles effectués. Ces mentions ne sont pas édictées à peine de nullité.

La Cour d'appel de Paris estime qu'il est suffisant de mentionner le fait que des personnes aient été entendues, leur qualité et l'adresse des bureaux où l'audition s'est déroulée. En revanche, il ne résulte d'aucune disposition légale que le procès-verbal doit spécifier les bureaux précis dans lesquels des documents saisis ont été découverts. Les questions posées aux personnes interrogées n'ont pas à être portées sur le procès-verbal contrairement aux dispositions de l'article 429 du Code de procédure pénale. Selon l'Autorité de la concurrence, l'entrée en vigueur de ce texte n'a pas eu pour effet de modifier les règles spécifiques applicables aux procès-verbaux dressés en application des articles L. 450-2 et L. 450-3 du Code de commerce. Le nom des personnes ayant remis les documents et les conditions de cette remise doivent en revanche être indiqués. Cette obligation ne concerne pas les documents librement accessibles au public. Enfin, lorsque les enquêteurs sont assistés d'un agent d'une autorité de concurrence d'un autre État membre de l'Union européenne, les procès-verbaux en font mention. Ils indiquent l'identité de cet agent et la date de la décision l'autorisant à assister les enquêteurs (art. R. 450-1 C. com.). En revanche, l'habilitation de l'enquêteur par le ministre n'a pas à être mentionnée.

Les procès-verbaux prévus à l'article L. 450-4 relatent le déroulement de l'enquête et consignent les constatations effectuées. L'inventaire des pièces et documents saisis est annexé au procès-verbal. Aucune disposition n'impose cependant que le procès-verbal comporte des mentions précisant la liste des documents demandés par les enquêteurs ou indiquant que les enquêteurs auraient demandé de façon précise des livres, factures et autres documents professionnels. Il n'est pas non plus imposé de mentionner les éventuelles réserves émises par l'occupant des lieux lors des opérations de visite et saisies. Même si le procès-verbal ne constitue pas un acte dont la rédaction est soumise au principe du contradictoire, l'occupant des lieux a néanmoins la faculté de porter ses observations en annexe.

D. Formalisme

A RETENIR

Dans tous les cas, l'article L. 450-2 prévoit la remise d'une copie du procès-verbal aux parties intéressées. Toutefois, aucune disposition ne prescrit la mention de cette remise sur le procès-verbal, ni ne sanctionne son absence.

Cette mention ne constitue qu'un élément de preuve pour le cas où l'intéressé contesterait la remise effective. En cas de contestation, lorsqu'il n'est pas établi qu'une copie a été remise ou que cette mention n'apparaît pas sur le procès-verbal, celui-ci sera écarté du dossier. Les procès-verbaux doivent être signés de l'enquêteur et de la personne concernée par les investigations. En cas de refus, mention en est faite sur l'acte. Il n'est plus exigé que les procès-verbaux d'une enquête visée par l'article L. 450-3 soient rédigés dans le plus court délai, dont le point de départ était fixé à la date de l'accomplissement de la dernière diligence utile à l'enquête.

Les procès-verbaux prévus à l'article L. 450-4 sont dressés sur-le-champ. Les signatures de l'occupant des lieux ou de son représentant ou, en leur absence, des deux témoins visés au 7^e alinéa de l'article L. 450-4, des enquêteurs et de l'officier de police judiciaire doivent y figurer. Il n'est cependant pas nécessaire que le procès-verbal soit signé par la personne ayant assisté aux investigations, lorsqu'il revêt la signature de l'enquêteur et de l'occupant des lieux ou que le signataire a été présent dès le début des opérations. Les pièces et documents ne peuvent être opposés aux intéressés qu'après leur restitution ou lorsqu'ils ont été en mesure d'en prendre connaissance (C. com., art. R. 450-2).

III. Collaboration des entreprises

À l'instar du droit européen, le droit français impose désormais expressément une obligation de coopération aux entreprises soumises à enquête. L'article L. 464-2 du Code de commerce a été complété en ce sens par l'ordonnance du 13 novembre 2008.

A RETENIR

L'entreprise doit déférer aux convocations ou demandes de renseignements ou communication de pièces qui lui sont adressées par les agents habilités. Dans le cas contraire, le rapporteur général peut demander à l'Autorité de la concurrence de prononcer une injonction sous astreinte dans la limite de 5 % du chiffre d'affaires journalier.

lier moyen, par jour de retard à compter de la date qu'elle fixe.

Les entreprises doivent également se soumettre aux opérations d'enquête. L'obstruction à l'investigation ou l'instruction est punie d'une sanction pécuniaire qui peut s'élever à 1 % du chiffre d'affaires mondial hors taxe le plus élevé réalisé au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre.

Les rapporteurs ne sont pas tenus de faire mention de ces sanctions dans leurs demandes de renseignements ou de mettre l'entreprise en demeure de s'exécuter avant d'engager des poursuites. Selon le texte, l'obstruction vise notamment la fourniture de renseignements inexacts ou incomplets ou la communication de pièces incomplètes ou dénaturées. En droit européen, tout renseignement qui donne de la situation sur laquelle porte la question une image déformée qui s'écarte considérablement de la réalité sur des points importants, notamment un renseignement faux ou à tel point incomplet que la réponse dans son ensemble est de nature à induire en erreur sur la situation véritable, est inexact. L'Autorité de la concurrence a estimé que l'obstruction, dont les formes ne sont pas limitativement définies par le V de l'article L. 464-2 du Code de commerce, couvre tout comportement de l'entreprise tendant, de propos délibéré ou par négligence, à faire obstacle ou à retarder, par quelque moyen que ce soit, le déroulement de l'enquête ou de l'instruction et peut viser le refus de communiquer les renseignements ou les documents demandés dans le délai prescrit l'omission de rectifier une réponse incorrecte ou incomplète (Aut. conc., 21 déc. 2017, n° 17-D-27, Brenntag, LawLex172124), le bris de scellés ou encore l'altération de la réception de courriels au cours des opérations (Aut. conc., 22 mai 2019, n° 19-D09, Groupe Akka, LawLex19669).

IV. Droits de la défense

PLAN

Les entreprises peuvent invoquer les droits de la défense suivants :

- le principe du contradictoire ;
- l'obligation de loyauté ;
- le secret professionnel ;
- le droit à l'assistance d'un conseil ;
- le droit d'accès au dossier.

A. Principe du contradictoire

A RETENIR

Le respect du principe du contradictoire doit être assuré lors de l'instruction et de la procédure devant l'Autorité de la concurrence, sous réserve des dispositions de l'article L. 463-4 relatives au secret des affaires. L'enquête administrative n'est pas soumise à ce principe, car la recherche de la preuve d'infractions présumées ne préjuge pas de la culpabilité des entreprises. En outre, que les opérations soient menées dans le cadre de l'article L. 450-3 (enquête simple) ou de l'article L. 450-4 (enquête lourde), le formalisme imposé par le Code de commerce tend à garantir les droits des entreprises

soumises à enquête, notamment en écartant du dossier ou des débats les pièces ou documents irrégulièrement obtenus.

Toutefois, eu égard aux pouvoirs d'enquête de l'Administration, la question se pose de savoir si les entreprises peuvent bénéficier de droits de la défense au cours de cette phase de la procédure. Il faut rappeler que le déclenchement de l'enquête relève du pouvoir discrétionnaire de l'Autorité de la concurrence ou de la DGCCRF. Les mesures de visite ou de saisie sont toutefois subordonnées à autorisation et contrôle judiciaires. Dans tous les cas, l'Administration peut procéder à la recherche et la vérification des pratiques incriminées sans communication préalable du dossier de la procédure aux personnes entendues. **Il suffit pour considérer que le principe du contradictoire a été respecté au cours de l'enquête préalable que les parties soient à même de présenter des observations en temps utile à la notification des griefs et au rapport, ainsi que devant l'Autorité de la concurrence.** Le fait qu'elles n'aient pas été entendues durant la phase d'enquête n'a aucune incidence sur la régularité de la procédure. De même, les documents régulièrement saisis sont opposables à l'entreprise en cause, même s'ils émanent de tiers. Enfin, il importe peu que les enquêteurs ou le rapporteur n'aient pas confronté les responsables d'entreprises impliquées avec les auteurs de déclarations les mettant en cause ou ne les aient pas interrogés sur les pièces appréhendées chez des tiers. L'Administration peut également se fonder sur des documents anonymisés qui émanent d'une procédure de clémence, sans violer le principe du contradictoire, inapplicable à ce stade. En revanche, le juge des libertés et de la détention doit vérifier l'existence d'indices de pratiques anticoncurrentielles sur le seul fondement d'éléments qui seront ensuite soumis au débat contradictoire et non de pièces partiellement ou totalement occultées que lui seul a pu consulter en version originale. A défaut, l'ordonnance d'autorisation doit être annulée et les opérations correspondantes invalidées, avec interdiction pour l'Autorité de la concurrence d'utiliser par la suite le procès-verbal ou les pièces saisies.

B. Obligation de loyauté

A RETENIR

L'enquête préalable ne doit pas compromettre irrémédiablement les droits de la défense. Aussi, les enquêteurs sont-ils soumis à une obligation de loyauté dans la recherche de la preuve. À cette fin, ils doivent clairement informer les entreprises de l'objet de leur enquête.

En effet, quel que soit le cadre légal (art. L. 450-3 ou L. 450-4), les personnes interrogées ne peuvent être conduites à faire des déclarations sur la portée desquelles elles se méprendraient et qui pourraient être utilisées contre elles. Cette jurisprudence s'inspire du **droit de ne pas témoigner contre soi-même** ou de ne pas s'avouer coupable contenu dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Ainsi, la reconnaissance par une personne de sa participation à une pratique anticoncurrentielle est dépourvue de portée si l'objet de l'enquête ne lui a pas clairement été communiqué. Il faut et il suffit que l'objet de la saisine soit communiqué pour que l'obligation de loyauté soit remplie.

EXEMPLES

Que peuvent faire les enquêteurs dans le respect du principe de loyauté ?

- poser les mêmes questions à tous les acteurs du secteur et de communiquer les réponses de tiers ou de transmettre la lettre de saisine du ministre préalablement à une audition ;
- demander des explications au responsable d'une entreprise sur les mots «ententes majors» figurant, barrés, sur une feuille de tableau papier saisie dans ses locaux sans pour autant le contraindre à s'auto-incriminer ;
- utiliser des documents spontanément communiqués ;
- entendre la personne soupçonnée d'infraction, la demande d'explications au cours de l'enquête ne pouvant être assimilée à un interrogatoire ;
- entendre des personnes à titre de témoins, et non comme accusées d'une infraction, sans que l'objet de l'enquête leur soit indiqué ;
- demander la communication de documents au cours de leurs investigations, dès lors que la demande de communication n'est ni générale ni imprécise et qu'elle identifie les documents visés et la période considérée ;
- rappeler à l'entreprise son obligation de coopération renforcée en sa qualité de demandeur de clémence même si celle-ci est en même temps l'objet d'une autre instruction dans le cadre d'une procédure jointe, dès lors que ce rappel se rapporte très spécifiquement et sans ambiguïté aux seules pratiques révélées à l'occasion de sa demande de clémence.

L'Autorité de la concurrence, avec l'approbation de la Cour d'appel de Paris, a d'abord affirmé que l'obligation de loyauté dans la recherche de la preuve ne concernant que les enquêteurs ou le rapporteur, les parties saisissantes ou mises en cause en application du principe de liberté de la preuve énoncé à l'article 427 du Code de procédure pénale, pouvaient user de tous moyens pour étayer les faits qu'elles dénoncent ou défendent, sous le contrôle de l'Autorité et des juridictions appelées à statuer sur sa décision. Toutefois, une telle position ne correspondait pas à la jurisprudence commerciale qui écarte les preuves obtenues par voie d'**enregistrement clandestin** en raison de leur obtention déloyale. La Cour de cassation a étendu cette jurisprudence au droit des pratiques anticoncurrentielles en cassant l'arrêt de la cour d'appel : des enregistrements de communication téléphoniques obtenus de façon déloyale ne peuvent être retenus à titre de preuve et le fait qu'ils aient été soumis à la contradiction ne les rend pas recevables.

La Cour d'appel de Paris ayant, sur renvoi, maintenu que les enregistrements recueillis à l'insu des interlocuteurs peuvent servir de preuve dès lors que le procédé n'a porté atteinte ni au droit à un procès équitable, ni au principe du contradictoire, ni aux droits de la défense de ceux auxquels ils sont opposés, l'Assemblée plénière a finalement considéré que, conformément aux règles du Code de procédure civile, l'enregistrement d'une communication téléphonique réalisé à l'insu de l'auteur des propos tenus constituait un procédé déloyal rendant irrecevable sa production à titre de preuve (Ass. plén., 7 janv

2011, Philips, LawLex1131).

Ces solutions tranchent avec celles retenues en droit européen : le Tribunal de l'Union estime en effet que l'utilisation en tant que moyen de preuve d'un enregistrement illégal ne se heurte pas en soi au principe d'équité consacré par l'article 6, paragraphe 1, de la CEDH, y compris lorsque cet élément de preuve a été obtenu en violation des exigences de l'article 8 de la CEDH, lorsque la partie en cause n'a été privée ni d'un procès équitable, ni de ses droits de la défense et que cet élément n'a pas constitué le seul moyen de preuve retenu pour motiver la condamnation. En revanche, la retranscription d'un message téléphonique laissé sur le répondeur d'une entreprise n'a pas été qualifié de procédé de preuve déloyal par la Cour d'appel de Paris. Par ailleurs, une ordonnance d'autorisation doit être annulée lorsqu'elle repose sur des données informatiques volées ou sur des pièces communiquées en exécution d'ordonnances ultérieurement rétractées et obtenues de manière déloyale.

C. Secret professionnel

A RETENIR

Il faut distinguer entre les informations particulièrement sensibles pour l'entreprise, couvertes par le secret d'affaires, et les renseignements confidentiels en raison de leur source, couverts par le secret professionnel. Tel est le cas de la correspondance entre un avocat et son client.

Il est, en effet, traditionnellement reconnu qu'un justiciable doit avoir la possibilité de s'adresser en toute liberté à son conseil. La Cour d'appel de Paris, tentant de définir le principe du secret de cette correspondance («*legal privilege*»), a souligné que l'activité de consultation, antérieure à l'ouverture de l'enquête et à la saisine de l'Autorité de la concurrence, est protégée par le secret professionnel, dès lors qu'elle se rapporte directement aux pratiques sanctionnées. Selon la Cour, seules sont couvertes par le secret les correspondances échangées entre le client et son avocat ou entre l'avocat et ses confrères et non celles échangées entre un avocat et un expert-comptable ou directement adressées à la partie adverse. De même, il ne suffit pas de mettre un avocat en copie jointe des échanges électroniques entre deux correspondants pour les faire bénéficier de la protection des correspondances avocat-client. En revanche, un courriel entre deux juristes d'entreprise peut bénéficier du *legal privilege* même s'il n'émane pas ou n'est pas adressé à l'avocat de celle-ci, dès lors qu'il reprend une stratégie de défense mise en place par ce dernier.

La Cour de cassation, sans remettre en cause la protection du secret des correspondances avocat-client, a restreint l'étendue de la sanction. Elle a considéré que la nullité doit être limitée par les éléments objectifs retenus par ailleurs par l'Autorité, alors que la cour d'appel avait jugé que la violation du secret impliquait, soit la nullité de l'ensemble de la procédure eu égard au caractère essentiel de la pièce dans la poursuite des pratiques en cause, soit la nullité de la partie de la décision relative au grief concerné par la correspondance. La seule saisie de documents couverts par le secret des correspondances avocat/client suffit à caractériser une violation des droits de la défense. Elle n'entraîne qu'une nullité partielle qui n'atteint pas les autres saisies effectuées par l'Administration. Après

l'annulation de la saisie de ces documents, le premier président ne peut pas imposer à l'Autorité de la concurrence de désigner un nouveau rapporteur pour garantir l'impartialité de l'instruction.

Le secret professionnel recouvre également le secret des sources journalistiques. Néanmoins, un fournisseur d'accès à internet, en sa qualité d'entreprise de communication, ne peut prétendre, lorsqu'il est soumis à une enquête diligentée en vertu de l'article L. 450-4 du Code de commerce, aux garanties procédurales prévues par l'article 56-2 du Code de procédure pénale relatif aux perquisitions dans les locaux d'une entreprise de presse, dès lors que celles-ci ne s'appliquent pas aux enquêtes administratives. La Cour d'appel de Paris estime que l'article 56-3 du Code de procédure pénale, qui prévoit la présence obligatoire d'un magistrat lors d'une perquisition pénale dans le cabinet d'un notaire n'est pas applicable aux enquêtes de concurrence. Par ailleurs, le juge considère que des perquisitions effectuées dans les locaux du Conseil supérieur du notariat ne portent pas atteinte au secret professionnel des notaires, dès lors que ces locaux ne sont pas en eux-mêmes le siège d'une activité notariale.

D. Droit à l'assistance d'un conseil

A RETENIR

Jusqu'à l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 13 novembre 2008, l'assistance d'un conseil n'était pas prévue par les textes lors de l'exécution des opérations de visites et saisies. Celles-ci devant se dérouler rapidement, seule la présence de l'occupant des lieux ou de son représentant était requise. En règle générale, il était d'usage que les enquêteurs acceptent la présence des avocats de l'entreprise lors des opérations d'investigation. Il n'était pas non plus obligatoire d'avertir les personnes entendues de la possibilité de se faire assister d'un conseil. L'article L. 450-4, alinéa 5, mentionne depuis la faculté d'être assisté d'un conseil dans l'ordonnance d'autorisation.

Il suffit que cette mention figure dans l'ordonnance : l'Autorité de la concurrence n'est pas tenue de rappeler oralement la faculté de se faire assister d'un conseil. Selon la Cour de cassation, les prescriptions du texte sont respectées dès lors que le procès-verbal mentionne que l'entreprise a verbalement été avisée de la possibilité de faire appel au conseil de son choix.

L'exercice de cette faculté n'implique pas la suspension des opérations de visite et saisies en l'absence du conseil. En revanche, les enquêteurs ne peuvent refuser d'autoriser l'entreprise à se faire assister d'un avocat. Ce refus constitue une violation du principe des droits de la défense tel que consacré par la Cour européenne des droits de l'Homme, même sous l'empire de l'article L. 450-4, dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance du 13 novembre 2008.

Les opérations de visites et saisies doivent être annulées lorsque les agents de l'Administration ont fait obstacle à la présence des avocats des entreprises visitées. Le principe du droit à une assistance juridique est violé lorsque l'avocat se voit interdire d'accéder aux bureaux visités et de prendre la parole ou lorsque les agents de l'Administration empêchent l'occupant des lieux de communiquer avec ses avocats avant que les bureaux ne soient scellés, mais non lorsqu'il est fait injonction à l'entreprise de se limiter à un seul

avocat par équipe de rapporteurs. De même, les agents de l'Administration ne portent pas atteinte aux droits de la défense lorsqu'ils exigent que l'entreprise qui appelle son avocat mette le début de la communication sur haut-parleur, afin de vérifier l'identité du correspondant. L'avocat peut, comme les représentants de l'entreprise, prendre connaissance des pièces et documents avant leur saisie. La présence du conseil est généralement utile à la préservation du secret de la correspondance avocat/client et au plein exercice par l'avocat de la mission d'assistance qui lui est confiée par la loi. En revanche, sa présence ne peut avoir pour objet de soumettre les saisies effectuées à sa validation.

E. Droit d'accès au dossier

A RETENIR

La Cour de cassation reconnaît le droit pour toute personne intéressée d'avoir accès aux pièces sur lesquelles le juge s'est fondé pour accorder l'autorisation de visite et de saisie. Ce droit d'accès s'applique à toutes les pièces, y compris celles couvertes par le secret des affaires ou l'anonymat, dès lors que l'Administration les produit à l'appui de sa demande d'autorisation et que l'ordonnance fait droit à cette demande en visant et analysant ces pièces.

Celles-ci ne peuvent alors être soustraites à l'examen contradictoire des parties nécessaire à l'exercice du recours qu'elles sont en droit d'intenter contre l'ordonnance autorisant l'enquête. Ce droit légalement reconnu aux parties ne peut être soumis à contestation ; l'organisation matérielle de la communication de ces pièces est une mesure d'administration judiciaire et ne relève pas de la procédure instituée par l'article L. 450-4. Dès lors, le juge ayant autorisé l'enquête ne peut, sans excéder ses pouvoirs, rejeter une requête en communication de pièces produites par l'Administration au soutien de sa demande d'autorisation de visite. Toutefois, lorsque ces pièces ne figurent pas au dossier déposé au greffe de la Cour de cassation, il appartient aux parties de mettre en demeure l'Administration ayant obtenu l'autorisation de leur communiquer ces documents.

SECTION 2

Enquête simple

A RETENIR

L'article L. 450-3 autorise les agents habilités à procéder, sans autorisation judiciaire préalable, à un certain nombre d'investigations limitativement énumérées afin de rechercher et de vérifier l'existence de pratiques contraires aux règles de la concurrence. Ils peuvent ainsi opérer sur la voie publique, accéder à tous lieux utilisés à des fins professionnelles ou d'exécution d'une prestation de services, ainsi qu'à tous moyens de transport à usage professionnel, exiger la communication des livres, factures et autres documents professionnels et en obtenir ou prendre copie par tous moyens et sur tous supports, recueillir sur convocation ou sur place les renseignements et justifications nécessaires au contrôle.

La visite peut avoir lieu de manière inopinée. Aucun mandat spécifiant l'objet de l'enquête n'est nécessaire. Selon le Conseil constitutionnel, l'article L. 450-3 du Code de

commerce ne viole ni le droit au secret des correspondances, ni le respect de la vie privée, ni le principe d'inviolabilité du domicile dès lors qu'il ne permet pas d'obtenir des documents autres que professionnels et ne prévoit pas l'entrée dans des lieux à usage d'habitation.

Au contraire des enquêtes menées dans le cadre de l'article L. 450-4, celles de l'article L. 450-3 ne sont soumises à aucun contrôle a priori, dans la mesure où l'énumération limitative des pouvoirs d'investigation des agents garantit suffisamment les droits des particuliers ou des entreprises suspectés. La loi Hamon du 17 mars 2014 a néanmoins introduit une exception en prévoyant qu'une autorisation judiciaire est requise lorsque les locaux visités sont également à usage d'habitation et que l'occupant s'oppose à la mesure. Dans les autres cas, l'Administration n'a donc pas à produire les notes internes échangées préalablement à l'enquête entre ses services extérieurs et sa direction générale.

PLAN

Nous distinguerons :

- l'objet de l'enquête ;
- les pouvoirs des enquêteurs ;
- les voies de recours.

I. Objet de l'enquête

A. Obligation de communication

A RETENIR

Les enquêteurs sont tenus de faire connaître aux personnes interrogées l'objet de leur enquête de manière suffisamment claire et précise.

En effet, si les agents habilités peuvent procéder aux recherches et vérifications sans communication préalable de la procédure aux personnes concernées, leurs démarches ne doivent pas conduire les personnes entendues à faire, dans l'ignorance de l'objet de l'enquête, des déclarations sur la portée desquelles elles pourraient se méprendre et qui seraient ensuite utilisées contre elles. Une obligation de loyauté doit ainsi présider à la recherche de la preuve en application du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. L'objet de l'enquête n'a pas à être communiqué aux personnes entendues à titre de témoins.

Les enquêtes sont menées à la discrétion de l'Administration qui n'a pas à en indiquer les motifs. Si les enquêteurs sont tenus au respect d'une obligation de loyauté dans la recherche de la preuve, qui leur impose de préciser l'objet de l'enquête, cette obligation n'implique pas que l'autorité prescrivant l'enquête doive au préalable délimiter le cadre de l'enquête, c'est-à-dire le marché sur lequel les investigations pourront porter. Aucune disposition ne soumet la faculté de procéder à une enquête simple à l'obligation de se limiter à un marché préalablement désigné sans pouvoir en modifier l'étendue et une décision antérieure de la Commission ne peut avoir pour effet de limiter le champ des investigations des autorités françaises saisies par le ministre de l'Économie. La qualifica-

tion du marché relève des pouvoirs de l'Autorité de la concurrence et, en cas de recours, de la Cour d'appel de Paris.

B. Preuve de la communication

L'Autorité a d'abord estimé qu'il suffisait que les enquêteurs mentionnent dans le procès-verbal que l'objet de l'enquête a été indiqué aux personnes entendues. La multiplication du contentieux lié à la connaissance de l'objet de l'enquête l'avait par la suite conduite à une plus grande rigueur. Elle décidait ainsi que la mention du procès-verbal «après avoir indiqué l'objet de l'enquête» est insuffisante en l'absence d'élément intrinsèque ou extrinsèque permettant de conclure que les personnes entendues ne pouvaient ignorer qu'elles devaient s'expliquer sur l'existence de pratiques anticoncurrentielles. Mettant fin à cette jurisprudence, la Cour de cassation est revenue, dans un arrêt du 20 novembre 2001, à la position initiale de l'Autorité : **la mention pré-imprimée sur le procès-verbal indiquant que l'objet de l'enquête a été porté à la connaissance de la personne entendue est suffisante, à moins que celle-ci apporte la preuve contraire.** Cette solution est peu protectrice des droits de la personne entendue. La mention pré-imprimée ne donne en effet aucune garantie sur la communication réelle de l'objet de l'enquête et ne permet aucun contrôle du périmètre de cette communication.

La preuve de la connaissance de l'objet de l'enquête peut résulter des mentions mêmes du procès-verbal :

- mention de l'article L. 450-3 et demande de précisions à propos de documents régulièrement saisis ;
- visa des textes applicables ;
- mention univoque de l'objet de l'enquête, du cadre légal et du secteur concerné ;
- déclarations des personnes entendues consignées dans le procès-verbal.

La connaissance de l'objet de l'enquête peut également être inférée d'éléments extérieurs au procès-verbal :

- lettre adressée aux personnes interrogées par la DGCCRF ;
- déclarations des personnes entendues, corroborées par les procès-verbaux d'inventaire des documents communiqués ;
- termes des déclarations des personnes interrogées ;
- déclarations de la personne à l'origine d'une plainte.

Ces déclarations ne se voient attribuer valeur probante qu'à la condition que les personnes aient déposé comme témoins, l'absence de mention de l'objet de l'enquête ne leur faisant pas grief ; il en va autrement lorsque les personnes sont accusées d'une infraction.

Dans le cas d'une demande de précisions à la suite d'opérations de visites et saisies, l'obligation d'indiquer l'objet de l'enquête est allégée. En effet, cette demande de précisions est généralement précédée de la notification de l'ordonnance autorisant les opérations d'investigation, qui identifie les pratiques recherchées et le marché concerné : les personnes entendues peuvent donc difficilement se méprendre sur l'objet de l'enquête.

II. Pouvoirs des enquêteurs

PLAN

Nous examinerons successivement :

- le mandat spécial ;
- la communication de pièces ;
- l'accès aux locaux ;
- les auditions ;
- l'expertise.

A. Mandat spécial

A RETENIR

L'article L. 450-3 qui définit les pouvoirs des agents habilités dans le cadre de l'enquête ne comporte aucune exigence formelle quant aux conditions d'exercice de leurs pouvoirs.

Dès lors, hormis l'hypothèse de la visite de locaux en partie à usage d'habitation, ils n'ont pas l'obligation de produire un mandat spécial spécifiant l'objet de leur enquête, contrairement aux agents habilités de la Commission qui doivent, pour effectuer une inspection dans des locaux professionnels, présenter un mandat ou une décision formelle.

B. Communication de pièces

A RETENIR

L'article L. 450-3 du Code de commerce, dans sa rédaction issue de la loi Macron du 6 août 2015, autorise les enquêteurs à demander communication et obtenir ou prendre copie des livres, factures ou tous autres documents professionnels «de toute nature, entre quelques mains qu'ils se trouvent, propres à faciliter l'accomplissement de leur mission». Cette demande ne doit pas être imprécise et générale.

Le seul fait que des demandes visent «tous documents» permettant aux services d'instruction d'identifier le montant annuel total des ventes de l'entreprise ne leur confère pas un caractère imprécis et général, dès lors qu'elles visent ainsi des documents parfaitement identifiables, dont la conservation pendant dix ans est imposée par la loi. Par ailleurs, des demandes portant sur un volume conséquent de documents ne font pas peser sur l'entreprise une charge disproportionnée lorsque les infractions recherchées sont d'une particulière gravité et que les services d'instruction, sans y être tenus, ont proposé d'assurer eux-mêmes le retraitement des informations sollicitées. Après avoir exigé que les enquêteurs connaissent au moins l'existence des documents demandés et qu'ils soient en mesure de les identifier, les juges se contentent aujourd'hui de vérifier qu'ils se rapportent à l'objet de l'enquête.

La remise des documents doit en principe être spontanée. Mais la Cour d'appel de Paris a précisé que la remise de documents aux enquêteurs s'inscrivant dans le cadre de leurs pouvoirs, peu importe qu'elle soit spontanée ou sollicitée dès lors que les documents se

rapportent à l'objet de l'enquête.

L'article L. 450-3 du Code de commerce modifié par la loi NRE du 15 mai 2001 précise que la copie peut être prise ou obtenue, «par tous moyens et sur tous supports», ce qui conforte le pouvoir reconnu aux enquêteurs par la jurisprudence. Rien n'interdit notamment aux agents de la DGCCRF de demander à une secrétaire présente dans les locaux qu'elle leur communique les pièces visées à l'article L. 450-3. Les personnes en cause peuvent refuser de communiquer des documents couverts par le secret professionnel.

Selon le Conseil constitutionnel, l'article L. 450-3 du Code de commerce ne permet la saisie que des documents volontairement communiqués par l'entreprise, même si en cas de refus de communication, l'Autorité peut ultérieurement enjoindre à l'entreprise de les fournir. Par ailleurs, le pouvoir des agents habilités d'exiger la communication d'informations et de certains documents ne viole pas le principe selon lequel nul ne peut être tenu de s'auto-accuser, dès lors qu'un tel pouvoir ne tend pas à obtenir les aveux de la personne contrôlée, mais des pièces nécessaires à la conduite de l'enquête.

Depuis la loi Hamon du 17 mars 2014, l'article L. 450-3 permet aux agents d'accéder, pour le contrôle des opérations faisant appel à l'informatique, aux logiciels et aux données stockées ainsi qu'à la restitution en clair des informations propres à faciliter l'accomplissement de leurs missions. Ils peuvent en demander la transcription par tout traitement approprié des documents directement utilisables pour les besoins du contrôle. La loi Macron a renforcé les pouvoirs des agents qui peuvent désormais exiger que les moyens indispensables pour «effectuer leurs vérifications» soient mis à leur disposition.

Enfin, depuis la loi PACTE du 22 mai 2019, les enquêteurs peuvent, sur autorisation du rapporteur général de l'Autorité de la concurrence ou de l'autorité administrative chargée de la concurrence et de la consommation, demander l'accès aux données des entreprises conservées et traitées par les opérateurs de télécommunication (fadettes). La requête est déposée auprès d'un contrôleur des demandes de données de connexion. Elle doit mentionner les éléments recueillis par les agents qui laissent présumer l'existence d'une infraction ou d'un manquement aux règles de concurrence et qui justifient l'accès aux données de connexion pour les besoins de l'enquête. Les données consultées doivent être exclusivement utilisées dans le cadre de l'enquête et être détruites à l'expiration d'un délai de six mois à compter d'une décision définitive de l'Autorité de la concurrence, de l'autorité administrative chargée de la concurrence et de la consommation ou de la juridiction judiciaire ou administrative. La procédure applicable aux demandes d'accès à ces données et à leur destruction est régie par les articles R. 450-4 à R. 450-8 du Code de commerce.

C. Accès aux locaux

A RETENIR

Les enquêteurs accèdent, conformément à l'article L. 450-3, à tous locaux ou moyens de transport à usage professionnel.

Le pouvoir d'accéder aux locaux ne caractérise pas une ingérence au sens des dispositions de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme. Les enquêteurs

peuvent ainsi intervenir dans les locaux de manière inopinée, entre 8 heures et 20 heures et, en dehors de ces heures, lorsque ceux-ci sont ouverts au public ou qu'à l'intérieur de ceux-ci des activités de production, de fabrication, de transformation, de conditionnement, de transport ou de commercialisation sont en cours. Lorsque les lieux visités sont également à usage d'habitation, les contrôles ne peuvent être effectués qu'entre 8 heures et 20 heures et avec l'autorisation du juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance dans le ressort duquel ils sont situés, si l'occupant s'y oppose. Aucune autorisation n'est nécessaire pour effectuer des opérations d'enquête simultanément dans plusieurs entreprises dès lors qu'elles ne sont assorties d'aucune perquisition ou saisie.

D. Auditions

A RETENIR

Les agents habilités ont le pouvoir de recueillir sur place ou sur convocation les renseignements et justifications.

Les demandes d'explications ne sont pas assimilables à un interrogatoire, car elles ne tendent pas directement à établir une éventuelle infraction. Les enquêteurs ne sont donc pas obligés de confronter les responsables des entreprises avec les auteurs de déclarations les mettant en cause, ni de les interroger sur les pièces saisies chez des tiers, dont le contenu peut être discuté contradictoirement. Ils ne sont pas davantage tenus d'interroger plusieurs fois les personnes qu'ils ont entendues. Ils peuvent également évoquer, au cours de l'audition, des discussions des personnes interrogées avec un tiers dès lors qu'elles ont eu lieu en dehors de l'enquête. Lorsque les déclarations ne sont pas recueillies dans des conditions loyales, elles sont écartées des débats, sans qu'il soit nécessaire de démontrer qu'un préjudice particulier a été subi par la personne intéressée.

E. Expertise

A RETENIR

Le nouvel article L. 450-3-1 du Code de commerce, inséré par la loi Hamon du 17 mars 2014, autorise les agents de l'Administration à recourir à toute personne qualifiée, désignée par l'autorité administrative dont ils dépendent.

Cette personne peut les accompagner lors de leurs contrôles et prendre connaissance de tout document ou élément nécessaire à la réalisation de sa mission ou de son expertise. En revanche, elle ne peut effectuer aucun acte de procédure pénale ou de police administrative, ni utiliser les informations dont elle prend connaissance à cette occasion pour la mise en œuvre des pouvoirs de contrôle dont elle dispose, le cas échéant, en vertu d'autres dispositions législatives ou réglementaires. Elle ne peut pas davantage divulguer les informations dont elle a eu connaissance dans ce cadre.

III. Voies de recours

A RETENIR

Il n'existe pas de voie de recours autonome contre le déroulement des enquêtes simples, puisque celles-ci, contrairement aux enquêtes lourdes, ne font pas l'objet d'une autorisation préalable. Toute contestation doit donc être portée devant l'Autorité de la concurrence, dans le cadre de la procédure administrative.

Plus exceptionnellement, les entreprises peuvent saisir le Conseil d'Etat pour obtenir que le ministre de l'Economie leur communique les procès-verbaux et le rapport d'enquête de la DGCCRF afin de pouvoir apprécier les éléments qui ont permis à l'Administration de forger sa décision de ne pas poursuivre ses investigations. Des entreprises ont contesté la constitutionnalité de l'absence de voie de recours immédiate et autonome contre les mesures d'enquête simple. La Cour de cassation a transmis la question au Conseil constitutionnel, qui a, sans surprise, validé le système français.

Selon le Conseil constitutionnel, l'article L. 450-3 du Code de commerce ne méconnaît pas le droit à un recours juridictionnel effectif, dès lors que les entreprises peuvent contester la légalité de l'enquête par voie d'exception en cas de procédure ouverte par l'Autorité de la concurrence ou d'astreinte prononcée par cette dernière, ou exercer un recours indemnitaire. L'Autorité de la concurrence a très vite appliqué cette règle, en retenant que l'entreprise qui met en cause la légalité d'une demande de communication de pièces peut porter sa contestation par voie d'exception devant la Cour d'appel de Paris. De même, selon la Cour de cassation, il n'existe pas de recours judiciaire autonome et immédiat contre une demande de renseignements formulée sur le fondement de l'article L. 450-3 du Code de commerce dès lors qu'il ne s'agit pas d'un acte contraignant qui fait grief à l'entreprise et que des recours ultérieurs, susceptibles de lui garantir une protection juridictionnelle suffisante, sont disponibles.

SECTION 3

Enquête lourde

A RETENIR

Lorsque la recherche de la preuve rend nécessaires des investigations approfondies, comme la visite de tous lieux ou la saisie de documents, les enquêteurs doivent préalablement à ces opérations obtenir une autorisation judiciaire de procéder à ces mesures coercitives (art. L. 450-4, C. com.).

Seules les enquêtes demandées par la Commission européenne, le ministre de l'Économie ou le rapporteur général de l'Autorité de la concurrence peuvent donner lieu à la visite et à la saisie judiciairement autorisées. En outre, le juge, qui ordonne l'enquête, doit respecter les prescriptions de l'article L. 450-4, la régularité de sa décision étant soumise au contrôle de la cour d'appel dans le ressort de laquelle il a statué.

PLAN

Nous examinerons successivement :

- la demande d'autorisation judiciaire ;
- l'ordonnance d'autorisation judiciaire ;
- les visites et saisies.

I. Demande d'autorisation judiciaire

A. Personnes habilitées

A RETENIR

La demande d'autorisation doit en principe émaner soit de la Commission européenne, soit du ministre de l'Économie, soit du rapporteur général de l'Autorité de la concurrence sur proposition du rapporteur.

Toutefois, il n'est pas interdit au ministre de l'Économie de déléguer ses pouvoirs conformément aux lois et règlements. La délégation permanente de signature au profit du directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, publiée au Journal Officiel, permet au délégataire de prendre au nom du ministre les décisions qui relèvent de la compétence de ce dernier, dans la limite de ses attributions. Elle n'implique pas l'abandon par le ministre de la possibilité d'exercer personnellement ses pouvoirs. Dès lors, la demande d'autorisation est valablement présentée par le directeur de la DGCCRF ayant reçu délégation de signature, même si le signataire omet de signaler qu'il agit en vertu de cette délégation.

L'exigence selon laquelle l'autorisation ne peut être donnée que dans le cadre d'une enquête ordonnée par le ministre de l'Économie ou l'Autorité de la concurrence n'implique pas que la demande de mise en œuvre des dispositions de l'article L. 450-4 soit adressée au juge par le ministre ou une personne ayant reçu délégation de signature du ministre. Ainsi, la requête peut être présentée par un chef de service en vertu des pouvoirs qui lui ont été conférés par le directeur de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes agissant par délégation de signature.

B. Ministère d'avocat

La présentation de la requête aux fins d'autorisation de visites et saisies ne requiert pas le ministère d'un avocat ou d'un officier public ministériel.

C. Contenu de la demande

A RETENIR

La demande d'autorisation judiciaire est présentée au juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance dans le ressort duquel sont situés les lieux à visiter. Elle doit comporter tous les éléments d'information de nature à justifier la visite.

L'Administration n'est toutefois pas tenue de soumettre au juge l'intégralité des docu-

ments dont elle dispose, a fortiori lorsqu'il n'est pas établi qu'elle a caché des éléments à décharge. Ces éléments doivent avoir une origine licite. Il peut s'agir d'une déclaration anonyme constatée dans un document établi et signé par les enquêteurs et corroborée par d'autres éléments ou de documents régulièrement saisis dans une autre affaire ou dans le cadre d'une saisine pour avis. Néanmoins, une ordonnance d'autorisation en partie fondée sur des pièces obtenues dans le cadre d'une autre investigation n'est pas nulle du seul fait que la saisie de ces pièces a ultérieurement été annulée par la Cour de cassation, à plus forte raison lorsque le juge des libertés et de la détention s'est également appuyé sur d'autres éléments d'information. L'article L. 450-4 assouplit cette exigence pour permettre le «flagrant délit». Ainsi, lorsque la demande porte sur des infractions en train de se commettre, elle peut ne comporter que des indices permettant de présumer, en l'espèce, l'existence des pratiques dont la preuve est recherchée.

II. Ordonnance d'autorisation judiciaire

PLAN

Nous examinerons successivement :

- l'obligation de vérifier le bien-fondé de la demande ;
- les conditions de validité de l'ordonnance ;
- l'obligation d'indiquer l'objet de l'enquête ;
- la portée de l'autorisation judiciaire ;
- l'exécution de l'autorisation.

A. Bien-fondé de la demande

A RETENIR

Avant de délivrer l'autorisation de procéder aux opérations d'enquête, le juge doit vérifier le bien-fondé de la demande qui lui est soumise. Cette vérification doit être effectuée de manière concrète par l'appréciation des éléments d'information que l'Administration doit lui fournir.

À cette fin, le juge se réfère, en les analysant ne fût-ce que succinctement, aux documents produits par l'Administration et détenus de manière apparemment licite. Cette analyse peut être établie par la mention dans l'ordonnance de l'origine licite des documents fournis par l'autorité requérante. Le juge doit, en outre, relever les faits résultant des éléments fournis sur lesquels il fonde son appréciation. Il ne peut être reproché à l'Administration de n'avoir soumis au juge que les éléments de nature à garantir le succès de sa requête dès lors qu'il n'est pas établi que certains éléments dont elle disposait et n'a pas fournis au juge auraient pu modifier l'appréciation de ce dernier ou d'avoir soumis des documents obtenus au cours d'autres investigations, dès lors qu'ils ont une origine licite. La faible quantité des pièces se rapportant à une entreprise déterminée ou le fait que l'ordonnance de fonde sur des documents n'émanant pas d'elle ne suffit pas à exclure la pertinence d'une opération de visite et saisie dans ses locaux.

A RETENIR

Le juge peut se fonder sur de simples présomptions de pratiques anticoncurrentielles.

Contrairement à ce que qu'avait jugé la Cour d'appel de Paris, la Cour de cassation considère que les présomptions qui fondent la demande d'autorisation ne doivent pas être graves, précises et concordantes au sens de l'article 1353 du Code civil, ni permettre d'établir la réalité d'un fait inconnu à partir de faits connus au sens de l'article 1349 du même code. La seule existence de présomptions simples susceptibles de constituer des indices de participation d'une entreprise à l'entente suspectée suffit : l'appréciation de leur bien-fondé relève de la juridiction qui statuera au fond. Le premier président de la cour d'appel ne peut donc infirmer l'ordonnance d'autorisation de visites et saisies au motif que celle-ci ne permettrait pas de déterminer si l'entreprise visitée a participé à l'entente dénoncée. En outre, les engagements pris par une entreprise devant l'Autorité de la concurrence ne sont pas de nature à éviter le déclenchement d'une enquête lourde en présence de présomptions de pratiques anticoncurrentielles. Dès lors qu'il existe des présomptions de pratiques anticoncurrentielles, une entreprise ne peut, par sa seule nature d'entreprise de presse, être exonérée de toute visite domiciliaire. Dans tous les cas, l'ordonnance doit par sa motivation établir sa régularité au regard des exigences de l'article L. 450-4. Enfin, lorsqu'il étend une autorisation, le juge n'est pas obligé de mentionner de nouveaux agissements, s'il se réfère à sa précédente décision, et peut se contenter de vérifier le bien-fondé de la demande d'extension.

Le nombre important de pièces produites et la pré-rédaction de l'ordonnance d'autorisation par l'Administration ne présument pas de l'impossibilité pour le juge des libertés et de la détention de les examiner et d'en déduire l'existence de présomptions de pratiques anticoncurrentielles. En effet, pour la Cour de cassation, la pratique des ordonnances pré-rédigées par l'Administration ne remet pas en cause le principe d'impartialité, dès lors que les motifs et le dispositif d'une ordonnance sur requête sont réputés avoir été établis par le juge qui l'a rendue et signée. Le juge peut aussi, sans violer les droits de la défense, reprendre à son compte les arguments d'une des parties pour motiver sa décision.

B. Conditions de validité**A RETENIR**

L'ordonnance autorisant la visite et la saisie est prononcée par le juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance dans le ressort duquel sont situés les lieux à visiter ou un juge délégué.

Lorsque ces lieux sont situés dans le ressort de plusieurs juridictions et qu'une action simultanée doit être menée dans chacun d'eux, une ordonnance unique peut être délivrée par l'un des présidents compétents. L'ordonnance n'a pas à être rendue en audience publique et sa régularité ne dépend pas non plus de l'assistance du juge par un secrétaire ni de la signature d'un greffier. La présence du Ministère public n'est pas davantage requise.

La décision d'autorisation doit préciser que la demande a été présentée dans le cadre

d'une enquête initiée par le ministre de l'Économie ou par le rapporteur général et que les agents désignés ont qualité pour effectuer l'enquête. Elle mentionne le nom du juge qui l'a rendue, ainsi que le bénéficiaire par le magistrat délégué d'une délégation régulière. Elle doit également indiquer les voies et délais de recours dont dispose l'occupant des lieux ou son représentant (C. com., art. R. 450-2), sans toutefois que les coordonnées et le numéro de téléphone portable du juge des libertés et de la détention aient à être mentionnés.

L'ordonnance n'a pas à rappeler les conditions et modalités de la saisine du juge en cas de contestation relative au déroulement de l'enquête autorisée, ni que l'officier de police judiciaire chargé d'assister aux opérations doit rendre compte au juge à tout moment. De fait, l'article L. 450-4 du Code de commerce n'impose pas que les occupants des lieux soient informés de la possibilité de recourir au juge des libertés et de la détention qui a autorisé les opérations de visite et saisie pour qu'il exerce son contrôle sur la régularité des mesures en cours, car la faculté de contester les opérations devant le premier président de la cour d'appel leur garantit un recours juridictionnel effectif. L'ordonnance n'a pas non plus à être revêtue de la formule exécutoire.

Lorsque les investigations des agents du ministre de l'Économie concernent des faits susceptibles de relever des articles L. 420-1 et L. 420-2 du Code de commerce, le rapporteur général en est informé sans délai avant leur déclenchement. Il peut décider, dans un délai qui sera fixé par décret, de prendre la direction des opérations. Le rapporteur doit également être informé sans délai du résultat des investigations et peut proposer à l'Autorité de la concurrence de se saisir d'office (C. com., art. L. 450-5). Le défaut de mention dans l'ordonnance de l'information préalable du rapporteur général par le ministre de l'Économie n'a aucune incidence sur sa validité dès lors qu'il s'agit d'une mesure interne qui ne fait pas grief à l'entreprise visitée.

L'ordonnance ne doit pas exposer les prétentions de l'Administration dès lors qu'elles ressortent des énonciations de la décision. L'ordonnance précise enfin la possibilité pour l'occupant des lieux ou son représentant de faire appel à un conseil. L'exercice de cette faculté n'empêche pas la poursuite des opérations.

Il n'est pas nécessaire que l'ordonnance soit notifiée avant la pénétration des enquêteurs dans les lieux : la visite peut être effectuée par surprise, afin de garantir l'efficacité des opérations d'investigation. L'alinéa 5 de l'article L. 450-4 précise que l'ordonnance est notifiée verbalement et sur place au moment de la visite à l'occupant ou à son représentant qui en reçoit copie intégrale contre récépissé ou émargement au procès-verbal. En leur absence ou lorsque la visite a lieu en dehors des lieux visés, l'ordonnance est notifiée, après la visite, par lettre recommandée avec avis de réception.

C. Objet de l'enquête

A RETENIR

L'objet de l'enquête doit être indiqué dans l'ordonnance d'autorisation. Pour satisfaire à cette exigence, le juge doit identifier le marché concerné et caractériser les pratiques anticoncurrentielles présumées.

L'objet ne doit pas être général quant à la détermination du marché et indéterminé quant aux agissements visés. Toutefois, le fait que le secteur sur lequel les investigations doivent porter ne soit pas précisé dans le dispositif de l'ordonnance, ne confère pas à celle-ci un caractère général et indéterminé, dès lors que le dispositif n'est pas détachable des motifs et que ceux-ci visent expressément un secteur particulier. Le juge peut aussi étendre le champ d'application de l'autorisation à tous les produits de la gamme d'un fournisseur, alors que les exemples donnés par l'Administration n'en visent qu'un seul type, dès lors que des PV d'audition annexés à la demande font état de la généralisation des pratiques présumées, ou à d'autres marchés que ceux pour lesquels il dispose d'indices, lorsqu'il estime qu'ils ne constituent que des illustrations de pratiques plus larges.

L'enquête administrative ayant pour finalité de rechercher la preuve de pratiques prétendument anticoncurrentielles, l'autorisation peut être fondée sur des présomptions d'agissements réprimés par la loi, le juge disposant d'un pouvoir souverain d'appréciation. Les présomptions peuvent être caractérisées par la comparaison des pratiques de l'espèce à des comportements similaires qualifiés d'infractions par l'Autorité de la concurrence et la Cour d'appel de Paris. La loi NRE du 15 mai 2001 consacre ce tempérament jurisprudentiel : lorsque la visite doit permettre la constatation d'infractions en train de se commettre, la demande d'autorisation peut ne comporter que des indices laissant présumer l'existence de pratiques dont la preuve est recherchée (art. L. 450-4, al. 2, in fine). Une cour d'appel ne peut ainsi annuler une autorisation de visite et saisie au motif qu'elle serait fondée sur de simples indices faisant présumer l'existence des agissements dénoncés alors que l'autorisation judiciaire repose sur une demande de clémence portant sur des faits en cours à l'époque de leur dénonciation. Il suffit que les indices relevés par l'Administration ne permettent pas *prima facie* d'exclure l'existence de pratiques anticoncurrentielles.

L'ordonnance du juge doit permettre de s'assurer que la personne intéressée a été informée de l'objet des mesures autorisées, des pratiques anticoncurrentielles présumées et du secteur concerné. La Chambre criminelle de la Cour de cassation estime que le juge des libertés n'est pas tenu de préciser la nature des investigations domiciliaires qu'il autorise ; il suffit que les marchés, pour lesquels la recherche de tous documents nécessaires à la preuve d'éventuelles pratiques anticoncurrentielles est autorisée, soient identifiés. Lorsque l'ordonnance étend à de nouveaux locaux l'autorisation de visite, elle peut se contenter de viser la première ordonnance. Enfin, il n'est pas nécessaire que l'objet de l'enquête soit indiqué dans le procès-verbal de visite et saisie, lorsqu'il est mentionné dans l'ordonnance notifiée à l'occupant des lieux ou à son représentant.

D. Portée de l'autorisation

L'ordonnance par laquelle le juge autorise une visite domiciliaire n'emporte pas déclaration de culpabilité et ne préjuge pas de l'appréciation, par la juridiction du fond, des éléments de preuve trouvés, puisqu'elle a uniquement pour objet la recherche d'infractions présumées en tous lieux et la saisie des documents s'y rapportant. L'autorisation de visite n'a pas pour autant une portée illimitée.

A RETENIR

Ainsi, les lieux où les visites sont autorisées doivent être énumérés dans l'ordonnance.

Le juge des libertés et de la détention est, en effet, tenu d'identifier expressément ces lieux, sauf à renvoyer les agents de l'Administration à solliciter, au cours des opérations, les autorisations supplémentaires qui leur semblent nécessaires. Lorsqu'une action simultanée dans plusieurs lieux est nécessaire, le juge des libertés et de la détention désigné par celui ayant délivré l'ordonnance d'autorisation judiciaire n'a ni à réexaminer le dossier au fond, ni à modifier l'étendue du secteur économique considéré, ni à motiver son ordonnance qui constitue un simple acte d'exécution de l'ordonnance d'autorisation. Dans ce cas, seule l'ordonnance principale autorisant les visites et saisies est susceptible d'appel et non celle rendue sur commission rogatoire. L'extension des opérations de visite et saisies à des locaux non visés dans l'ordonnance initiale peut être sollicitée auprès du juge des libertés et de la détention par le rapporteur des services d'instruction de l'Autorité de la concurrence, habilité par le rapporteur général.

A RETENIR

Le juge des libertés et de la détention n'a pas, en revanche, à désigner de manière expresse l'ensemble des entreprises domiciliées à l'adresse visée dans l'ordonnance et qui devront être visitées, ni les documents, qui constituent la preuve recherchée.

Toutefois, l'autorisation de saisie de «tous documents utiles» ne permet de saisir que les documents se rapportant aux agissements retenus pour accueillir la demande de visite. Aussi la saisie de fichiers informatiques dont l'intitulé n'est pas suffisamment explicite pour convaincre le juge qu'ils contiennent des documents en rapport avec l'autorisation doit-elle être annulée.

E. Exécution de l'autorisation de visite et de saisie

A RETENIR

La visite et la saisie s'effectuent sous le contrôle du juge qui les a autorisées ou sous celui du juge des libertés et de la détention du tribunal dans le ressort duquel la visite a lieu et auquel le juge ayant autorisé les opérations aura délivré une commission rogatoire pour exercer ce contrôle.

Il désigne le chef du service qui devra nommer les officiers de police judiciaire chargés d'assister à ces opérations, d'apporter leur concours en procédant le cas échéant aux réquisitions nécessaires et de le tenir informé de leur déroulement (art. L. 450-4, al. 3). Le contrôle juridictionnel du déroulement des opérations de visite et saisie doit s'effectuer par le truchement de l'officier de police judiciaire : le fait que les entreprises ou leur conseil n'aient pas accès personnellement au juge des libertés et de la détention n'est pas contraire aux droits de la défense. Le juge des libertés et de la détention chargé du contrôle du déroulement de l'enquête est autorisé à se rendre personnellement sur les lieux pendant l'intervention et peut décider d'office ou à la requête des parties de la

suspension ou de l'arrêt de la visite.

L'ordonnance autorisant les visites et saisies n'est pas caduque du seul fait qu'à la date fixée par le juge pour son exécution, elle n'a été exécutée que partiellement.

III. Visites et saisies

PLAN

Seront envisagés successivement :

- la désignation des officiers de police judiciaire ;
- les pouvoirs des enquêteurs ;
- les commissions rogatoires ;
- le contrôle de régularité.

A. Officiers de police judiciaire

A RETENIR

La désignation d'un ou plusieurs officiers de police judiciaire chargés d'assister aux opérations de visites et saisies et de l'informer de leur déroulement relève de la compétence exclusive du juge des libertés et de la détention.

Il ne peut notamment s'en remettre au chef de service de police judiciaire territorialement compétent pour procéder à cette désignation. Il lui est en revanche loisible de désigner deux officiers de police judiciaire, en les chargeant l'un ou l'autre d'assister aux opérations.

Un officier de police judiciaire peut venir instrumenter dans un lieu pour lequel il aura été désigné avec d'autres officiers de police judiciaire. Il est chargé d'assister au déroulement des opérations en veillant notamment au respect du secret professionnel et des droits de la défense, mais ne peut en aucun cas y participer activement. Depuis l'ordonnance du 4 novembre 2004, il peut en outre apporter son concours en procédant, le cas échéant, aux réquisitions nécessaires pour la désignation de témoins.

Le ou les officiers de police judiciaire présents au cours des inspections sont chargés de tenir le juge des libertés informé du déroulement des opérations, en particulier d'éventuels incidents. La Cour de cassation estime que cette absence d'accès direct au juge au cours des investigations ne porte pas atteinte aux droits de la défense des entreprises. Seuls les officiers de police judiciaire qui assistent aux opérations d'enquête ont en effet le pouvoir discrétionnaire de saisir directement le juge des libertés et de la détention des difficultés éventuelles, sans qu'un débat contradictoire avec l'entreprise soit nécessaire.

B. Pouvoirs des enquêteurs

A RETENIR

L'ordonnance autorise les enquêteurs à procéder aux visites en tous lieux, même privés, où sont susceptibles d'être détenus des documents se rapportant aux pratiques anticoncurrentielles ou restrictives dont la preuve est recherchée.

L'article 8 CEDH admet en effet les intrusions dans les locaux d'une entreprise lorsque, comme dans le système français, elles sont prévues par la loi, visent un but légitime et présentent un caractère nécessaire. Il peut s'agir des locaux de l'entreprise à laquelle la société soupçonnée d'infraction a apporté ses actifs, dès lors que des pièces ou documents se rapportant aux agissements frauduleux peuvent s'y trouver. La visite ne peut commencer avant six heures ou après vingt et une heures, mais peut s'étendre au-delà de ces horaires ; elle est effectuée en présence de l'occupant des lieux ou de son représentant. Celui-ci peut être assisté d'un conseil, cette faculté devant être mentionnée dans l'ordonnance d'autorisation. La condition de **présence dans les lieux de l'occupant ou de son représentant** ne s'interprète pas comme l'obligation pour un mandataire social d'être présent au moment de la visite : une telle exigence priverait la mesure d'investigation de toute efficacité. Ainsi, une ordonnance d'autorisation est valablement notifiée à une secrétaire de direction intérimaire, dès lors que l'occupant des lieux, arrivé après le commencement des opérations, a accepté d'être représenté par elle, en apposant sa signature à côté de la sienne sur le procès-verbal. En l'absence de l'occupant des lieux, les enquêteurs peuvent néanmoins procéder à la visite, accompagnés des deux témoins requis par l'officier de police judiciaire. Les agents habilités peuvent, au cours des opérations de visite, procéder à l'audition de l'occupant des lieux ou de son représentant afin de recueillir auprès d'eux les informations ou explications utiles aux besoins de l'enquête. Ils ne sont pas tenus d'informer l'occupant des lieux de la possibilité de désigner un ou plusieurs représentants pour le remplacer lorsque les opérations de visite se prolongent tardivement.

Les enquêteurs, l'occupant des lieux ou son représentant, ainsi que l'officier de police judiciaire, et, le cas échéant, les agents et autres personnes mandatées par la Commission européenne sont seuls autorisés à prendre connaissance des pièces et documents avant leur saisie. Pour autant, le droit de prendre connaissance des documents saisis ne signifie pas que l'occupant des lieux et son conseil ont le droit de visualiser la totalité des documents au fur et à mesure de leur consultation par les rapporteurs de l'Autorité de la concurrence, mais seulement ceux qu'ils s'approprient à saisir à la fin des opérations de fouille, de tri et de sélection. Les documents sont présumés détenus dans les lieux où la visite est autorisée et a lieu de manière inopinée. L'Administration ne peut en principe appréhender que les documents se rapportant aux agissements retenus par l'ordonnance d'autorisation, mais il ne lui est pas interdit de saisir les documents pour partie utiles à la preuve de l'infraction présumée, même s'ils n'ont pas été expressément visés par le juge. Dès lors qu'il s'agit de documents professionnels, le support sur lequel ils sont reproduits importe peu.

Puisqu'il ne lui est pas interdit de saisir des pièces pour partie utiles à la preuve des agissements visés par l'ordonnance d'autorisation dès lors que le juge chargé du contrôle a

souverainement estimé que ces pièces n'étaient pas divisibles, sans avoir à justifier des contraintes techniques existantes, **l'Administration peut saisir des parties entières de messagerie** sans individualiser sur place les seuls messages électroniques entrant dans le champ de l'autorisation judiciaire. Il ne peut être reproché aux enquêteurs une saisie massive et indifférenciée des messageries électroniques lorsque seuls cinq ordinateurs sur la centaine possédée par l'entreprise ont été ciblés ou que la saisie ne porte que sur quelques milliers de documents sur les millions de fichiers stockés sur les serveurs de l'entreprise et ne concerne que les ordinateurs d'un nombre limité de collaborateurs. Le procès-verbal qui relate la saisie de données informatiques n'a pas non plus à préciser le matériel et le logiciel utilisés par les enquêteurs, ni les mots-clés choisis par l'Administration pour sélectionner les fichiers saisis, sur la pertinence desquels le juge n'est pas tenu de se prononcer. Le juge n'est pas davantage tenu d'apprécier la possibilité pour les enquêteurs de procéder selon des modalités moins invasives.

Selon la Chambre criminelle, le fait que les enquêteurs aient eu accès à des documents couverts par le *legal privilege* lors de la saisie globale de messageries électroniques n'exerce aucune influence sur la régularité des opérations, dès lors que les agents de l'Administration sont soumis au principe du secret de la correspondance. Seule l'utilisation de tels documents est prohibée. Aussi, la Haute juridiction considère-t-elle que la saisie de documents qui relèvent de la protection du secret professionnel entre un avocat et son client doit être annulée, sans toutefois que les effets de l'annulation s'étendent aux autres pièces saisies. Les documents couverts par le secret professionnel éventuellement saisis doivent être placés sous scellés afin que le juge puisse ultérieurement procéder à leur restitution, qui s'effectue par destruction. Dans un premier temps, plus exigeante, la Cour européenne des droits de l'Homme a estimé que le juge saisi du recours contre le déroulement de visites et saisies devait se livrer à un contrôle concret de la proportionnalité des saisies effectuées, qu'elles concernent des documents couverts par la confidentialité qui s'attache aux relations entre un avocat et son client ou des pièces sans lien avec l'enquête, et ordonner, le cas échéant, leur restitution. Elle a dans un second temps réduit la portée de la protection accordée au secret professionnel et retenu que la saisie de messageries électroniques comprenant en partie des correspondances entre un avocat et son client ne présente pas de caractère disproportionné lorsqu'elle s'inscrit dans une procédure relative à la recherche de la preuve de pratiques anticoncurrentielles, assortie de garanties comme l'assistance d'avocats au cours des opérations et la présence de représentants de l'entreprise.

Les fichiers informatiques présents dans les locaux de l'entreprise visitée peuvent être saisis, même s'ils concernent une autre personne que le titulaire de l'ordinateur sur lequel ils sont stockés ou des archives relatives à l'ancien employeur de ce dernier, dès lors qu'ils sont susceptibles d'être en relation avec l'enquête. L'entreprise dont les fichiers ou documents ont été saisis chez un tiers ne peut invoquer l'irrégularité de la saisie lorsque ce tiers n'a pas exercé son droit de recours contre le déroulement des opérations, le recours étant personnel à chaque partie. Par ailleurs, l'annulation de la saisie de données informatiques stockées à l'étranger ne peut être prononcée lorsqu'elle est intervenue à la suite d'une remise spontanée par l'entreprise de leur support, dans ses locaux.

Les pièces et documents saisis font l'objet d'un **inventaire** et d'une **mise sous scellés**

conformément à l'article 56 du Code de procédure pénale. La confection de scellés provisoires, en cas de difficultés pour procéder à l'inventaire sur place, ne constitue en revanche qu'une faculté, laissée à l'appréciation des enquêteurs, qui ne peut être refusée par l'entreprise. Ni l'occupant des lieux, ni ses avocats ne sont autorisés à assister à la sélection des documents placés sous scellés provisoires en vue de leur inventaire ultérieur. Aucun texte n'exige qu'à la seule lecture de l'inventaire l'on puisse vérifier que les pièces saisies entrent dans le cadre de l'autorisation donnée. Ainsi, le fait que la liste des documents et fichiers informatiques appréhendés comporte des descriptions ou libellés insuffisamment explicites ne justifie pas, en l'absence de forme imposée pour la réalisation des inventaires, l'annulation de l'ensemble des saisies, dès lors que l'entreprise a pu en connaître la teneur et invoquer, dans le cadre de son recours, les éléments de nature à établir que certaines pièces saisies ne pouvaient l'être. Du reste, il n'appartient pas au juge de vérifier si chacun des éléments saisis entre dans le champ de l'autorisation mais il revient à l'entreprise, qui détient une copie de l'inventaire, d'invoquer les éléments de nature à établir que certaines d'entre elles ne pouvaient être appréhendées. Dès lors, l'entreprise qui se contente de présenter au juge un fichier excel sans indication de l'objet ni du contenu des courriels dont elle invoque le caractère privilégié ne permet pas au juge de vérifier l'atteinte aux droits de la défense alléguée. La Cour européenne des droits de l'Homme estime également qu'il appartient à l'entreprise qui invoque une ingérence disproportionnée de l'Administration d'identifier précisément les documents qu'elle considère protégés. Enfin, l'article L. 450-4 du Code de commerce n'impose pas une remise à l'occupant des lieux d'une copie complète des documents saisis, même s'il s'agit des originaux, dès lors qu'il a été en mesure d'en prendre connaissance au cours des opérations.

Les documents saisis par l'Administration qui sont étrangers à l'autorisation judiciaire de visite et saisie doivent être restitués. Néanmoins, le premier président de la cour d'appel qui infirme l'ordonnance du juge des libertés et de la détention ne peut ordonner la restitution des documents saisis tant que sa décision est susceptible de pourvoi.

Enfin, les agents enquêteurs peuvent procéder au cours de la visite à des **auditions** de l'occupant des lieux ou de son représentant afin de recueillir les informations ou explications utiles aux besoins de l'enquête. A cette fin, depuis la loi du 3 juin 2016, les agents doivent, conformément à l'article 61-1 du Code de procédure pénale, s'il existe des raisons plausibles de soupçonner qu'elles ont commis ou tenté de commettre une infraction, préalablement informer ces personnes de la qualification, de la date et du lieu présumés de l'infraction qu'elles sont soupçonnées avoir commise ou tenté de commettre ; le cas échéant, du droit d'être assistées par un interprète ; du droit de faire des déclarations, de répondre aux questions qui leur sont posées ou de se taire ; si l'infraction pour laquelle elles sont entendues est punie d'une peine d'emprisonnement, du droit d'être assistées au cours de leur audition ou de leur confrontation par un avocat ; de la possibilité de bénéficier, le cas échéant gratuitement, de conseils juridiques dans une structure d'accès au droit.

C. Commissions rogatoires

A RETENIR

Les visites et saisies ayant lieu en dehors du ressort du juge doivent faire l'objet d'une commission rogatoire au juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance dans le ressort duquel s'effectue la visite.

Le juge désigné par la commission rogatoire n'est pas habilité à examiner le bien-fondé de la demande et ne peut que s'assurer de l'authenticité de la décision. Il est compétent pour apprécier l'adéquation des documents saisis au champ de l'ordonnance d'autorisation lorsqu'il en contrôle la régularité.

D. Contrôles de régularité

Le contrôle de régularité porte, d'une part, sur l'ordonnance d'autorisation et, d'autre part, sur l'exécution de l'ordonnance. Leurs régimes respectifs ont été alignés par l'ordonnance du 13 novembre 2008.

1. Contrôle de l'ordonnance d'autorisation

Avant l'ordonnance 2008-1161 du 13 novembre 2008, l'article L. 450-4 du Code de commerce ne prévoyait qu'un pourvoi en cassation, dénué de caractère suspensif, contre les ordonnances d'autorisation. Ce régime a été condamné par la Cour européenne des droits de l'Homme, qui, par plusieurs arrêts successifs, d'abord en matière d'enquêtes fiscales (CEDH, 21 févr. 2008, n° 18497-03, Ravon, LawLex08327), puis d'enquêtes de concurrence, a déclaré la loi française contraire à l'article 6, paragraphe 1, CEDH (CEDH, 21 déc. 2010, n° 29408-08, Canal+, LawLex101496 et n° 29613-08, Prima-gaz, LawLex1130). En effet, le pourvoi en cassation n'autorisait pas un examen en fait et en droit de la régularité de l'ordonnance et n'offrait donc pas au justiciable un recours juridictionnel effectif.

A RETENIR

L'ordonnance du 13 novembre 2008 a modifié l'article L. 450-4 pour instituer un appel devant le premier président de la cour d'appel du ressort du juge ayant autorisé les opérations et un pourvoi en cassation contre l'ordonnance rendue en appel.

L'article 5, IV, de l'ordonnance du 13 novembre 2008 a néanmoins prévu des dispositions transitoires pour les recours contre les ordonnances judiciaires, en distinguant selon qu'elles ont fait l'objet ou non d'un pourvoi en cassation, seule voie de recours possible avant son entrée en vigueur :

- i) lorsque le pourvoi est pendant devant la Cour de cassation, un appel peut être formé contre l'ordonnance d'autorisation, dans un délai d'un mois à compter de la publication de l'ordonnance du 13 novembre 2008. L'appel vaut désistement du pourvoi.
- ii) si l'ordonnance d'autorisation n'a fait l'objet d'aucun pourvoi ou si le pourvoi formé contre elle a été rejeté, un recours en contestation est possible. La contestation est portée devant la Cour d'appel de Paris dans le cadre d'un recours contre la décision de l'Autorité

de la concurrence, sauf s'il s'agit d'affaires ayant fait l'objet d'une décision irrévocable à la date de publication de l'ordonnance du 13 novembre 2008.

iii) si un pourvoi formé contre un arrêt de la Cour d'appel de Paris statuant sur une décision de l'Autorité de la concurrence dans le cadre de l'article L. 464-8 est pendant devant la Cour de cassation, les parties peuvent demander le renvoi à la Cour d'appel de Paris pour l'examen d'un recours en contestation de l'autorisation de visite et saisie délivrée par le juge des libertés et de la détention.

Toutefois, selon la Cour européenne des droits de l'Homme, le dispositif transitoire prévu par l'ordonnance du 13 novembre 2008 ne répond pas davantage aux exigences de l'article 6, paragraphe 1, CEDH, car, dans l'hypothèse où un pourvoi a été rejeté, la condition préalable d'une décision au fond et d'un recours contre cette décision rend l'accessibilité du recours en contestation incertaine et sa mise en œuvre tardive (CEDH, 2 arrêts du 21 déc. 2010, préc.). La Cour de cassation s'est alignée sur la position de la Cour européenne et considère qu'une même juridiction ne peut examiner l'existence de présomptions de pratiques anticoncurrentielles autorisant la visite et la saisie et statuer sur le bien-fondé des griefs retenus et de la sanction infligée au titre de ces pratiques, sans faire naître un doute raisonnable sur son impartialité. Un tel écueil peut toutefois être évité si la juridiction se prononce sur les deux recours dans une composition différente.

2. Contrôle du déroulement des opérations

A RETENIR

L'exécution des opérations a lieu sous le contrôle du juge qui les a autorisées (art. L. 450-4, al. 3).

Aussi, la jurisprudence décidait-elle que toute personne qui entendait contester la régularité de la visite et de la saisie devait saisir ce magistrat d'une requête à cette fin, en mettant en cause l'Administration concernée. Faute d'avoir ainsi procédé, le demandeur en cassation n'était pas recevable à invoquer pour la première fois devant la Cour de cassation des moyens critiquant l'exécution des opérations. Cette jurisprudence avait été remise en cause par la Chambre commerciale de la Cour de cassation. La Haute juridiction considérait que la mission du juge ayant autorisé les opérations d'investigation cessait avec ces opérations, lors de la remise de la copie du procès-verbal. Il ne pouvait donc être saisi a posteriori d'une éventuelle irrégularité de l'enquête, cette contestation relevant de la compétence des autorités de décision, c'est-à-dire de l'Autorité de la concurrence et, sur recours, de la Cour d'appel de Paris. Ce revirement avait fait l'objet de vives critiques doctrinales. La majorité des auteurs contestaient la compétence d'une autorité administrative, même indépendante comme l'Autorité de la concurrence, pour connaître de la décision d'un juge, au mépris du principe fondamental de la séparation des autorités judiciaires et administratives. La loi NRE avait mis fin à cette polémique, en prévoyant que le recours contre le déroulement des opérations de visite et saisie pouvait faire l'objet d'un recours auprès du juge qui les a autorisées dans un délai de deux mois. L'ordonnance du juge n'était susceptible que d'un recours en cassation.

L'ordonnance du 13 novembre 2008 a modifié l'article L. 450-4 sur ce point. Désor-

mais, le recours contre le déroulement des opérations de visite ou saisie peut être exercé devant le premier président de la cour d'appel du ressort du juge les ayant autorisées. Selon la Chambre criminelle, le fait que le recours intenté contre les opérations de visite soit porté devant le même juge que l'appel contre l'ordonnance qui autorise la visite ne porte pas atteinte au principe du procès équitable. Néanmoins, l'entreprise ne peut, dans le cadre de la contestation du déroulement des opérations de visite et saisie, mettre en cause la validité de l'ordonnance qui les a autorisées. En outre, lorsqu'un recours est pendant contre la régularité de l'ordonnance d'autorisation, il y a lieu de surseoir à statuer sur celui relatif au déroulement des opérations.

3. Procédure d'appel

A RETENIR

L'appel contre les ordonnances d'autorisation ou le déroulement des opérations devant le premier président de la cour d'appel s'effectue selon les règles prévues par le Code de procédure pénale, par déclaration au greffe. Le délai d'appel est de dix jours à compter de la notification de l'ordonnance ou de la remise ou de la réception du procès-verbal et de l'inventaire.

En principe seules les personnes visées par l'ordonnance ayant autorisé la saisie peuvent former un appel contre celle-ci. Cependant, les personnes qui n'ont pas fait l'objet de visite ou de saisie mais qui sont mises en cause ultérieurement au moyen de pièces saisies au cours de ces opérations, peuvent aussi exercer un recours contre ces dernières à compter de la date à laquelle elles en ont eu connaissance et au plus tard de la notification de griefs prévue à l'article L. 463-2. La Cour d'appel de Paris estime que l'Autorité de la concurrence ne viole pas le droit à un recours effectif en ne notifiant pas à une entreprise la saisie de pièces la concernant au sein des locaux d'une autre, dès lors qu'elle n'a pas été mise en cause à l'occasion de cette procédure.

Le juge compétent pour statuer tant sur l'appel de l'ordonnance d'autorisation initiale que sur celle, complémentaire, rendue sur commission rogatoire, est le premier président de la cour dans le ressort de laquelle l'ordonnance initiale a été rendue. Le premier président de la cour d'appel ne peut cependant connaître que de l'appel formé contre l'ordonnance : l'appel de la décision se prononçant sur la requête en rétractation d'une ordonnance ou une demande de communication de pièces présentée par l'entreprise pour vérifier le bien-fondé d'une ordonnance d'autorisation de visite et saisie ne relèvent pas de sa compétence.

L'appel n'est pas suspensif. Dès lors, l'Autorité de la concurrence n'a pas l'obligation de surseoir à statuer. En effet, le fait qu'elle soit incompétente pour apprécier la validité de l'autorisation de visite n'impose nullement d'attendre que le contentieux soumis à la Cour de cassation soit définitivement réglé pour qu'il soit statué sur les griefs imputés aux requérants.

Lorsque le premier président de la cour d'appel considère que l'ordonnance d'autorisation n'est pas valable, il ne peut se contenter de prononcer l'annulation mais doit également examiner les pièces produites et se prononcer sur le bien-fondé de la requête.

L'annulation de l'ordonnance d'autorisation est susceptible de produire plusieurs effets. D'abord, elle entraîne l'annulation des poursuites ayant pour unique fondement l'autorisation de visite domiciliaire. En effet, l'annulation remet les parties et la cause dans l'état où elles étaient avant la décision annulée ; elle vise tout ce qui a été la suite ou l'exécution des dispositions censurées. Ensuite, les pièces irrégulièrement saisies, les procès-verbaux s'y référant directement ou indirectement, les passages du rapport administratif et de la notification des griefs rédigés par référence à ces pièces doivent être disjoints de la procédure engagée devant l'Autorité.

4. Procédure de cassation

A RETENIR

L'ordonnance du premier président peut faire l'objet d'un pourvoi dans un délai de cinq jours qui doit respecter les règles du Code de procédure pénale.

Le pourvoi peut être formé par le rapporteur général, comme par toute partie à l'instance qui a donné lieu à la décision attaquée, lorsque cette dernière contient des dispositions qui lui font grief. Le pourvoi formé par le rapporteur général plus de cinq jours francs après le prononcé de l'arrêt est irrecevable s'il était présent ou représenté à l'audience au cours de laquelle les parties ont été averties de la date du prononcé.

E. Assistance des autorités européennes ou nationales

A RETENIR

Afin de faciliter le déroulement des enquêtes de concurrence engagées par la Commission, l'article 20 du règlement 1-2003 du 16 décembre 2002 institue un devoir d'assistance des enquêteurs européens, à la charge des autorités nationales, «lorsqu'une entreprise s'oppose à une inspection ordonnée en vertu du présent article».

En droit interne, ce concours est organisé par l'article L. 490-9 du Code de commerce. Selon la Cour de justice, le texte est applicable alors même qu'aucun obstacle n'aurait été posé par l'entreprise, la simple éventualité d'une opposition étant suffisante. La Cour de cassation, saisie pour la première fois de la question, s'est prononcée dans le même sens. En pratique, la Commission demande le plus souvent aux autorités nationales, à titre préventif, de solliciter les autorisations judiciaires nécessaires auprès du juge des libertés et de la détention, afin de surmonter l'opposition éventuelle de l'entreprise. Lorsque cette dernière n'oppose aucune résistance, l'assistance des autorités nationales n'est pas nécessaire et les enquêtes sont conduites sous l'égide des seuls agents de la Commission. Dans cette hypothèse, la jurisprudence estime que l'ordonnance n'a pas à être notifiée à l'entreprise et que le juge français n'est pas compétent pour statuer sur la régularité des opérations de visite et de saisie, dès lors que l'ordonnance d'autorisation délivrée aux enquêteurs français à titre préventif n'a pas été mise en oeuvre. Il est nécessaire, pour refuser de faire droit à la demande d'assistance émanant de la Commission, d'introduire un renvoi préjudiciel.

Cette assistance n'est cependant pas inconditionnelle. Le juge national conserve une

prérogative essentielle : il apprécie souverainement l'opportunité des moyens de contrainte envisagés et s'assure de leur proportionnalité avec l'objet de l'enquête. Le juge ayant autorisé la visite et saisie peut donc, sans excéder sa compétence, accorder aux agents français des pouvoirs supérieurs à ceux dont disposent les agents de la Commission, après avoir vérifié qu'ils n'étaient pas disproportionnés par rapport aux mesures envisagées, et qu'ils étaient seuls de nature à garantir l'accomplissement de leur mission. En revanche, il ne lui est pas possible d'apprécier le caractère nécessaire des vérifications qui relève de la Commission sous le contrôle des juridictions européennes. De même, il doit se contenter de constater l'origine apparemment licite des documents présentés par la Commission à l'appui de sa demande et n'est pas tenu de s'expliquer sur le caractère confidentiel de ces documents.

Dans le cadre du réseau d'autorités de concurrence, lorsqu'une autorité nationale accepte d'exécuter sur son territoire une mesure d'enquête initiée par l'autorité d'un autre État membre, l'article 22 du règlement 1-2003 prévoit qu'elle y procède en appliquant son droit national et non celui de l'autorité demanderesse au nom et pour le compte de laquelle la mesure est effectuée, de sorte que le contrôle de l'autorisation et du déroulement de la mesure relève des juridictions compétentes de cet État.

CHAPITRE II Procédure devant l'Autorité de la concurrence

SECTION 1

Compétence de l'Autorité de la concurrence

I. Compétence d'attribution

II. Contrôle préventif des regroupements à l'achat

III. Règle *non bis in idem*

IV. Application du droit européen

V. Coopération avec la Commission ou les autorités de concurrence des autres États membres

SECTION 2

Saisine de l'Autorité de la concurrence

I. Personnes habilitées

- A. Saisine par le ministre de l'Économie
- B. Saisine par les entreprises
- C. Saisine par des organisations professionnelles ou des organismes chargés de la défense d'intérêt particuliers
- D. Saisine par les collectivités territoriales
- E. Saisine par l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes
- F. Saisine d'office

II. Formalités de la saisine

III. Communication de la saisine

IV. Saisine *in rem*

V. Irrecevabilité de la saisine

VI. Désistement/Dessaisissement

VII. Prescription

SECTION 3

Déroulement de la procédure

I. Procédure d'instruction

- A. Enquête préparatoire
- B. Non-lieu
- C. Engagements
- D. Notification des griefs
- E. Conseiller auditeur
- F. Jonction des procédures
- G. Rapport de l'Autorité

II. Droits des entreprises destinataires des griefs

- A. Principe du contradictoire
- B. Principe d'impartialité
- C. Principe de loyauté
- D. Secrets d'affaires / Secret professionnel
- E. Délai raisonnable

III. Séance de l'Autorité

- A. Convocation
- B. Débats
- C. Observations orales
- D. Délibéré

SECTION 4

Mesures conservatoires

I. Conditions d'octroi

- A. Pratiques susceptibles d'être anticoncurrentielles
- B. Préjudice grave et immédiat

II. Règles de procédure

- A. Conditions de recevabilité de la demande
- B. Décision de l'Autorité
- C. Recours

SECTION 5

Décision de l'Autorité de la concurrence

I. Conditions de validité

- A. Termes clairs et précis
- B. Griefs retenus dans la notification
- C. Compétence et forme
- D. Imputabilité de l'infraction
- E. Publicité et notification

II. Contenu de la décision

- A. Complément d'instruction
- B. Injonction de faire ou de ne pas faire
- C. Astreinte
- D. Amende

III. Publication de la décision

- A. Régime
- B. Caractère exécutoire
- C. Recours exercé

CHAPITRE II Procédure devant l'Autorité de la concurrence

SECTION 1

Compétence de l'Autorité de la concurrence

PLAN

Nous examinerons successivement :

- la compétence d'attribution de l'Autorité de la concurrence ;
- le contrôle préventif des regroupements à l'achat ;
- la règle *non bis in idem* ;
- l'application du droit européen ;
- la coopération avec la Commission et les autorités des Etats membres.

I. Compétence d'attribution

A RETENIR

L'Autorité de la concurrence a de nombreuses attributions définies aux articles L. 462-1 et s. du Code de commerce. Autorité de contrôle du droit de la concurrence, l'Autorité dispose d'un pouvoir de décision qui l'autorise à prononcer des sanctions ou des injonctions en cas de pratiques entrant dans le champ d'application des articles L. 420-1, L. 420-2, L. 420-2-1, L. 420-2-2 ou L. 420-5. Sa compétence s'étend, depuis l'entrée en vigueur de la loi LME du 4 août 2008, au contrôle des concentrations, le ministre de l'Économie conservant en la matière une compétence subsidiaire.

Au final, la modernisation de la régulation de la concurrence laisse subsister un dualisme d'autorités de concurrence. Le ministre de l'Économie conserve son pouvoir d'enquêtes, mais le rapporteur général peut prendre la direction des investigations ; il peut se saisir des micro-pratiques anticoncurrentielles, mais l'Autorité est seule compétente en cas de refus de transiger des entreprises ; l'Autorité de la concurrence est devenue l'autorité de contrôle en matière de concentrations, mais le ministre demeure compétent pour des motifs d'intérêt général.

A RETENIR

Enfin, l'Autorité peut être consultée pour avis sur toute question concernant la concurrence, notamment par le Parlement ou le Gouvernement (art. L. 462-1).

Selon le Conseil d'État, les prises de position et recommandations que l'Autorité de la concurrence formule dans ses avis ne constituent pas des décisions faisant grief et ne peuvent donc faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir.

Les dispositions relatives à la transparence et aux pratiques restrictives sont exclues de sa sphère de compétence. Ainsi, si seules sont en jeu des relations contractuelles entre un fournisseur et un distributeur, ou entre un franchiseur et ses franchisés, et si les pratiques ne portent pas atteinte au fonctionnement du marché, le litige ne relève pas

de la compétence de l'Autorité. Il en va de même des litiges commerciaux relatifs à la rupture de relations contractuelles. En revanche, la formalisation partielle de pratiques anticoncurrentielles dans des contrats de nature civile n'est pas de nature à les exclure du champ d'application de l'article L. 420-2, et par conséquent de l'article L. 410-1.

L'Autorité ne peut pas connaître de la légalité de l'intervention d'une personne publique dans le secteur concurrentiel et de la qualification des subventions reçues par cette personne au regard de la réglementation européenne sur les aides d'État. Elle n'est pas non plus habilitée à appliquer les règles protectrices du consommateur lorsqu'elles ne se rattachent à aucune pratique anticoncurrentielle, ni celles relatives à la concurrence déloyale ou à la réglementation fiscale. Elle ne peut pas plus porter d'appréciation sur la légalité d'accords interprofessionnels ou sur la violation des règles applicables aux caisses primaires d'assurance maladie.

Dans tous les cas, le droit de l'Autorité de connaître des pratiques anticoncurrentielles n'est pas exclusif d'un recours aux juridictions judiciaires. D'abord, ces dernières ont compétence exclusive pour se prononcer sur la nullité des conventions, engagements ou clauses contractuelles se rapportant à une pratique prohibée par les articles L. 420-1 et L. 420-2 (art. L. 420-3). Cette compétence se limite au prononcé de la nullité ; comme l'Autorité, les juridictions judiciaires ne peuvent contraindre les parties à contracter. Ensuite, les compétences spéciales dévolues à l'Autorité n'excluent pas le recours aux juridictions de droit commun en cas de litige entre particuliers. La saisine de l'Autorité est facultative et la décision qu'elle est appelée à rendre ne lie pas le juge judiciaire. Inversement, la seule existence de procédures parallèles introduites devant les juridictions de l'ordre judiciaire n'empêche pas l'Autorité d'examiner sur le fondement de l'article L. 462-6 les pratiques susceptibles d'avoir un objet ou un effet anticoncurrentiel sur le marché. L'Autorité est également autorisée à demander aux juridictions d'instruction et de jugement les rapports et procès-verbaux ayant un lien direct avec les faits dont elle est saisie. Ces juridictions peuvent la consulter afin qu'elle donne un avis sur les pratiques anticoncurrentielles relevées dans les affaires dont elles ont connaissance (art. L. 462-3). En pratique cette faculté est rarement mise en œuvre.

Enfin, la compétence de l'Autorité doit aujourd'hui se combiner avec celle des autorités de régulation qui assurent une mission spécifique située en amont ou en aval de l'intervention des autorités de concurrence.

II. Contrôle préventif des regroupements à l'achat

A RETENIR

Dans son avis 15-A-06 du 31 mars 2015 relatif au rapprochement des centrales d'achat et de référencement dans le secteur de la grande distribution, l'Autorité de la concurrence préconisait l'introduction d'une obligation légale d'information à la charge des distributeurs avant la conclusion de tout nouvel accord de rapprochement, «afin de lui permettre d'assurer son rôle de veille de manière efficace».

L'Autorité estimait devoir être alertée de l'existence d'opérations qui, sans relever du contrôle des concentrations, peuvent poser des problèmes de concurrence et, le cas

échéant, justifier une auto-saisine. Se rangeant à cet avis, la loi Macron a inséré un article L. 462-10 au Code de commerce, aux termes duquel «tout accord entre des entreprises ou des groupes de personnes physiques ou morales exploitant, directement ou indirectement, un ou plusieurs magasins de commerce de détail de produits de grande consommation, ou intervenant dans le secteur de la distribution comme centrale de référencement ou d'achat d'entreprises de commerce de détail, visant à négocier de manière groupée l'achat ou le référencement de produits ou la vente de services aux fournisseurs devra être communiqué à l'Autorité de la concurrence, à titre d'information, au moins deux mois avant sa mise en oeuvre».

L'obligation d'information préalable est subordonnée au dépassement d'un double seuil de chiffre d'affaires, fixé par le décret 2015-1671 du 14 décembre 2015, codifié à l'article R. 462-5 du Code de commerce : le chiffre d'affaires total mondial hors taxes de l'ensemble des entreprises ou des groupes de personnes physiques ou morales parties aux accords doit être supérieur à 10 milliards d'euro et le chiffre d'affaires total hors taxes réalisé à l'achat en France dans le cadre de ces accords par l'ensemble des entreprises ou des groupes de personnes physiques ou morales parties aux accords doit être supérieur à 3 milliards d'euros. Pour l'appréciation de ce dernier seuil, deux ou plusieurs accords au sens de l'article L. 462-10 conclus au cours d'une période de deux années entre les mêmes entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales seront considérés comme un seul accord intervenant à la date du premier.

III. Règle *non bis in idem*

A RETENIR

La règle *non bis in idem* ne s'applique pas en cas de mise en œuvre concurrente des articles L. 420-1 du Code de commerce et 101 TFUE car ces textes sanctionnent des infractions distinctes.

Depuis l'entrée en vigueur du règlement 1-2003 du 16 décembre 2002, l'application concurrente des règles nationales et européennes s'inscrit dans un contexte différent puisque les instances nationales ont désormais l'obligation d'appliquer les articles 101 et 102 TFUE aux pratiques tombant dans leur champ d'application. En outre, une pratique collusive affectant le commerce entre États membres ne peut être interdite en application du droit national si elle ne l'est pas par le droit européen ; seuls les comportements unilatéraux peuvent être sanctionnés par des règles nationales plus strictes. Toutefois, l'Autorité de la concurrence ne viole pas le principe *non bis in idem* lorsqu'elle poursuit une entreprise déjà sanctionnée par la Commission, dès lors que celle-ci a clairement et précisément souligné que les deux affaires sont différentes.

A RETENIR

La compétence spéciale de l'Autorité de la concurrence est distincte de celle attribuée aux juridictions répressives. Même si elle peut prononcer des sanctions administratives, cette autorité administrative indépendante n'est pas autorisée à allouer des dommages-intérêts aux victimes.

Dès lors, la règle non bis in idem ne trouve pas à s'appliquer, à moins qu'il ne s'agisse de faits sanctionnables qui ont fait l'objet de poursuites et d'une décision antérieures. Encore faut-il, pour que l'autorité de chose jugée puisse être opposée à l'Autorité, que l'objet de la saisine et les parties soient identiques. Le principe non bis in idem ne s'applique donc pas lorsque les griefs notifiés concernent des faits différents et correspondent chacun à une infraction distincte. En l'absence d'identité d'objet des procédures, le fait que le juge des libertés et de la détention statuant sur la régularité des opérations de visite et saisie ait estimé que la prescription était acquise à une certaine date ne s'impose pas à l'Autorité qui, dans le cadre de son examen, demeure libre d'apprécier la conformité au droit de la concurrence de pratiques antérieures à ladite date. Selon l'Autorité, le principe non bis in idem, qui ne concerne que la décision rendue au fond, ne s'applique pas aux décisions de classement consécutives à un désistement qui ne prennent pas parti sur l'éventuelle qualification des pratiques dénoncées dans les saisines retirées. De même, l'autorité de la chose jugée par une juridiction de l'ordre judiciaire n'empêche pas l'Autorité d'examiner sur le fondement de l'article L. 462-6 du Code de commerce les pratiques susceptibles d'avoir un objet ou un effet anticoncurrentiel.

IV. Application du droit européen

Les juridictions judiciaires et l'Autorité de la concurrence doivent, en vertu du principe de primauté, appliquer les règles de concurrence européennes, qui sont d'effet direct, dès lors que la pratique concernée affecte le commerce entre États membres. Cependant, les textes dépourvus de caractère contraignant, comme les communications ou lignes directrices, dans lesquels la Commission fixe les limites de l'exercice de son pouvoir d'appréciation, ne lient pas les juridictions et autorités des États membres. L'appréciation des autorités nationales ne s'arrête pas au seul examen de la compatibilité de la pratique en cause avec les articles 101 et 102 TFUE. En effet, le principe de subsidiarité inscrit dans le Traité oblige les États membres à prendre les mesures générales ou particulières propres à assurer l'efficacité des règles européennes. Aussi, le Code de commerce prévoit-il, en son article L. 490-9 que pour l'application des articles 101 à 103 TFUE, le ministre de l'Économie, les fonctionnaires de la DGCCRF et l'Autorité de la concurrence disposent des pouvoirs qui leur sont reconnus par les titres II (pratiques anticoncurrentielles), V (pouvoirs d'enquête) et VII, ainsi que par le règlement 1-2003 : ces autorités possèdent donc les mêmes prérogatives, notamment d'initiative, d'enquête et d'instruction pour la mise en œuvre des règles de concurrence européennes, que celles dont elles sont investies pour l'application des règles françaises.

A RETENIR

La Commission et les autorités des États membres disposent, depuis l'adoption du règlement 1-2003, d'une compétence parallèle pour appliquer les règles de concurrence européennes. Cette compétence s'exerce dans le cadre de deux grands principes du droit européen : primauté et effet direct des règles européennes. L'article 3, paragraphe 1, du règlement impose aux autorités et juridictions nationales qui appliquent le droit national à une pratique susceptible d'affecter sensiblement le commerce entre États membres d'appliquer également l'article 101 ou 102. Afin d'assurer une mise en œuvre uniforme des règles européennes, le paragraphe 2 de l'article 3 précise que l'application du droit national de la concurrence ne peut entraîner l'interdiction d'ac-

cords ou de pratiques, qui, susceptibles d'affecter le commerce entre États membres, ne produisent pas d'effet anticoncurrentiel au sens de l'article 101, paragraphe 1, remplissent les conditions de l'article 101, paragraphe 3, TFUE ou sont couverts par un règlement d'exemption.

Sous la pression de la France, l'Union a cependant maintenu un domaine de compétence résiduelle aux règles nationales. Les États membres peuvent ainsi adopter et mettre en œuvre sur leur territoire des lois nationales plus strictes qui interdisent ou sanctionnent un comportement unilatéral d'une entreprise. Cette disposition vise notamment les règles relatives aux abus de dépendance, à la transparence tarifaire et aux pratiques restrictives. L'application du droit national du contrôle des concentrations n'est pas non plus concernée par les paragraphes 1 et 2 de l'article 3.

Le règlement 1-2003 précise, par ailleurs, l'étendue des compétences des autorités et juridictions nationales pour l'application du droit européen. Les autorités nationales, saisies d'office ou sur plainte, sont compétentes pour adopter quatre types de décisions : injonction de cesser l'infraction, mesures provisoires, acceptation d'engagements, infliction d'amendes, astreintes ou autres sanctions prévues par leur droit national. Les juridictions nationales sont, selon l'article 6, compétentes pour appliquer les articles 101 et 102. Les conditions de mise en œuvre de cette disposition sont précisées dans une communication.

L'application du droit européen est confiée à un réseau d'autorités de concurrence : le **réseau européen de concurrence (REC ou ECN)**. Chaque autorité nationale est en effet susceptible de mettre en œuvre les articles 101 ou 102 du Traité conjointement avec une autre autorité ou la Commission. Aussi, le texte européen pose-t-il le principe d'une collaboration étroite entre les autorités des États membres et la Commission (art. 11). Cette collaboration se traduit de différentes manières.

A RETENIR

La Commission, ou les autorités nationales, qui mettent en œuvre une procédure de concurrence en application des articles 101 ou 102 doivent se communiquer les informations relatives à l'affaire dont elles sont saisies, la Commission devant transmettre quant à elle une copie des pièces les plus importantes. Les autorités peuvent consulter la Commission pour connaître son interprétation. Lorsque la Commission ouvre une procédure en vue de l'adoption d'une décision de constatation et cessation d'infraction, de mesures provisoires ou d'acceptation d'engagements, les autorités nationales sont dessaisies.

L'Autorité de la concurrence a cependant précisé que l'engagement de procédure de la Commission est sans effet lorsque la procédure concerne le même secteur, mais n'a pas exactement le même objet, ne porte pas sur les mêmes produits, ne vise pas les mêmes entreprises et se rapporte à des faits commis à des périodes différentes. Elle n'est pas davantage tenue de se dessaisir lorsqu'elle examine non une demande de sanction d'une pratique anticoncurrentielle, mais une demande de mesures conservatoires. Parallèlement, si une autorité nationale est déjà saisie d'une affaire, la Commission doit consulter cette autorité avant d'ouvrir une procédure. La communication relative à la coopération

au sein du réseau d'autorités de concurrence précise les règles d'attribution des affaires, ainsi que les mécanismes de coopération et d'assistance.

La décentralisation de l'application du droit européen de la concurrence a, de longue date, été comprise par les autorités françaises qui n'hésitent pas à se considérer comme de véritables autorités européennes et à appliquer ces règles quand bien même les pratiques en cause n'auraient pas d'effet sur le territoire français ou n'auraient d'effet que sur ce dernier. Il suffit, pour mettre en œuvre les articles 101 et 102 TFUE, que le commerce entre États membres soit affecté. Les transactions réalisées en dehors du territoire de l'Union européenne ne sont en revanche soumises ni à l'article 102 TFUE, ni à l'article L. 420-2 du Code de commerce. Lorsque les pratiques en cause ne relèvent pas du droit européen, les autorités françaises utilisent les règlements ou communications à titre de guide d'analyse.

V. Coopération avec la Commission ou les autorités de concurrence des autres États membres

A RETENIR

L'article L. 462-9 organise la coopération de l'Autorité de la concurrence avec la Commission ou avec les autorités des autres États membres exerçant des compétences identiques. Le texte prévoit la communication des informations et documents recueillis par l'Autorité à la Commission ou aux autorités de contrôle des États membres, sous réserve de réciprocité et à la condition que le respect du secret professionnel soit assuré. Réciproquement, il donne à l'Autorité le pouvoir de conduire des enquêtes et des procédures à la demande des autorités étrangères.

En tout état de cause, l'assistance de l'Autorité sera refusée aux autorités étrangères, lorsque l'exécution de la demande risque de porter atteinte à la souveraineté, à la sécurité, aux intérêts économiques essentiels ou à l'ordre public français ou lorsqu'une procédure pénale est engagée en France pour les mêmes faits et contre les mêmes personnes, ou que ces faits ont fait l'objet d'une décision définitive. Des conventions pourront être signées par l'Autorité de la concurrence avec les autorités de contrôle étrangères.

Le II de l'article L. 462-9 dispose que pour la mise en œuvre des dispositions des articles 101 et 102 TFUE, les autorités de concurrence appliquent les dispositions du règlement 1-2003, sous réserve des règles de coopération et d'assistance énoncées au paragraphe précédent. Selon la Cour de cassation, le principe d'autonomie procédurale - qui postule qu'en l'absence d'harmonisation européenne, il appartient à l'ordre juridique interne de chaque État membre de régler les modalités procédurales des recours en justice destinés à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent de l'effet direct du droit européen - ne peut être tenu en échec que si sa mise en œuvre rend impossible ou excessivement difficile l'application du droit européen.

Par ailleurs, pour l'application des dispositions de l'article 11, paragraphe 4, du règlement 1-2003, qui organise l'information de la Commission lorsque les autorités des États membres envisagent l'adoption d'une décision ordonnant la cessation d'une infraction, acceptant des engagements ou retirant le bénéfice d'un règlement d'exemption

par catégorie, le 2e alinéa du II de l'article L. 462-9 dispose que l'Autorité de la concurrence transmet à la Commission un résumé de l'affaire, ainsi qu'un document indiquant l'orientation envisagée. Il peut s'agir de la notification des griefs ou du rapport. Ces documents peuvent également être mis à la disposition des autorités de concurrence des autres États membres.

SECTION 2

Saisine de l'Autorité de la concurrence

PLAN

Pour établir le régime de la saisine, il faut définir :

- les personnes habilitées à saisir l'Autorité ;
- les formalités auxquelles elle obéit ;
- les modalités de sa communication ;
- ce qu'il faut entendre par saisine «in rem» ;
- les conditions de son irrecevabilité ;
- la portée du désistement / dessaisissement de l'Autorité ;
- les règles de prescription.

I. Personnes habilitées

A RETENIR

L'Autorité de la concurrence peut être saisie par le ministre de l'Économie, par les entreprises, par les collectivités territoriales, les organisations professionnelles et syndicales, les organismes chargés de la défense des consommateurs, les chambres d'agriculture, les chambres de métiers ou les chambres de commerce et d'industrie territoriales, la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet et les présidents des observatoires des prix, des marges et des revenus de Guadeloupe, de Guyane, de Martinique, de La Réunion, du Département de Mayotte, des îles Wallis et Futuna et de Saint-Pierre-et-Miquelon, pour toute affaire qui concerne les intérêts dont ces organismes ont la charge.

Cette liste a un caractère limitatif. L'Autorité ne peut donc connaître de demandes de personnes ou d'organismes n'appartenant pas, à la date du dépôt de la saisine, à l'une ou l'autre des catégories mentionnées dans cette énumération.

A RETENIR

L'Autorité peut également se saisir elle-même (art. L. 462-5).

A. Saisine par le ministre de l'Économie

A RETENIR

Après enquête menée sur sa demande ou sur plainte d'entreprises, le ministre a la possibilité de saisir l'Autorité de la concurrence de toute pratique anticoncurrentielle au sens des articles L. 420-1, L. 420-2, L. 420-2-1, L. 420-2-2 et L. 420-5 ou contraire aux mesures prises en application de l'article L. 410-3, ou de faits susceptibles de constituer une telle pratique.

La saisine par le ministre de l'Économie permet ainsi de porter à la connaissance de l'Autorité des faits susceptibles de caractériser une infraction sur lesquels ses propres services d'instruction enquêteront. L'acte de saisine prend généralement la forme d'une lettre signée du directeur de la DGCCRF agissant sur délégation permanente. La saisine peut également être effectuée par un ministre délégué. La délégation de pouvoir doit dans ce cas être antérieure à la lettre de saisine. La qualité à agir du ministre devant l'Autorité résulte des articles L. 462-5 et L. 410-1. Le fait qu'il soit l'autorité de tutelle de la personne poursuivie ne fait pas obstacle à cette qualité. En outre, rien n'interdit au ministre de réunir dans un même dossier des pratiques constatées sur divers marchés, dès lors que chacun d'eux suppose la mise en œuvre pour partie, au moins, de techniques, de matériels et de qualifications de même nature et qu'ils ont été exécutés par les mêmes entreprises.

B. Saisine par les entreprises

Les entreprises peuvent saisir l'Autorité de la concurrence à condition de faire la preuve de leur qualité à agir, bien que le texte ne l'exige pas expressément. Elles doivent ainsi justifier d'un intérêt légitime, direct et personnel. Celui-ci s'apprécie à la date de l'introduction de la demande et non au moment du trouble allégué. L'entreprise doit donc exister en tant que telle au moment de l'introduction de l'action. Si l'Autorité est saisie par une personne physique, celle-ci doit exercer une activité commerciale en nom propre pour être qualifiée d'entreprise au sens de l'article L. 462-5.

C. Saisine par des organisations professionnelles ou des organismes chargés de la défense d'intérêts particuliers

L'acte de saisine de ces personnes doit être présenté par leurs représentants mandatés ou qualifiés. Ces organismes doivent apporter la preuve de leur qualité à agir pour défendre les intérêts qu'ils représentent. Cette preuve ressort généralement de leurs statuts.

D. Saisine par les collectivités territoriales

L'Autorité de la concurrence peut donner son avis sur les questions de concurrence à la demande des collectivités territoriales, qui sont habilitées à la saisir de toute affaire concernant les intérêts dont elles ont la charge.

E. Saisine par l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes

Le président de l'ARCEP saisit l'Autorité de la concurrence des abus de position dominante et des pratiques contraires au libre exercice de la concurrence dans le secteur des télécommunications. Cette saisine peut prendre la forme d'une procédure d'urgence, qui implique le prononcé par l'Autorité d'une décision dans les trente jours ouvrables suivant

la date de la saisine. Il peut également s'agir simplement d'une saisine pour avis (art. L. 36-10 C. des postes et communications électroniques).

F. Saisine d'office

A RETENIR

L'Autorité de la concurrence est une autorité administrative indépendante. À ce titre, elle peut se saisir d'office. La saisine d'office s'effectue sur proposition du rapporteur général.

Elle peut porter sur toute pratique anticoncurrentielle au sens des articles L. 420-1, L. 420-2, L. 420-2-1, L. 420-2-2 ou L. 420-5, ou des faits susceptibles de caractériser une telle pratique. L'Autorité a caractérisé un certain nombre d'hypothèses de saisine d'office :

- a) en cas de rejet d'une saisine pour irrecevabilité à défaut d'éléments probants suffisants, afin d'examiner de manière approfondie la situation du marché en cause et apprécier s'il y a matière ou non à poursuivre ;
- b) lorsqu'apparaît, à l'examen d'une saisine initiale, l'éventualité de pratiques anticoncurrentielles sur des marchés voisins ou connexes, ou des marchés géographiques distincts ;
- c) en cas d'abstention des entreprises ou organisations professionnelles alors que l'Autorité dispose d'éléments d'information justifiant une investigation. Il a ainsi été jugé que, si elle a des raisons de craindre que des atteintes à la concurrence affectent un marché, l'Autorité peut se saisir d'office et faire procéder aux investigations nécessaires. La Cour d'appel de Paris a précisé les conséquences du retrait d'une plainte. La saisine de l'Autorité par une personne habilitée porte à la connaissance de celle-ci des pratiques susceptibles d'être anticoncurrentielles. La maîtrise de la procédure appartenant à l'Autorité, elle peut s'autosaisir, notamment lorsqu'une saisine irrecevable ou rétractée révèle des actes contraires à l'ordre public économique dont elle est le gardien. Dès lors, le retrait d'une plainte est sans effet sur la saisine de l'Autorité lorsque celle-ci dispose d'éléments d'information lui permettant de craindre des atteintes à la concurrence. Selon la Cour d'appel de Paris, l'intervention de l'Autorité n'a pas pour objet de satisfaire à la demande d'une partie mais de sanctionner toute pratique anticoncurrentielle affectant le marché.

Dans tous les cas, la Cour d'appel de Paris considère qu'aucune disposition n'impose à l'Autorité de la concurrence de rendre compte des circonstances dans lesquelles elle estime opportun d'exercer le pouvoir de se saisir d'office que la loi lui reconnaît afin, notamment, de la mettre en mesure de donner sa propre orientation à la politique de la concurrence. Elle a récemment confirmé cette solution en décidant que l'Autorité de la concurrence peut se saisir d'office de pratiques anticoncurrentielles dans un secteur d'activité pour lequel elle a précédemment rendu un avis. Si l'Autorité de la concurrence et la Cour d'appel de Paris ont estimé que la saisine d'office ne viole pas le principe d'impartialité dès lors qu'elle ne constitue qu'une modalité de dévolution à l'Autorité de la concurrence des faits relatés dans une demande de clémence et qu'elle intervient nécessairement après l'avis de clémence pris sur proposition du rapporteur général, la Cour de cassation a toutefois jugé nécessaire de transmettre au Conseil constitutionnel

une question prioritaire de constitutionnalité portant sur la conformité de la procédure à ce principe. Ce dernier a estimé que la saisine d'office de l'Autorité de la concurrence ne viole pas le principe d'indépendance et d'impartialité dès lors qu'elle est entourée de garanties suffisantes, telle l'instruction de l'affaire sous la seule direction du rapporteur général ou l'absence de ce dernier au délibéré du collège (Cons. const., 14 oct. 2015, n° 2015-489 QPC, Grands Moulins de Strasbourg (aff. des farines), LawLex151251). En outre, la saisine d'office ne constitue pas un préjugement au sens de l'article 6 CEDH lorsqu'elle ne désigne aucun marché, aucun opérateur, ni aucun fait prohibé.

II. Formalités de la saisine

Selon le règlement intérieur de l'Autorité de la concurrence, la saisine et les pièces annexes sont adressées, en quatre exemplaires, soit par lettre recommandée avec avis de réception, soit par dépôt au bureau de la procédure de l'Autorité contre reçu. L'objet de la saisine doit être clairement précisé ; elle comporte notamment les mentions des dispositions sur lesquelles la partie saisissante entend se fonder. Si le demandeur est une personne physique, elle indique ses nom, prénom, profession et domicile et si c'est une personne morale, sa dénomination, sa forme, son siège social et l'organe qui la représente ; lorsque le demandeur est une entreprise, elle doit également mentionner le chiffre d'affaires des trois derniers exercices et accompagner sa demande des bilans et comptes de résultat correspondants. Tout document produit devant l'Autorité de la concurrence est rédigé en langue française, ou, à défaut, accompagné d'une traduction.

III. Communication de la saisine

Lorsque les faits lui paraissent de nature à justifier l'application de sanctions pénales (art. L. 420-6), l'Autorité transmet le dossier au procureur de la République. Cette transmission interrompt la prescription de l'action publique (art. L. 462-6). Cette prescription est également interrompue lorsque les faits visés dans la saisine font l'objet d'un acte tendant à leur recherche, leur constatation ou leur sanction par la Commission européenne ou l'autorité de concurrence d'un autre État membre. En outre, l'Autorité doit communiquer toute saisine entrant dans le champ de compétence des autorités administratives suivantes : Commission nationale informatique et libertés (CNIL), médiateur du cinéma, Autorité des marchés financiers (AMF), Autorité de contrôle prudentiel, Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA), Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP). Ces autorités disposent d'un délai de deux mois pour faire part de leurs observations éventuelles. Ces observations sont jointes au dossier (art. R. 463-9, C. com.). Elle peut néanmoins attendre la notification des griefs avant de communiquer à l'autorité administrative concernée l'acte de saisine et l'acte de notification.

IV. Saisine *in rem*

A RETENIR

L'Autorité examine si les pratiques entrent dans le champ d'application des articles L. 420-1, L. 420-2, L. 420-2-1, L. 420-2-2 ou L. 420-5, sont contraires aux mesures prises en application de l'article L. 410-3 ou peuvent se trouver justifiées par application de l'article L. 420-4. Il lui appartient donc de qualifier les faits dont elle est saisie. Par

conséquent, elle n'est pas liée par les qualifications juridiques données par l'Administration ou les parties dans l'acte de saisine. On dit que l'Autorité est saisie *in rem*. Le pouvoir de qualification dévolu à l'Autorité lui permet de décider la jonction de l'instruction de dossiers.

Saisie *in rem*, l'Autorité de la concurrence peut retenir les pratiques, qui, quoique non visées dans la saisine initiale, ont été révélées au cours des investigations et ont le même objet ou le même effet que celles dénoncées. Saisie de l'ensemble des faits et des pratiques qui affectent le fonctionnement d'un marché, l'autorité de concurrence est tenue de prendre une nouvelle décision de saisine d'office lorsque les pratiques révélées par ses investigations portent également sur un marché distinct. En revanche l'Autorité de la concurrence n'est pas tenue par l'identité des parties dans la saisine initiale et peut prononcer des mesures conservatoires à l'encontre d'autres entreprises directement concernées.

V. Irrecevabilité de la saisine

A RETENIR

L'Autorité de la concurrence peut, par décision motivée, déclarer la saisine irrecevable pour défaut d'intérêt ou de qualité à agir de l'auteur de celle-ci, ou si les faits sont prescrits au sens de l'article L. 462-7, ou si elle estime que les faits invoqués n'entrent pas dans le champ de sa compétence (art. L. 462-8, C. com.).

Elle peut également clore dans les mêmes conditions une affaire pour laquelle elle s'était saisie d'office. Pour l'application de ce texte, le rapporteur général est autorisé à fixer des délais pour la production des mémoires, pièces justificatives ou observations (art. R. 463-8, C. com.). Dès lors, la production de documents de nature à étayer la réalité des faits peut être valablement faite par une transmission distincte de la lettre de saisine. L'Autorité notifie à l'auteur de la saisine et au ministre sa décision relative à la recevabilité de la saisine (art. R. 464-8, 2^o, C. com.).

Ne relèvent pas de la compétence de l'Autorité :

- les faits n'entrant pas dans le champ d'application des règles de concurrence, car l'activité ou la pratique concernée est exclusive de la notion de production, de distribution ou de services au sens de l'article L. 410-1 du Code de commerce ;
- les faits ne pouvant être qualifiés de pratiques anticoncurrentielles, que ce soit sur le fondement des articles 101 et 102 TFUE, ou des articles L. 420-1 et L. 420-2 du Code de commerce ou qui ne portent pas une atteinte sensible, avérée ou potentielle, au libre jeu de la concurrence sur le marché de référence.

Lorsque les éléments recueillis au cours de l'instruction sont insuffisants pour établir une pratique anticoncurrentielle, la demande est rejetée par décision motivée, et non plus déclarée irrecevable. La saisine est également rejetée lorsque le plaignant n'a pas, contrairement à son obligation, étayé sa demande d'éléments suffisamment probants, l'Autorité de la concurrence n'étant pas tenue de suppléer à sa carence. Le pouvoir de renvoyer

l'affaire à l'instruction ne constitue en effet qu'une faculté pour l'Autorité de la concurrence. Les autorités de concurrence retiennent l'insuffisance d'éléments probants lorsque la preuve de l'objet ou effet anticoncurrentiel n'est pas apportée. Il en est ainsi quand l'effet anticoncurrentiel de la pratique émanant d'un opérateur en position dominante sur le marché concerné n'est pas établi, la pratique n'est pas de nature à éliminer dans les faits l'essentiel de la concurrence alors que le maître de l'ouvrage en était informé, elle ne constitue pas en elle-même une pratique anticoncurrentielle ou lorsque l'examen des éléments de preuve récoltés au cours de l'instruction ne révèle aucun indice d'entente ou abus de position dominante. L'entreprise qui allègue une restriction de concurrence doit fournir un minimum d'informations et d'explications crédibles et vérifiables afin qu'une instruction puisse être poursuivie à bon escient.

L'ordonnance du 4 novembre 2004 portant adaptation de certaines dispositions du Code de commerce au droit européen de la concurrence a ajouté d'autres hypothèses de rejet de la saisine afin de tenir compte du régime de compétences parallèles instauré par le règlement 1-2003. Ainsi, l'Autorité rejette la saisine lorsqu'elle est informée que l'autorité de concurrence d'un autre État membre ou la Commission a traité des mêmes faits sur le fondement des articles 101 et 102 TFUE ou qu'ils sont en cours de traitement par l'autorité d'un autre État membre. Dans ce dernier cas, lorsque l'information parvient au rapporteur au stade de l'instruction, le rapporteur général peut suspendre celle-ci. La clôture de la procédure peut intervenir même si l'Autorité de la concurrence s'est saisie d'office.

Afin de désengorger l'Autorité, la loi Macron du 6 août 2015 a complété la liste de l'article L. 462-8 qui autorise désormais le rejet de la saisine lorsque les faits invoqués peuvent être traités par le ministre de l'Économie en application de l'article L. 464-9 qui prévoit la possibilité pour ce dernier de transiger en cas de micro-pratiques anticoncurrentielles.

Le recours formé contre une décision d'irrecevabilité ne peut tendre qu'au renvoi de l'affaire devant l'Autorité ; la Cour d'appel de Paris est en effet dépourvue des pouvoirs et moyens de procéder à l'instruction dans les conditions des articles L. 463-2 à L. 463-4 du Code de commerce.

VI. Désistement/Dessaisissement

A RETENIR

L'article L. 462-8 règle la question du désistement des parties ou du dessaisissement de la Commission. Le président de l'Autorité de la concurrence ou un vice-président délégué par lui donne acte aux parties de leur désistement sous la forme d'une décision. Il en est de même pour le dessaisissement de la Commission. L'Autorité peut alors, pour poursuivre l'affaire, se saisir d'office.

VII. Prescription

A RETENIR

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'ordonnance du 13 novembre 2008 a introduit un plafond à l'article L. 462-7 : la prescription est acquise lorsqu'un délai de dix ans s'est écoulé depuis la cessation de la pratique anticoncurrentielle sans que l'Autorité de la concurrence ait statué.

Le délai de dix ans est suspendu jusqu'à la notification à l'Autorité de la concurrence d'une décision juridictionnelle irrévocable lorsque l'ordonnance délivrée dans le cadre d'une enquête lourde fait l'objet d'un appel ou lorsque le déroulement des opérations de visites et saisies fait l'objet d'un recours, à compter du dépôt de cet appel ou de ce recours, mais aussi lorsque la décision de l'Autorité déclarant la saisine irrecevable fait l'objet d'un recours, à compter du dépôt de ce recours (art. L. 462-7, al. 4).

L'interprétation de cet article revêt une importance capitale pour les entreprises poursuivies qui doivent connaître l'étendue exacte de la saisine. Selon une pratique constante de l'Autorité, si les faits prescrits ne peuvent être qualifiés et donner lieu à des poursuites, il est cependant possible de les relater afin de permettre la compréhension des griefs retenus relatifs à des faits non prescrits. Toutefois, l'Autorité doit clairement limiter dans le temps les faits qualifiés et sanctionnés sur le fondement des articles L. 420-1 et L. 420-2. Ainsi, elle ne peut soumettre à sa décision des faits antérieurs à l'enquête diligentée par la DGCCRF, mais peut se prononcer sur des faits couverts par la prescription lorsqu'elle est saisie pour avis.

A RETENIR

Les actes de recherche, de constatation ou de sanction interrompent la prescription.

EXEMPLES

Constituent des actes interruptifs de la prescription :

- la saisine de l'Autorité par le ministre de l'Économie ou l'autosaisine de l'Autorité ;
- la demande d'avis à une autorité administrative et l'avis subséquent ;
- les procès-verbaux établis au cours de l'enquête administrative ;
- la plainte avec constitution de partie civile et l'enquête qui en résulte ;
- les ordonnances d'autorisation de visite et de saisie ;
- les actes d'instruction effectués pour les besoins d'une décision ultérieurement annulée, lorsque la nullité ne les affecte pas ;
- la convocation par le rapporteur à des auditions, l'audition du plaignant ou la demande de communication de pièces ;
- la notification des griefs.

Ne sont pas interruptifs de la prescription :

- la désignation des rapporteurs successifs, qui constitue une mesure d'administration interne ;
- l'échange de correspondance entre le rapporteur et le représentant de l'entreprise mise en cause ;
- des constats d'huissiers de justice et de la saisine des juridictions civiles qui ne constituent pas des actes tendant à la recherche, la constatation ou la sanction d'une infraction aux règles de concurrence ;
- l'impossibilité d'agir de l'entreprise saisissante, du ministre de l'Économie ou du commissaire du Gouvernement du fait de l'inaction du rapporteur ;
- les pourvois en cassation formés contre les ordonnances d'autorisation judiciaire et les décisions rendues sur ces pourvois, dans la mesure où ils ne tendent pas à la recherche de la preuve, mais au contraire empêchent l'utilisation d'investigations irrégulièrement mises en œuvre ;
- la séance de l'Autorité au cours de laquelle est discutée la recevabilité de la saisine, ou la convocation pour assister à cette séance, aucune décision n'étant prise à l'issue de cette séance ;
- le jugement de sursis à statuer dans l'attente de la décision définitive de l'Autorité, rendu par un tribunal de commerce ;
- la transmission de la notification de griefs par l'Autorité à la cour d'appel.

Comme en matière pénale, les actes, par lesquels une personne mise en cause dans une procédure conteste la validité de celle-ci ou d'une décision intervenue dans ce cadre, interrompent la prescription en ce qu'ils participent au déroulement de la procédure. En outre, l'ordonnance du 13 novembre 2008 a ajouté un cas de prescription à l'article L. 462-7 : les actes interruptifs de la prescription publique interrompent la prescription devant l'Autorité de la concurrence.

Par ailleurs, s'agissant de la période postérieure à la saisine de l'Autorité, la Cour d'appel de Paris avait précisé que toute prescription dont la conséquence est de rendre irrecevable une action ou d'interdire la sanction d'un fait, recommence à courir après qu'elle ait été interrompue, sous réserve d'une éventuelle cause de suspension de son cours. Cette interprétation a reçu l'aval de la Cour de cassation et a été reprise par l'Autorité de la concurrence. Enfin, l'Autorité étant saisie de pratiques d'entente dans leur ensemble, l'interruption de la prescription produit effet à l'égard de toutes les parties impliquées, y compris celles qui n'ont pas été entendues dans ce délai. De même, des actes d'instruction réalisés à l'égard d'abus de position dominante peuvent produire un effet d'interruption de la prescription relative aux poursuites engagées à l'égard d'ententes, dès lors qu'il existe un lien de connexité entre ces infractions en raison de leur objet.

Comme en matière pénale, le point de départ de la prescription diffère selon le caractère instantané ou non de l'infraction. Pour l'infraction instantanée, le point de départ de la prescription est le lendemain de l'acte constitutif de l'infraction. En re-

vanche, la prescription des infractions à caractère continu ne commence à courir que le lendemain du jour où le comportement infractionnel a cessé. On distingue encore les infractions continues permanentes, qui sont des infractions consommées en un seul acte, mais dont les effets et le résultat se prolongent dans le temps et dont le régime de prescription est celui des infractions instantanées, et les infractions continues successives, caractérisées par la réitération de la volonté infractionnelle dans le temps et dont le régime de prescription est celui des infractions continues. Les effets anticoncurrentiels de conventions conclues en temps prescrit, mais dont l'application s'est poursuivie, sont donc susceptibles d'être sanctionnés. Les pratiques présentant un caractère continu ne commencent en effet à se prescrire qu'à la date à laquelle elles ont pris fin. Le point de départ de la prescription a été fixé par la cour d'appel à la date de réception de la lettre de saisine de l'Autorité. C'est en effet à cette date que l'Autorité prend connaissance des faits dénoncés.

SECTION 3

Déroulement de la procédure

A RETENIR

La procédure devant l'Autorité est régie par les articles L. 463-2, L. 463-7, L. 463-8 et R. 463-1 et suivants du Code de commerce. Elle commence par le dépôt de la requête saisissant l'Autorité et se décompose en plusieurs phases après la désignation du rapporteur. L'instruction comme la procédure devant l'Autorité sont pleinement contradictoires (art. L. 463-1). Le respect de ce principe est assuré dès le commencement de la procédure.

La procédure ordinaire se déroule en trois phases : la notification des griefs, l'établissement du rapport de l'Autorité, la séance de l'Autorité.

L'Autorité de la concurrence peut cependant préférer une procédure simplifiée, notamment pour les affaires de faible importance. Elle décide alors, après la notification des griefs, de porter le litige devant la commission permanente, sans établir au préalable un rapport (art. L. 463-3, C. com.). Cette décision est notifiée aux destinataires de la notification des griefs et au ministre de l'Économie, qui disposent d'un délai de deux mois pour présenter leurs observations (art. R. 463-12 et R. 464-8, 4° C. com.).

La procédure devant l'Autorité de la concurrence n'est pas soumise aux règles du Code de procédure civile. Seules les règles des articles L. 463-1 s. lui sont applicables. Dès lors, il est exclu qu'un tiers puisse intervenir sur le fondement de l'article 330 du Code de procédure civile.

Le rapporteur général nomme, pour l'examen de chaque affaire, un ou plusieurs agents des services d'instruction aux fonctions de rapporteur (art. L. 450-6, al. 1, C. com.). Leur mission consiste à instruire les dossiers à charge et à décharge. Aussi, sont-ils autorisés à procéder aux enquêtes nécessaires à la recherche de la preuve de l'infraction alléguée (art. L. 450-1 C. com.). Sur la demande écrite du rapporteur général, le ministre de l'Économie doit, sans délai, mettre à sa disposition les fonctionnaires habilités nécessaires à la réalisation des opérations d'enquête lourde, pour la durée et le nombre indiqués.

Après ces investigations, le rapporteur a la possibilité soit d'établir une notification des griefs, soit de proposer un non-lieu à poursuivre la procédure. Il n'est lié ni par les résultats de l'enquête administrative, ni par les qualifications adoptées par la partie saisissante.

I. Procédure d'instruction

PLAN

La procédure d'instruction peut donner lieu :

- à une enquête préparatoire ;
- à un non-lieu ;
- à des engagements des parties ;
- à une intervention du conseiller-auditeur ;
- à une jonction des procédures ;
- à un rapport de l'Autorité.

A. Enquête préparatoire

A RETENIR

S'il l'estime nécessaire, le rapporteur peut décider de procéder à une enquête, notamment lorsque l'Autorité n'est pas saisie par le ministre de l'Économie, ou à des investigations complémentaires, lorsque des opérations d'enquête ont déjà eu lieu. Il est habilité pour effectuer lui-même les opérations (art. L. 450-1).

Cette enquête dite préparatoire n'est pas obligatoire, si le rapporteur estime que les éléments joints à la saisine sont suffisants et qu'il se trouve en mesure, en l'état du dossier, de proposer soit une décision d'irrecevabilité ou de non-lieu, soit la notification des griefs. Le rapporteur n'est pas lié par les qualifications proposées dans sa saisine et instruit le dossier à charge et à décharge. Aussi apprécie-t-il librement la nécessité de diligenter les enquêtes qui lui apparaissent utiles, sans être tenu par les propositions éventuellement formulées par les parties mises en cause. De même, il ne peut se voir reprocher d'avoir mené une enquête uniquement à charge du seul fait qu'il n'a pas retenu certains arguments et pièces soumis par les entreprises en cause, dès lors qu'il est libre de se fonder sur ceux qui lui paraissent les plus pertinents, sans être tenu d'exposer les motifs pour lesquels il en écarte d'autres.

Le rapporteur peut procéder à l'audition des entreprises lors de la phase préparatoire. Dans ce cas, les entreprises n'ont pas droit à la communication du dossier, l'article L. 463-2 du Code de commerce ne prévoyant une telle formalité que lorsque la saisine est suivie d'une notification des griefs. Le rapporteur dispose d'un pouvoir d'appréciation quant à la conduite des investigations. Il procède aux auditions qu'il estime nécessaires. Il n'est pas obligé d'entendre les parties poursuivies lors de son instruction, dès lors que les représentants des entreprises sont en mesure de présenter des observations écrites à la notification des griefs et de les développer oralement à la séance de l'Autorité. Il n'est pas davantage tenu de confronter les responsables entendus avec les auteurs de déclarations les mettant en cause, ni de les interroger sur les pièces litigieuses saisies chez des

tiers. Le rapporteur n'a pas non plus à faire connaître aux intéressés, avant la notification des griefs, les pratiques qui leur sont reprochées ni leur mise en cause dans la procédure. Il doit cependant, lors de l'audition, leur indiquer le cadre général au sein duquel elle se situe. Les auditions font l'objet de procès-verbaux. Ceux-ci peuvent prendre la forme de mails, même s'ils ne reproduisent pas les questions posées. Ils doivent en revanche permettre d'établir l'origine, l'exactitude et la régularité des communications en litige.

Les investigations du rapporteur ne doivent en effet pas compromettre irrémédiablement les droits de la défense. Si le rapporteur peut, lors de l'enquête préalable, obliger les représentants de l'entreprise à fournir les renseignements nécessaires sur les faits et documents relatifs à la saisine, sans leur communiquer les pièces de la procédure, il ne peut, cependant, en usant de procédés déloyaux, susciter des personnes entendues des déclarations qui les amèneraient à avouer l'existence de pratiques illicites, dont il appartient à l'Autorité d'apporter la preuve. Par ailleurs, le fait que les enquêteurs se soient fait spontanément remettre des documents d'origine douteuse ne remet pas en cause la validité de la procédure si, après avoir constaté cette irrégularité, ils les restituent à l'entreprise sans les verser au dossier ni se fonder sur eux pour établir la preuve des faits reprochés.

Le rapporteur général peut faire appel à des experts. La demande de nomination peut émaner soit du rapporteur, soit d'une des parties. Elle peut être formulée à tout moment de l'instruction. La décision de nomination d'un expert n'est pas susceptible d'appel. L'expertise se déroule de manière contradictoire, conformément aux règles de droit commun de la procédure civile. La mission et la durée de l'expertise sont précisées dans la décision du rapporteur général. Les frais incombent au demandeur, mais l'Autorité peut en faire peser la charge définitive, dans des proportions qu'il définit, sur la partie sanctionnée (art. L. 463-8 et R. 463-16 C. com.).

Selon l'Autorité de la concurrence, le rapport administratif d'enquête ne constitue qu'un document de synthèse dénué de force probante particulière ou d'effets juridiques. Par conséquent, les services d'instruction peuvent ultérieurement, sans méconnaître le principe d'impartialité, retenir dans la notification de griefs une analyse de l'imputabilité différente de celle suggérée par le rapport.

L'Autorité de la concurrence peut demander la communication des procès-verbaux, rapports d'enquête ou autres pièces de l'instruction pénale ayant un lien direct avec des faits dont l'Autorité est saisie (art. L. 463-5 C. com.). Aucune forme particulière n'est imposée à la communication par le juge d'instruction au rapporteur de pièces de l'instruction pénale. Cette communication ne porte pas atteinte au principe de l'égalité des armes dès lors que l'article L. 463-5 du Code de commerce ne prévoit aucune restriction à l'utilisation de ces pièces et que les parties disposent de la faculté d'en discuter au cours de la phase contradictoire de la procédure, après la notification des griefs. L'Autorité peut également utiliser les pièces fournies par une autorité membre du réseau européen de la concurrence. Cette utilisation n'est cependant possible que si le droit de l'Union est applicable et si les pièces concernées ont été collectées dans une procédure ayant le même objet (art. 12 Règl. 1-2003).

B. Non-lieu

A RETENIR

Lorsqu'aucune pratique de nature à porter atteinte à la concurrence n'est établie, l'Autorité peut décider un non-lieu à poursuivre (art. L. 464-6).

Si aucune pratique susceptible d'être qualifiée d'abusive n'est mise en évidence par l'instruction d'une plainte, il n'y a pas lieu de définir le marché, ni de rechercher s'il existe une position dominante sur celui-ci, ni de renvoyer l'affaire à l'instruction. Seule l'Autorité peut se prononcer sur une proposition de non-lieu. Ainsi, sont irrecevables les moyens qui, dans le cadre du grief pris de l'omission de définition du marché pertinent reprochent à la proposition de non-lieu du rapporteur de comporter des inexactitudes et des erreurs quant à l'appréciation du contexte économique des pratiques et soutiennent que l'instruction a été incomplète et ambiguë concernant la substituabilité de l'offre, dès lors que seules les décisions de l'Autorité de la concurrence peuvent faire l'objet d'un recours. L'absence de grief relatif à une question précise dans une première notification des griefs ne tient pas lieu de proposition de non-lieu. Cette proposition est communiquée à l'auteur de la saisine et au commissaire du Gouvernement qui doivent, préalablement à la décision, être mis à même de consulter le dossier et de faire valoir leurs observations. Ils disposent pour cela d'un délai de deux mois. La décision de non-lieu est notifiée à l'auteur de la saisine, aux personnes dont les agissements ont été examinés par le rapporteur, ainsi qu'au ministre de l'Économie (C. com., art. R. 464-8, 3°). À défaut de décision de l'Autorité, la poursuite de l'instruction par un nouveau rapporteur n'est pas valable.

C. Engagements

A RETENIR

Depuis l'ordonnance du 4 novembre 2004 portant adaptation de certaines dispositions du Code de commerce au droit européen de la concurrence, l'article L. 464-2, I du Code de commerce offre aux entreprises la faculté de présenter des engagements de nature à mettre un terme aux préoccupations de concurrence. Cette procédure diffère de la procédure d'engagement dans le cadre de la transaction (art. L. 464-2, III, C. com.) et du régime de clémence régi par le paragraphe IV de l'article L. 464-2. Elle suppose seulement la constatation d'une atteinte actuelle à la concurrence. Elle ne peut être mise en œuvre postérieurement à la notification des griefs.

L'entreprise qui accepte d'entrer dans une procédure d'engagement ne reconnaît pas avoir commis une pratique anticoncurrentielle. Selon le communiqué de procédure du 2 mars 2009, plus rapide et plus flexible que celle conduisant au constat de l'infraction, la procédure d'engagements a pour objectif d'obtenir que l'entreprise cesse et modifie de son plein gré, pour l'avenir, des comportements qui ont suscité des préoccupations de concurrence. Elle représente une économie de ressources tant pour l'Autorité que pour l'entreprise.

1. Champ d'application

Même si l'article L. 464-2, I du Code de commerce ne précise pas la typologie des comportements susceptibles de faire l'objet d'engagements, la procédure d'engagements n'est pas applicable, dans les cas où l'atteinte à l'ordre public économique impose le prononcé de sanctions pécuniaires, notamment lorsque le dommage à l'économie généré est important. Aussi, les ententes graves comme les cartels et certains abus de position dominante sont-elles a priori exclues de la procédure d'engagements, qui concerne plutôt certaines pratiques unilatérales ou verticales. Toutefois, la position de l'Autorité sur la question a évolué. Elle a ainsi considéré que, pour des ententes horizontales de prix, il peut être recouru à la procédure d'engagements lorsque, eu égard à la nature des faits et à leurs conséquences pratiques, celle-ci s'avère particulièrement adaptée pour maintenir ou rétablir la concurrence.

2. Typologie des restrictions compensées

Dans le silence du Code de commerce, il est revenu à l'Autorité de la concurrence de préciser les comportements susceptibles de faire l'objet d'engagements. Ainsi, elle a relevé, dans son communiqué de procédure, que la plupart des décisions rendues concernent des engagements présentés pour remédier à des pratiques unilatérales susceptibles de produire des effets d'éviction ou de fermeture de l'accès au marché :

- **pratiques de ciseau tarifaire** : engagement de mettre en place des barèmes objectifs et transparents s'appliquant de manière non discriminatoire, de ménager à un concurrent au moins aussi efficace un espace économique suffisant pour proposer une offre de détail viable sur le marché aval ou de formaliser un protocole interne décrivant les conditions techniques opérationnelles et financières de fourniture de services de connectivité et d'assurer la mise en œuvre du protocole ;
- **pratiques discriminatoires** : engagement d'adopter un nouveau système de rémunération complémentaire des diffuseurs de presse afin qu'ils ne soient plus incités à concentrer leurs efforts sur la mise en valeur des titres diffusés par les messageries dominantes ; engagement pris par l'opérateur historique de télécommunications en situation de quasi-monopole sur le marché des services d'ingénierie, de conseil et de contrôle technique des installations téléphoniques réalisées sur le domaine privé, de fournir aux entreprises qui commercialisent de tels services, une prestation de fourniture de localisation du point d'adduction au réseau téléphonique assortie de la possibilité d'opter pour une prestation avec ou sans déplacement, et d'appliquer pour chaque option un tarif déterminé correspondant aux coûts y afférents ou par l'opérateur dominant de pérenniser une cellule spécifique de prise en charge des incidents dans le cadre du service après-vente des offres de gros dans les DOM, dédiée aux opérateurs de téléphonie présents dans les Caraïbes, qui traitera des dysfonctionnements signalés par voie électronique et téléphonique aux heures ouvrables, jusqu'alors non couverts par la cellule métropolitaine, afin de tenir compte de l'éloignement et du décalage horaire avec la métropole ;
- **clauses d'exclusivité** : introduction de clauses de rupture anticipée dans des contrats prévoyant une exclusivité ou une quasi exclusivité de longue durée, transformation de contrats à durée indéterminée en contrats de courte durée, révision des condi-

tions de la reconduction tacite ; suppression de l'exclusivité ou limitation de la reconduction tacite à la phase de lancement de nouveaux produits ; recours périodique à des procédures d'appels d'offres transparentes et non-discriminatoires et conclusion avec les attributaires de contrats dénués d'exclusivité, afin de mettre un terme aux droits exclusifs d'importation dans les collectivités d'outre-mer conférés à des importateurs-grossistes.

- **fermeture du marché** : engagement d'un animateur de réseau de distribution sélective de permettre la vente de ses produits sur internet aux distributeurs agréés disposant d'un magasin physique ou de plusieurs laboratoires pharmaceutiques d'assouplir le système de contingentement pour l'approvisionnement des grossistes-répartiteurs par l'octroi de quotas de distribution aux «nouveaux entrants» ;

- **refus d'accès** : engagement d'intégrer les quotidiens gratuits d'information générale dans l'étude de mesure d'audience de référence afin de permettre leur prise en considération par les professionnels de la publicité, d'octroyer une licence contre redevance raisonnable, de vendre à des tiers des pièces de rechange destinées à réaliser des prestations de maintenance approfondie sur des équipements commercialisés par l'entreprise en position dominante, de donner accès à un système informatisé permettant de connaître les ventes de tous les titres de presse par les diffuseurs à un concurrent ou de modifier une procédure d'agrément afin de la rendre plus objective et transparente ;

- **confusion créée entre activités commerciales et service public** : engagement pris par un établissement public de faire évoluer sa comptabilité analytique de façon à distinguer clairement les services à caractère marchand et les services à caractère administratif, de garantir l'autonomie entre les services de l'état civil et la régie municipale de pompes funèbres ou entre une mutuelle et les prestations d'un opérateur de services funéraires, ou engagement d'une fédération sportive de découpler la vente d'assurances de la vente de la licence ou du PMU de mettre fin à la mutualisation des masses d'enjeux en «dur» et en ligne ;

- **atteinte à l'autonomie commerciale d'autres opérateurs** : engagement de supprimer les clauses interdisant aux membres d'un groupement ou d'un réseau de se constituer une clientèle propre ou de lui faire concurrence, ou encore de s'abstenir de toute instruction, directive ou recommandation contraignante, directe ou indirecte, par quelque moyen que ce soit, concernant la politique ou la stratégie commerciale et/ou financière du partenaire ou de ne pas collecter auprès de lui des informations commerciales sensibles.

3. Caractère nécessaire et proportionné des engagements

Les engagements imposés par l'Autorité de la concurrence doivent demeurer nécessaires et proportionnés quelle que soit la nature de la préoccupation de concurrence qu'ils visent à dissiper. Il ne peut être exigé d'engagements allant au-delà des préoccupations de concurrence exprimées dans l'évaluation préliminaire. Ainsi, il ne peut être fait droit à la proposition faite par un tiers, en réponse à un test de marché, d'interdire purement et simplement un type d'accord. Lorsque les parties proposent des engagements allant au-delà des préoccupations contenues dans l'évaluation préliminaire, l'Autorité de

la concurrence se contente d'en prendre acte sans les rendre obligatoires.

4. Procédure

L'article R. 464-2 du Code de commerce précise la procédure d'acceptation des engagements. Le rapporteur fait connaître aux parties son évaluation préliminaire des pratiques en cause par courrier, par procès-verbal ou dans son rapport oral lorsque l'Autorité est saisie d'une demande de mesures conservatoires. L'évaluation préliminaire de l'Autorité de la concurrence n'est pas assimilable à un acte d'accusation. En effet, l'Autorité ne peut, dans le cadre de la procédure d'acceptation des engagements, se prononcer que sur les remèdes nécessaires pour mettre fin aux problèmes de concurrence identifiés. Il ne lui est notamment pas possible de se décider sur une réforme statutaire qui dépasse l'examen de ces remèdes. Il ne lui appartient pas non plus de se substituer à une entreprise, même dominante sur son marché, dans la fixation de ses prix, le rôle de la procédure d'engagements n'étant pas de figer pour l'avenir ce que seront les coûts d'une entreprise. La procédure doit néanmoins être pleinement contradictoire. Aussi, les parties à la procédure doivent-elles avoir accès à l'intégralité des documents sur lesquels le rapporteur s'est fondé et de ceux soumis à l'Autorité, sous réserve de l'intérêt légitime des entreprises à ce que leurs secrets d'affaires soient préservés. Il appartient à la cour d'appel de vérifier, au besoin d'office, si le défaut de communication de certaines pièces a porté atteinte au principe du contradictoire.

Les entreprises disposent d'un délai minimum d'un mois pour formaliser leurs engagements. Les engagements proposés sont communiqués à l'auteur de la saisine et au commissaire du Gouvernement. Un résumé de l'affaire et des engagements est publié afin de permettre aux tiers intéressés de présenter leurs observations. Dans un délai qui ne peut être inférieur à un mois à compter de cette date, les parties, le commissaire du Gouvernement ou les tiers intéressés peuvent présenter leurs observations, qui sont versées au dossier.

Le rapporteur général convoque à la séance, par lettre accompagnée de la proposition d'engagements, les parties et le commissaire du Gouvernement, qui peuvent présenter des observations orales. La procédure revêt un caractère consensuel. L'Autorité de la concurrence peut donc activement participer aux débats entre les parties sur les engagements proposés et les observations recueillies sans que cette participation puisse être qualifiée d'immixtion dans l'instruction de l'affaire. Il lui est loisible d'accepter des engagements qui ne satisferaient pas l'entreprise saisissante, dans la mesure où elle est investie d'une mission de défense de l'ordre public économique et non d'intérêts particuliers. Elle a également la possibilité d'abandonner la procédure d'engagements et refuser une prolongation des délais pour présenter de nouveaux engagements, lorsque les problèmes de concurrence n'ont pu être résolus par les engagements initialement proposés et que l'objectif d'accélération de la résolution des affaires poursuivi par cette procédure risque de ne pas être atteint. Selon le Conseil d'Etat, le juge administratif n'est pas compétent pour connaître du recours exercé par une entreprise contre le refus opposé par les services d'instruction de l'Autorité de la concurrence à sa demande d'ouverture de la procédure d'acceptation d'engagements.

L'Autorité peut conférer aux engagements une durée indéterminée si elle estime qu'il

doit être durablement remédié aux préoccupations de concurrence ou, au contraire, déterminée, lorsque le rétablissement de la concurrence est prévisible à court ou moyen terme. En cas de changements sur le marché en cause au cours de l'exécution des engagements, l'Autorité a la faculté de se saisir d'office pour réviser les engagements acceptés. Elle peut également être saisie par l'entreprise plaignante, le ministre de l'Économie ou toute autre entreprise ayant un intérêt à agir. La procédure peut être réouverte notamment lorsque i) l'un des faits sur lesquels la décision repose subit un changement important ; ii) l'entreprise contrevient à ses engagements ; ou iii) il s'avère que la décision d'engagements était fondée sur des informations incomplètes, inexactes ou dénaturées fournies par les parties à la procédure. Ainsi, lorsque l'animation de la concurrence que les engagements souscrits avaient pour objet de provoquer ne se matérialise pas, l'Autorité peut décider de les priver de tout caractère obligatoire à l'égard de l'entreprise à compter de la décision de révision.

Enfin, pour assurer la bonne exécution des engagements, l'Autorité peut adopter des mesures complémentaires de suivi. Aucune disposition ne prévoit la participation de l'entreprise saisissante au suivi des engagements pris à l'égard de l'Autorité de la concurrence. L'acceptation des engagements met un terme à la procédure contentieuse, qui se traduit par un non-lieu. Toutefois, lorsque les engagements ne sont acceptés que pour une seule des pratiques visées, la décision de clôture de la procédure d'engagements ne constitue pas un non-lieu partiel à poursuivre sur les autres griefs entrant dans le champ d'application des articles L. 462-8 et L. 464-6 du Code de commerce. Leur non-respect peut justifier le prononcé d'une sanction pécuniaire. La décision d'engagements et de clôture de la procédure ne constate pas, à la différence d'une décision de sanction, le caractère anticoncurrentiel, ou non, d'un comportement ou d'une pratique : elle ne peut donc pas être utilisée comme premier terme d'une réitération, exclure l'exercice d'une action en justice par l'une des parties à la procédure d'engagements.

D. Notification des griefs

1. Procédure

A RETENIR

Le rapporteur établit la notification des griefs s'il estime que les pratiques anticoncurrentielles sont suffisamment établies par les éléments qu'il a réunis.

La notification des griefs retenus par le rapporteur est adressée par le rapporteur général ou le rapporteur adjoint désigné par lui par lettre recommandée avec demande d'avis de réception aux parties intéressées ainsi qu'au commissaire du Gouvernement.

Le rapporteur général (art. L. 463-2, al. 1, C. com.) n'est pas tenu de notifier les griefs à toutes les parties à une entente, lorsqu'il estime que le comportement de certaines d'entre elles ne justifie ni injonction, ni sanctions pécuniaires. Lorsqu'il s'agit de groupe de sociétés, les destinataires des griefs sont les sociétés mères, quand bien même ces groupes sont formés de personnes morales juridiquement distinctes, dès lors qu'elles sont unies par des liens capitalistiques et suivent une stratégie commerciale, industrielle et financière unifiée. En revanche, lorsque les groupes ont des activités diversifiées, les

griefs doivent être notifiés aux filiales spécialisées dans le secteur concerné. Les griefs n'ont pas à être notifiés aux agences locales des sociétés en cause, lorsque ces agences, dont les dirigeants ne sont pas à même de déterminer librement une stratégie industrielle, financière et commerciale pleinement autonome, ne constituent pas des entreprises au sens du droit de la concurrence. Les distributeurs indépendants réunis au sein d'une enseigne commune ayant adopté une politique de référencement, d'achat et de vente commune, qui ont renoncé à leur liberté commerciale pour pratiquer des prix de vente uniformes fixés par la «tête de réseau», ont également été qualifiés par l'Autorité de la concurrence de groupement assimilable à une entreprise. Les griefs sont dans ce cas notifiés uniquement à la société tête de réseau, support de la concertation avec les fournisseurs, pour le compte des entreprises qu'elle représente. En revanche, une entreprise ne peut se voir imputer un grief d'entente avec un fabricant au seul motif qu'elle est mentionnée dans la notification des griefs comme distributeur de ce fabricant.

Déterminer les destinataires des griefs peut s'avérer difficile lorsqu'il s'agit de personnes différentes de celles qui ont mis en œuvre les pratiques dénoncées. En effet, entre la date des faits et celle de la notification des griefs, des modifications juridiques ou structurelles peuvent avoir affecté ces personnes, notamment en cas de fusion, absorption ou restructuration par éclatement de certaines unités. L'Autorité, pour résoudre cette question, s'est inspirée de la jurisprudence européenne. **Lorsque, entre le moment où l'infraction a été commise et celui où l'entreprise en cause doit en répondre, la personne responsable de l'exploitation de cette entreprise a cessé d'exister juridiquement, il convient de localiser, dans un premier temps, l'ensemble des éléments matériels et humains ayant concouru à l'infraction, pour identifier, dans un second temps, la personne qui est devenue responsable de l'exploitation de cet ensemble afin d'éviter qu'en raison de la disparition de la personne responsable de son exploitation au moment de l'infraction, l'entreprise ne réponde pas de la commission de celle-ci.** Les entreprises doivent désormais communiquer au rapporteur en charge du dossier les modifications intervenues dans leur situation juridique dès lors qu'elles sont susceptibles de modifier les conditions dans lesquelles elles sont représentées ou dans lesquelles les griefs sont imputés. L'information peut être transmise à tout moment de la procédure d'investigation. À défaut, les entreprises ne pourront plus s'en prévaloir (C. com., art. L. 464-2, al. 1er). En cas d'élection de domicile, l'Autorité de la concurrence est tenue de notifier les actes de procédure à une seule adresse, celle du domicile élu, et non à l'ensemble des avocats désignés pour assister l'entreprise au cours de l'instruction.

Si la notification des griefs ne doit pas en principe contenir d'inexactitudes entraînant une confusion sur l'identité du destinataire des griefs, les erreurs matérielles d'adresse ou de dénomination du destinataire ne vicient pas la procédure. Il suffit que les entreprises réellement mises en cause puissent répondre au grief notifié et soient à même de faire valoir leur défense. De même, il ne peut être reproché à l'Autorité de la concurrence d'avoir communiqué aux parties des pièces rédigées en langue étrangère dès lors que la procédure de concurrence ne présente pas de caractère pénal, que les destinataires des griefs sont des entreprises disposant de plus de moyens pour assurer leur défense que des personnes physiques et que les parties ont bénéficié de délais supplémentaires pour faire réaliser les traductions nécessaires. Ainsi, l'utilisation du français comme langue

de procédure à l'égard d'entreprises allemandes ou américaines ne viole pas l'article 6, paragraphe 3, CEDH dès lors que l'Autorité de la concurrence s'est assurée que celles-ci avaient une bonne compréhension de la langue et se sont entourées de conseils, comme peuvent en attester leurs réponses très détaillées à la notification des griefs. De même, la présence de pièces en langue étrangère dans le dossier ne porte pas atteinte aux droits de la défense lorsque celles-ci ne viennent pas au soutien des griefs retenus ou, si tel est le cas, sont traduites ou résumées en français.

Avant la réforme du Code de commerce par la loi NRE du 15 mai 2001, le président de l'Autorité pouvait procéder à une notification des griefs complémentaire, même après envoi du rapport. Ce rôle revient désormais au rapporteur général. Une notification des griefs remplaçant la précédente, qui ouvre un nouveau délai de deux mois, peut également être adressée aux entreprises en cause.

2. Portée

La notification des griefs est un acte préparatoire qui met en œuvre la procédure d'instruction devant l'Autorité. La signature ne conditionne pas sa validité. Cette solution consacrée par la jurisprudence n'est toutefois pas en totale conformité avec la loi du 12 avril 2000 relative aux actes administratifs qui requiert la signature de l'auteur de l'acte. La pratique de l'Autorité de la concurrence a évolué pour tenir compte des contestations qui s'étaient élevées contre l'absence de signature d'actes aussi importants. Désormais, les notifications des griefs sont revêtues de la signature des rapporteurs. La notification des griefs, qui a pour effet d'ouvrir l'instruction devant l'Autorité, n'est pas nécessaire dans le cadre d'une procédure de vérification d'injonction, pour laquelle il suffit que le principe du contradictoire soit respecté.

A RETENIR

La notification des griefs constitue une formalité indispensable : une procédure ne peut être valablement poursuivie contre une personne non destinataire de cet acte.

Elle confère à cette personne la qualité de partie en cause, qui devra aviser l'Autorité de tout changement d'adresse par lettre recommandée avec avis de réception, à défaut de quoi elle ne pourra plus se prévaloir d'une violation du principe du contradictoire.

A RETENIR

La notification des griefs détermine l'étendue de la saisine de l'Autorité qui ne peut se prononcer que sur les griefs soumis à la discussion des parties.

Les griefs doivent être suffisamment précis pour que les intéressés puissent exercer pleinement leurs droits de la défense. En effet, les destinataires des griefs peuvent, à compter de ce moment, consulter le dossier et présenter leurs observations dans un délai de deux mois. Il n'est pas nécessaire, à ce stade de la procédure, de communiquer les pièces sur lesquelles le rapporteur s'est fondé, dès lors que le caractère contradictoire de la procédure est assuré par la possibilité de consulter l'intégralité du dossier au siège de l'Autorité de la concurrence. Il n'est pas non plus indispensable en cas d'entente verticale d'identi-

fier précisément chacun des distributeurs impliqués lorsqu'est invoquée l'application générale de prix évoqués ou conseillés. Lorsque la notification vise uniquement le non-respect des dispositions de l'article L. 420-1 du Code de commerce, l'Autorité dépasse le cadre de cet acte en estimant que les pratiques anticoncurrentielles reprochées aux parties enfreignent également les dispositions de l'article 101 TFUE. En revanche, l'Autorité n'a pas à rechercher si des faits qualifiés de pratique de différenciation tarifaire abusive au regard des articles L. 420-2 du Code de commerce et 102 TFUE peuvent recevoir la qualification de ciseau tarifaire au titre des mêmes dispositions. Par ailleurs, si le marché peut être largement défini dans la notification, les poursuites ne peuvent concerner que ce marché et non les marchés connexes. Toutefois, en cas de rédaction imparfaite du grief notifié, la pratique en cause peut être interprétée par référence aux développements préalables du rapporteur dans l'acte de notification des griefs pour lever toute incertitude sur l'étendue de la saisine de l'Autorité de la concurrence. Enfin, l'Autorité de la concurrence ne viole pas le principe du procès équitable lorsque, dans une nouvelle notification des griefs adressée à l'entreprise après renvoi à l'instruction, elle complète son argumentation au vu de ses observations en réponse à la première notification.

E. Conseiller auditeur

A RETENIR

À l'instar du droit européen, un conseiller auditeur veille désormais au caractère objectif de la procédure. Dès l'envoi de la notification des griefs, le conseiller auditeur, nommé par arrêté du ministre de l'Économie et possédant la qualité de magistrat, recueille, le cas échéant, les observations des parties mises en cause et saisissantes sur le déroulement des procédures les concernant.

Le conseiller-auditeur peut intervenir soit à la demande d'une des parties, soit appeler l'attention du rapporteur général sur une question relative au respect des droits des parties. Le conseiller auditeur rédige, au plus tard dix jours ouvrés avant la séance, un rapport qui évalue les observations des parties et propose, éventuellement, tout acte susceptible d'améliorer l'exercice de leurs droits de la défense (art. L. 461-4, C. com.). Une copie en est adressée au rapporteur général et aux parties concernées. Il peut, sur invitation du président de l'Autorité, assister à la séance et y présenter son rapport.

Le conseiller auditeur exerce ses fonctions avec le concours des services d'instruction de l'Autorité. Le dossier peut lui être communiqué par le rapporteur général sans que la confidentialité des documents ou le secret des affaires puisse lui être opposé (art. R. 461-9 C. com.).

F. Jonction des procédures

A RETENIR

Le pouvoir de qualification de l'Autorité lui permet de joindre l'instruction de plusieurs dossiers.

Ainsi, lorsqu'elle est saisie successivement par des personnes différentes de demandes semblables, elle peut joindre les affaires soit au stade de la notification des griefs, soit au

stade du rapport. Il apparaît en effet préférable d'examiner conjointement des pratiques ayant le même objet ou le même effet, relevées sur des marchés identiques ou connexes. La jonction ne porte pas atteinte aux droits de la défense, dès lors que la spécificité de chacune des pratiques poursuivies est prise en considération. En revanche, la jonction est impossible lorsque les saisines reposent sur des fondements différents et concernent, pour partie, des sociétés jusque-là non mises en cause, même si les différents actes introductifs concernent un seul et même marché.

L'Autorité peut également disjoindre la procédure, en particulier, lorsque les dossiers portent sur des droits appartenant à des organismes totalement distincts et qui ont leur propre politique commerciale. La disjonction conduit à une nouvelle classification des pièces entre les deux instances, qui n'est pas de nature à porter atteinte aux droits de la défense.

Le rapporteur général n'est pas tenu de notifier les décisions de jonction ou de disjonction de l'instruction de plusieurs affaires qu'il peut prendre en application de l'article R. 463-3 du Code de commerce pour une bonne administration de la justice.

G. Rapport de l'Autorité

A RETENIR

Au vu des observations présentées par les parties et par le commissaire du Gouvernement sur la notification des griefs, et sauf mise en œuvre de la procédure simplifiée, le rapporteur rédige un rapport dont la rédaction n'est soumise à aucun délai.

Le rapport contient l'exposé des faits et griefs finalement retenus à la charge des intéressés, ainsi qu'un rappel des autres griefs (C. com., art. R. 463-11). Le rapporteur est libre de retenir les griefs qu'il souhaite. Il peut ainsi abandonner des griefs postérieurement à la notification du rapport sans porter atteinte au principe du contradictoire. Cet abandon étant favorable au destinataire des griefs, une notification des griefs de remplacement n'est pas nécessaire. L'Autorité est toutefois tenue d'examiner le bien-fondé de l'ensemble des griefs notifiés figurant dans le rapport soumis à sa décision, même si une proposition d'abandon est ultérieurement formulée.

Le rapport constitue l'acte d'instruction. Il est notifié aux parties, au commissaire du Gouvernement et aux ministres intéressés (art. L. 463-2). Sont joints à ce rapport les documents sur lesquels le rapporteur s'est fondé et, le cas échéant, les observations des parties. Celles-ci disposent d'un nouveau délai de deux mois pour présenter un mémoire en réponse qui peut être consulté par les intéressés dans les quinze jours précédant la séance de l'Autorité. Les ministres intéressés peuvent présenter des observations dans le même délai ; cet avis est transmis à l'Autorité par l'intermédiaire du commissaire du Gouvernement.

Aucune disposition légale ou réglementaire ne prévoit que la notification du rapport doit être faite au siège social, dès lors que l'entreprise concernée a pu avoir connaissance de ce rapport et a disposé d'un délai de deux mois pour y répondre.

Lorsqu'une notification des griefs complémentaire est adressée aux parties après envoi

du rapport, celles-ci disposent à nouveau d'un délai de deux mois pour répondre, puis d'un délai identique pour présenter leur mémoire en réponse au rapport complémentaire qui leur est ensuite adressé. Le rapport complémentaire peut en particulier être établi pour tenir compte des observations des parties auxquelles il n'a pas été répondu dans le rapport initial. Il ne peut avoir pour effet d'écarter ou d'annuler un grief notifié, seul le collègue de l'Autorité étant compétent pour se prononcer sur les griefs régulièrement notifiés. Un rapport de remplacement, après retrait de celui initialement notifié aux parties, ne peut en revanche être établi même s'il répond aux demandes de plusieurs entreprises en vue de la consultation du dossier ou pour corriger des erreurs matérielles.

Dans tous les cas, même s'il contient nécessairement l'ensemble des éléments relatifs à la gravité des faits et au dommage causé à l'économie, le rapport n'a pas à porter d'appréciation sur les sanctions qu'il appartient seulement à l'Autorité de déterminer. Il n'est donc pas nécessaire qu'il reprenne les éléments de chiffre d'affaires communiqués par l'entreprise. Il n'est pas non plus requis qu'il soit daté et signé. Le défaut de signature n'entache pas le rapport d'irrégularité lorsqu'il n'existe aucune ambiguïté sur son auteur, dont le nom est expressément indiqué en page de couverture. L'analyse faite dans le rapport peut également, du fait du caractère contradictoire de la procédure, évoluer par rapport à celle développée dans la notification des griefs, sans porter atteinte aux droits de la défense.

II. Droits des entreprises destinataires des griefs

PLAN

Les entreprises bénéficient des droits procéduraux suivants :

- le principe du contradictoire ;
- le principe d'impartialité ;
- le principe de loyauté ;
- l'obligation pour l'Autorité de respecter les secrets d'affaires et le secret professionnel ;
- l'obligation pour l'Autorité de respecter un délai raisonnable.

A. Principe du contradictoire

A RETENIR

Aux termes de l'article L. 463-1 du Code de commerce, l'instruction et la procédure devant l'Autorité de la concurrence sont pleinement contradictoires.

1. Auditions

La combinaison des articles L. 463-1 et L. 463-2 du Code de commerce oblige le rapporteur qui veut procéder à des auditions postérieurement à la notification des griefs, à convoquer régulièrement et par lettre, préalablement à l'audition, les responsables des sociétés qu'il souhaite entendre, et à les informer de la possibilité de se faire assister d'un avocat. Si le rapporteur n'est pas tenu d'entendre toutes les parties au cours de l'instruction, il peut inviter toute personne dont l'audition lui paraît susceptible de contribuer à son information, y compris les avocats d'une entreprise visée par la sai-

sine, mais qui n'est pas partie à la procédure. Les auditions donnent lieu à la rédaction d'un procès-verbal, qui doit être signé par les personnes entendues. En cas de refus de signer, mention en est faite dans le procès-verbal (C. com., art. R. 463-6). En outre, le non-respect des droits de la défense implique la suppression des pièces des débats, en l'occurrence des procès-verbaux d'audition. Cette suppression n'entraîne la nullité de la procédure que dans la mesure où elle a une incidence sur la preuve de la pratique anti-concurrentielle.

2. Consultation du dossier

Le caractère contradictoire de la procédure est assuré, à ce stade de l'instruction, par la possibilité de consulter l'intégralité du dossier au siège de l'Autorité de la concurrence. Le droit d'accès ne peut être exercé qu'après la notification des griefs qui constitue l'acte d'accusation. Il n'est pas nécessaire de joindre les pièces, telles que les procès-verbaux d'audition, à la notification des griefs. En outre, l'absence de certaines pièces qui ne sont citées ni dans le rapport ni dans la notification des griefs ou qui n'ont pas été reçues par l'Autorité de la concurrence, ne vicie pas la procédure. De même, il n'est pas porté atteinte au droit d'accès au dossier lorsque l'une des parties ne peut pas lire certaines pièces du dossier à partir du CD-rom qui lui a été envoyé, dès lors qu'il s'agit d'une simple faculté offerte à l'Autorité. L'absence temporaire d'accès à l'intégralité du dossier n'empêche pas non plus les parties d'apprécier l'opportunité d'une demande de non-contestation des griefs dès lors qu'elles avaient nécessairement connaissance des pièces les concernant plus spécifiquement. Le point de départ du délai de deux mois n'étant pas prescrit à peine de nullité, il est donc possible de le différer pour préserver le principe du contradictoire et les droits des parties. La partie qui se plaint d'une rupture de l'égalité des armes liée à l'observation de ce délai doit en apporter la preuve. Lorsque des circonstances exceptionnelles le justifient, le rapporteur général a la possibilité d'accorder un délai supplémentaire d'un mois pour la consultation du dossier. L'abondance de pièces ne constitue pas, selon l'Autorité, une telle circonstance.

3. Communication des pièces

Les pièces sur lesquelles le rapporteur se fonde pour établir les griefs et celles contenant les observations des intéressés doivent être annexées au rapport en application de l'article L. 463-2 du Code de commerce. La liste des destinataires du rapport n'entrant pas dans cette catégorie, son défaut de communication ne constitue pas une cause de nullité de la procédure. Le défaut d'une pièce essentielle à la démonstration des griefs en annexe du rapport ne porte pas atteinte aux droits de la défense dès lors que le requérant en avait, en raison de sa qualité, nécessairement connaissance. Le rapporteur ne peut verser au dossier les pièces d'une procédure annulée. En revanche, la reprise par le commissaire du Gouvernement de précédentes observations confère à ces dernières le caractère de pièce nouvelle. Il ne peut être reproché à l'Autorité de la concurrence de ne pas avoir communiqué des pièces détenues par la Commission dans le cadre d'une affaire distincte dès lors qu'en vertu du principe d'autonomie procédurale, l'autorité française n'est tenue qu'aux obligations posées par les articles L. 463-1 à L. 463-4 du Code de commerce. L'Autorité de la concurrence n'est pas davantage tenue de communiquer au plaignant les réponses du défendeur à la communication des griefs lorsque celui-ci a ulté-

rièvement accepté une procédure de transaction et que ses observations sont devenues sans objet ni portée procédurale. Le droit de communication ne s'étend pas non plus aux échanges des parties mises en cause avec les services d'instruction afin d'aboutir à une transaction. Enfin, aucune disposition n'impose que le rapport oral du rapporteur et celui du rapporteur général revêtent préalablement une forme écrite et soient communiqués aux parties.

4. Délai de réplique

Les destinataires disposent d'un délai de deux mois pour présenter leurs observations en réponse à la notification des griefs. Lorsqu'un rapport leur est notifié, un nouveau délai de deux mois leur est ouvert pour déposer un mémoire en réponse. Le délai de réponse de deux mois peut inclure la période des fêtes de fin d'année sans qu'il puisse être reproché à l'Autorité une rupture de l'égalité des armes. La différence entre la durée accordée à l'entreprise pour répondre à la notification des griefs et celle laissée au rapporteur pour établir la notification des griefs et le rapport ne viole pas le principe de l'égalité des armes, lorsque le volume des pièces saisies au cours de l'enquête et le nombre d'entreprises concernées par la procédure le justifie. Mais l'égalité de traitement est rompue par l'octroi, uniquement à certaines parties, d'un nouveau délai pour présenter des observations complémentaires. Les observations du commissaire du Gouvernement ne constituant pas des griefs, elles n'ouvrent pas un nouveau délai de réplique. Les parties disposent d'un délai de quinze jours pour en prendre connaissance. Un délai supplémentaire d'un mois peut être accordé par le président de l'Autorité en cas de circonstances exceptionnelles. Ne constituent pas de telles circonstances le fait que l'entreprise n'ait pas fait l'objet d'une visite et saisie ou n'ait appris que tardivement l'existence de la procédure.

5. Assistance d'un conseil

Le rapporteur doit informer les personnes entendues de la possibilité de se faire assister d'un avocat.

6. Mesures d'expertise

La notification des conclusions du rapport d'expertise ne respecte pas le principe du contradictoire si les parties n'ont pas été appelées à participer aux opérations et n'ont pas pu faire valoir leurs observations.

B. Principe d'impartialité

A RETENIR

Selon l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme, toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue par un tribunal impartial et indépendant.

Les poursuites engagées par l'Autorité, assimilables à une accusation en matière pénale, doivent obéir à ce principe. L'Autorité estime ainsi que, **en application du principe d'impartialité qui s'oppose à la confusion des rôles d'instruction et de jugement, un rapporteur ne peut communiquer au vice-président le projet de notification des griefs**

pour recueillir son avis. Il ne peut, sous peine d'annulation de la décision de l'Autorité, participer au délibéré sauf s'il s'agit d'une séance ayant pour objet le prononcé d'une saisine d'office. De même, la Cour de cassation considère que les membres de l'Autorité de la concurrence, s'étant prononcés sur le caractère prohibé d'une partie des faits dénoncés dans le cadre de mesures conservatoires, ont statué au fond et ne peuvent rendre à nouveau une décision au fond sans manquer objectivement au principe d'impartialité.

Cependant, le seul constat que le rapporteur a assisté au délibéré sur les mesures conservatoires avant d'instruire la procédure au fond ne suffit pas à démontrer la violation du principe d'impartialité. Aussi, la présence dans la formation de l'Autorité de la concurrence de membres ayant précédemment délibéré sur l'avis rendu sur les mêmes faits n'est-elle pas contraire au principe d'impartialité dès lors qu'aucun des termes de l'avis ne s'apparente à un préjugement. Il n'y a pas non plus atteinte au principe d'impartialité lorsque l'Autorité de la concurrence, après s'être prononcée pour avis sur l'étendue du monopole d'une profession, statue sur les pratiques anticoncurrentielles la mettant en cause, dès lors qu'elle n'a pas examiné ces faits lors de son avis. Les compétences de l'Autorité de la concurrence en matière de régulation de la profession notariale ne sont pas susceptibles de jeter le doute sur son impartialité dans le cadre de poursuites portant sur des pratiques anticoncurrentielles relevées dans ce secteur, dès lors que les agents chargés de l'enquête appartiennent à un service distinct du service professions réglementées. Le collègue peut également examiner au cours d'une même séance et d'un délibéré unique les pratiques qui lui sont soumises, même si celles-ci font l'objet de deux décisions distinctes, l'une de transaction et l'autre de sanction, rendues à des dates différentes et publiées à quelques heures d'intervalle. La présence, parmi les membres du collège, de la présidente d'une association de consommateurs ne viole pas le principe d'impartialité, dès lors que cette association n'est pas partie à la procédure, n'a pas pris position en faveur d'une partie dans le cadre de celle-ci, ni manifesté son intention d'intenter une action de groupe par la suite.

Enfin, la question s'est posée de savoir si la faculté de saisine d'office offerte à l'Autorité de la concurrence ne violait pas le principe d'impartialité. Saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité, le Conseil constitutionnel a estimé que le pouvoir de saisine d'office de l'Autorité de la concurrence n'enfreint pas les principes d'indépendance et d'impartialité dès lors qu'elle est entourée de garanties suffisantes, telle l'instruction de l'affaire sous la seule direction du rapporteur général ou l'absence de ce dernier au délibéré du collège. En outre, la saisine d'office ne constitue pas un préjugement au sens de l'article 6 CEDH lorsqu'elle ne désigne aucun marché, ni opérateur, ni fait prohibé. Par conséquent, la présence du président de l'Autorité de la concurrence dans la formation qui a décidé de la saisine d'office puis au sein du collège qui a statué au fond ne caractérise pas une violation du principe de non-cumul des fonctions d'instruction et de jugement. Le fait que les mêmes rapporteurs aient eu à connaître de la procédure de clémence et de la saisine d'office ne viole pas le principe de séparation des fonctions de poursuite et d'instruction, dès lors qu'aucun de ces actes ne constitue un acte de poursuite.

Seule compétente pour apprécier la compatibilité des comportements et actes des entreprises aux règles de concurrence, l'Autorité, saisie de faits qui lui ont déjà été soumis lors d'une décision antérieure juridiquement inexistante, peut, sans porter atteinte au

principe d'impartialité, épuiser sa saisine quant aux griefs subsistants notifiés aux parties et maintenus dans le rapport, alors en outre que la formation statuant dans la nouvelle procédure sur les mêmes griefs est différente de celle dont la décision a été déclarée inexistante. De même, le seul fait que le collège ait renvoyé un grief à l'instruction et que celui-ci ait finalement été retenu ne traduit pas une violation du principe d'impartialité dès lors que l'instruction complémentaire est effectuée par des rapporteurs indépendants du collège. Le souci du collège de purger la procédure d'un vice constitué par l'absence de communication aux parties d'une pièce essentielle n'est pas non plus de nature à faire naître un doute sur l'impartialité de sa décision de renvoyer l'affaire à l'instruction. Le principe d'impartialité n'est pas non plus remis en cause par la faculté réservée à l'Autorité de la concurrence de demander à la juridiction d'instruction, qui seule peut en décider, communication des procès-verbaux ou rapports d'enquête ayant un lien direct avec des faits dont l'Autorité est saisie. Enfin, le fait que le collège de l'Autorité de la concurrence ait retenu un niveau d'exonération d'amende supérieur à celui envisagé par le rapporteur ne démontre pas la partialité de ce dernier au cours de l'instruction.

C. Principe de loyauté

A RETENIR

L'Autorité de la concurrence exige aujourd'hui que les enquêteurs respectent le principe de loyauté dans la recherche des preuves et écarte des débats les procès-verbaux qui ne satisfont pas à cette obligation.

La jurisprudence était à l'origine nettement moins sévère quant à la recevabilité des preuves obtenues déloyalement par les parties privées et produites par elles dans le cadre de la procédure de concurrence. En dépit de certaines hésitations, l'Autorité de la concurrence avait admis des preuves obtenues de façon déloyale par les parties privées au nom du principe d'efficacité, telles que des enregistrements de communication téléphonique obtenus par un plaignant à l'insu de leurs auteurs.

Cette pratique avait été validée par la Cour d'appel de Paris qui se fondait sur l'autonomie procédurale tant à l'égard du droit judiciaire privé national qu'à l'égard du droit européen. Toutefois, elle ne correspondait pas à la jurisprudence commerciale qui écarte les preuves obtenues par voie d'enregistrement clandestin en raison de leur obtention déloyale. La Cour de cassation a étendu cette jurisprudence au droit des pratiques anticoncurrentielles : **des enregistrements de communication téléphonique obtenus de façon déloyale ne peuvent être retenus à titre de preuve même s'ils ont été soumis à la contradiction.**

D. Secrets d'affaires / secret professionnel

A RETENIR

Les entreprises ont un droit légitime à la protection de leurs secrets d'affaires. Aussi, le rapporteur général a-t-il le pouvoir de refuser la communication de pièces mettant en jeu le secret des affaires, et de ne mettre à la disposition des parties qu'une version non confidentielle et un résumé des pièces ou éléments en cause, sauf si la consultation de ces documents est nécessaire à l'exercice des droits de la défense d'une partie mise en

cause (C. com., art. L. 463-4).

Seule la partie mise en cause peut demander la communication ou la consultation de la version confidentielle d'une pièce qu'elle estime nécessaire à sa défense.

L'ordonnance du 13 novembre 2008 a modifié l'article L. 463-4 du Code de commerce. Il n'est plus question, à présent, d'annexe confidentielle, mais de version non confidentielle et résumée des pièces et éléments en cause dans le cas où la communication ou la consultation s'avèrent nécessaires. Dans un délai d'un mois à compter de la date à laquelle les éléments ont été obtenus par l'Autorité de la concurrence, la personne qui souhaite bénéficier de la protection du secret des affaires doit, par lettre recommandée avec avis de réception, indiquer l'objet et les motifs de sa demande pour chaque document, information ou partie de document, et fournir un résumé de ces éléments, ainsi qu'une version non confidentielle (art. R. 463-13, C. com.). Les informations ou documents qui ne font l'objet d'aucune demande de protection sont réputés ne pas contenir de secrets d'affaires. Il en est de même des éléments portant sur les ventes, parts de marché, offres ou données similaires de plus de cinq ans au moment de l'instruction de la demande, sauf au rapporteur général à en décider autrement. Avant de permettre l'accès au dossier, le rapporteur général examine les demandes de protection et notifie au demandeur la décision de traitement confidentiel. La demande est rejetée si elle ne remplit pas les conditions exigées par l'article R. 463-13, a été présentée au-delà du délai imparti ou est manifestement infondée (art. R. 463-14 C. com.). Si l'une des pièces couvertes est nécessaire à l'exercice des droits de la défense, le rapporteur en informe la personne concernée par lettre recommandée avec demande d'avis de réception et lui fixe un délai pour présenter ses observations. Une partie qui n'a pas eu accès à une version confidentielle peut également en demander par requête motivée la communication ou la consultation (art. R. 463-15 C. com.). Ce déclassement, qui n'est soumis à aucun délai, peut être opéré quelques jours avant la séance de l'Autorité. Le déclassement ne peut être demandé que par le rapporteur pour les besoins de son instruction ou par une entreprise mise en cause pour les besoins de l'exercice des droits de la défense, mais pas par le saisissant lui-même. Le rapporteur peut notamment déclasser certains éléments de messageries électroniques, qu'il estime nécessaires à la procédure, même si elles constituent chacune une pièce unique, les parties ne pouvant invoquer une atteinte au principe d'égalité des armes lorsqu'elles n'ont pas usé de leur propre faculté de demander le déclassement.

Aux termes de l'article L. 464-8-1, les décisions prises par le rapporteur général de l'Autorité de la concurrence de refuser la protection du secret des affaires ou de lever la protection accordée peuvent faire l'objet d'un recours en réformation ou en annulation devant le premier président de la Cour d'appel de Paris. Un décret 2017-823 du 5 mai 2017, entré en vigueur le 8 mai, organise la procédure applicable à ce recours, ainsi qu'aux éventuelles demandes de sursis à exécution. En vertu du nouvel article R. 464-24-1 du Code de commerce, celui-ci est formé, instruit et jugé non pas en application du Code de procédure civile, mais des dispositions spéciales introduites par le décret. Le recours doit être formé dans un délai de dix jours à compter de la notification de la décision du rapporteur général de l'Autorité de la concurrence, et porté devant le pre-

mier président de la cour d'appel ou son délégué par voie d'assignation à une audience préalablement indiquée par ce dernier. A peine de nullité, l'assignation contient l'objet du recours avec un exposé des moyens ainsi qu'une copie de la décision attaquée. A peine de caducité du recours relevée d'office, l'assignation doit être délivrée au rapporteur général ainsi que, le cas échéant, à la partie mise en cause ayant demandé au rapporteur général l'accès à la version confidentielle d'une pièce qu'elle estime nécessaire à l'exercice de ses droits, dans le délai fixé par l'ordonnance du premier président ou de son délégué. Sous la même sanction, une copie de l'assignation doit être déposée en triple exemplaire au greffe de la cour d'appel au plus tard dans les cinq jours qui suivent celui de sa signification. Le premier président de la Cour d'appel de Paris ou son délégué doit statuer dans le mois du recours.

En principe, le délai de recours et le recours exercé dans ce délai à l'encontre de la décision du rapporteur général de l'Autorité de la concurrence qui refuse la protection du secret des affaires ou lève la protection accordée ne sont pas suspensifs. Néanmoins, le premier président de la Cour d'appel de Paris ou son délégué peut ordonner qu'il soit sursis à exécution de la décision si celle-ci est susceptible d'entraîner des conséquences manifestement excessives. La demande doit être portée par voie d'assignation selon les modalités du second alinéa de l'article 485 du Code de procédure civile et, à peine de nullité, celle-ci doit contenir l'exposé des moyens invoqués à l'appui de la demande de sursis et préciser la date à laquelle a été formé le recours contre la décision dont le sursis à exécution est demandé. En vertu de l'article R. 464-24-7, l'assignation doit à peine de caducité de la demande relevée d'office, être délivrée au rapporteur général de l'Autorité de la concurrence ainsi que, le cas échéant, à la partie mise en cause qui lui a demandé l'accès à la version confidentielle d'une pièce qu'elle estime nécessaire à l'exercice de ses droits. Enfin, un pourvoi en cassation peut être formé dans un délai de dix jours à compter de la notification de l'ordonnance du premier président ou de son délégué. Il sera instruit et jugé selon les règles applicables à la procédure avec représentation obligatoire sous réserve des délais de remise et de notification des mémoires prévus aux articles 978 et 982 du Code de procédure civile qui sont réduits à un mois.

L'effet utile des décisions de secret des affaires rendues à l'occasion de la phase d'instruction du dossier doit être préservé durant les débats oraux qui se déroulent devant le collège de l'Autorité de la concurrence. Le principe de la contradiction n'impose pas, à ce stade de la procédure, que la partie saisissante puisse assister aux débats au cours desquels des informations protégées seront évoquées. En outre, toute partie qui divulguerait des informations concernant une autre partie ou un tiers, dont elle a eu connaissance à la suite des communications ou consultations, s'expose à une peine d'un an d'emprisonnement et à 15 000 euro d'amende (art. L. 463-6 C. com.).

La protection des secrets d'affaires demeure toutefois limitée dans la mesure où elle ne concerne pas les pièces dont la communication ou la consultation est nécessaire à la procédure ou à l'exercice des droits de la défense des parties. La divulgation d'informations couvertes par le secret des affaires n'est sanctionnée que par le versement éventuel d'une indemnité en réparation du préjudice direct et certain subi par les entreprises concernées, et non par la nullité de la procédure. Les droits de la défense des entreprises n'ont en outre pas été considérés comme affectés par les atermoiements de l'Autorité qui

a hésité quant au classement ou au déclassé de documents couverts par le secret d'affaires dès lors qu'elles ont disposé de deux reports de délais pour examiner ces pièces et présenter des observations. Pour autant, la Cour de cassation exige que la décision du rapporteur général qui lève la protection au titre du secret des affaires sur certaines pièces soit dûment motivée : elle doit établir en quoi il est nécessaire, pour les besoins du débat devant l'Autorité, qui dispose elle-même de la version confidentielle des informations communiquées par l'entreprise en cause, que d'autres parties à la procédure, dont la partie saisissante, puissent prendre connaissance de ces informations.

Selon l'article 11 du Code de procédure pénale, la procédure au cours de l'enquête et de l'instruction est secrète. Les personnes qui participent à cette procédure sont tenues au secret professionnel dans les conditions et sous les peines des articles 226-13 et 226-14 du Code pénal. Se fondant sur ce texte, les autorités de contrôle affirment la protection du secret de l'instruction qu'elles assimilent au secret professionnel. Toutefois, la violation du secret de l'instruction n'est susceptible d'entraîner la nullité de la notification des griefs, voire de l'ensemble de la procédure, que si les droits de la défense ont été irrémédiablement atteints par l'envoi de la notification des griefs à une entreprise qui n'aurait pas dû en être destinataire. Ainsi, la production par une partie de pièces connues par la partie qui invoque une divulgation prohibée par l'article L. 463-6 du Code de commerce, mais nécessaires à l'exercice des droits de la défense, n'engage pas sa responsabilité pénale.

E. Délai raisonnable

A RETENIR

La notification des griefs doit, conformément à l'article 6 CEDH, intervenir dans un délai raisonnable. Le caractère raisonnable du délai s'apprécie au regard de la complexité et de l'ampleur de la procédure.

Ainsi, un délai de 77 mois entre la saisine et la notification des griefs n'a pas été jugé déraisonnable par la Cour d'appel de Paris, même si la notification des griefs a été rédigée en six mois seulement, dès lors que le dossier est difficile, implique un nombre élevé d'opérateurs et de pratiques, concerne un secteur crucial de l'économie française et nécessite des opérations de qualification et des appréciations juridiques complexes. Des entreprises ne peuvent se plaindre de la durée anormale de la procédure en invoquant des circonstances étrangères à celle-ci, telles que des changements dans leurs directions respectives survenus à la suite d'une cession ou d'une liquidation. Selon la Cour d'appel de Paris, l'appréciation du caractère raisonnable doit tenir compte de toutes les phases de la procédure - enquête et procédure administrative -, et non seulement de la seconde phase, dès lors que la durée excessive de l'enquête peut priver les parties de la possibilité de constituer des preuves à décharge. **En principe, lorsque le délai séparant la commission des faits de la notification des griefs est trop important, la sanction du respect de l'obligation de se prononcer dans un délai raisonnable n'est pas l'annulation ou la réformation de la décision de l'Autorité mais la réparation du préjudice résultant de la durée excessive du procès.**

Toutefois, si la Cour d'appel de Paris a prononcé la nullité de l'instruction et de la déci-

sion finale en raison de la durée excessive de l'enquête qui a porté une atteinte irrémédiable, effective et concrète aux droits de la défense des parties, la Cour de cassation a souligné qu'il doit être établi en quoi le délai écoulé a porté une telle atteinte. L'entreprise est de fait tenue d'indiquer les éléments du dossier auxquels elle ne pourrait plus répondre utilement compte tenu du temps passé.

Dans tous les cas, une entreprise ne peut prétendre que la durée de la procédure a affecté sa capacité de se défendre alors que le devoir de prudence commande à tout opérateur, sous le coup d'une enquête, de conserver la preuve de la licéité de ses pratiques. La prudence s'impose d'autant plus lorsque les dirigeants des entreprises concernées ont déjà fait l'objet d'une instruction pénale pour des faits d'entente. Enfin, une entreprise ne peut pas invoquer une atteinte aux droits de la défense du fait d'une déperdition des preuves due à la durée excessive de la procédure lorsqu'elle ne précise pas la nature ou la portée des renseignements qui auraient été utiles à sa défense, n'identifie pas concrètement les documents qui ne sont plus en sa possession, ne démontre pas en quoi ils lui auraient permis de contredire utilement les éléments tirés des pièces saisies, et ne désigne pas les personnes dont le témoignage aurait pu être utile à sa défense. L'entreprise qui a été en mesure de soumettre des observations longues et détaillées ne prouve pas davantage le préjudice qui découlerait de la durée d'une procédure au demeurant justifiée par le nombre des entreprises initialement impliquées et le volume du dossier.

III. Séance de l'Autorité

PLAN

La séance de l'Autorité s'organise de la façon suivante :

- convocation ;
- débats ;
- observations orales ;
- délibéré.

A. Convocation

La procédure d'instruction devant l'Autorité prend fin avec les mémoires en réponse au rapport. L'Autorité convoque alors les parties par lettre recommandée avec demande d'avis de réception. Cette convocation à la séance de l'Autorité doit être effectuée trois semaines au moins avant le jour de l'audience (art. R. 464-6 C. com.). Ce délai peut être réduit lorsque l'Autorité statue sur des mesures conservatoires. Le report de la séance peut être décidé sans qu'une décision de sursis à statuer soit nécessaire. La formalité de convocation a pour objet d'avertir les parties de la date de la séance. Le délai de convocation doit donc être distingué du délai de consultation de quinze jours dont les parties disposent pour prendre connaissance des autres mémoires en réponse. Tout au plus, en raison de l'antériorité du délai de trois semaines, la convocation a pour effet d'avertir les parties de la prochaine ouverture du délai de consultation. L'entreprise ou l'organisme qui ne défère pas à une convocation s'expose à injonction assortie d'une astreinte dans la limite de 5 % du chiffre d'affaires journalier moyen, par jour de retard (art. L. 464-2 C. com.).

B. Débats

Les séances de l'Autorité de la concurrence ne sont pas publiques (art. L. 463-7). Seuls peuvent y assister les parties et le commissaire du Gouvernement. La question s'est posée de savoir si l'absence de publicité des débats devant l'Autorité était compatible avec les dispositions de la Convention européenne des droits de l'Homme, qui requiert une audience publique. La Cour européenne des droits de l'Homme admet que des impératifs de souplesse et d'efficacité peuvent justifier l'intervention préalable d'une autorité administrative comme l'Autorité dans la procédure conduisant au prononcé d'une sanction assimilable à une sanction pénale, dès lors que les décisions prises font l'objet, a posteriori, d'un contrôle effectif par un tribunal répondant à toutes les exigences de la Convention européenne des droits de l'Homme. Le grief concernant le caractère non public des séances de l'Autorité est donc inopérant, puisque la décision de l'Autorité, notifiée aux parties, peut faire l'objet d'un recours de pleine juridiction devant la Cour d'appel de Paris, qui est soumise, quant à la publicité des débats, aux règles protectrices de la Convention précitée.

C. Observations orales

Les parties peuvent être entendues. Elles sont autorisées à se faire représenter ou assister. L'Autorité peut entendre toute personne dont l'audition lui semble susceptible de contribuer à son information (art. L. 463-7, al. 2). Cependant, le respect du principe du contradictoire et des droits de la défense implique que les parties ou leurs représentants puissent préalablement aux débats avoir connaissance du nom et de la qualité des témoins que l'Autorité prévoit d'entendre. De même, les parties doivent avoir la faculté de demander à l'Autorité, qui en apprécie l'utilité, l'audition d'autres témoins. Aucun texte n'oblige l'Autorité à transcrire les auditions des témoins auxquelles elle procède en séance. Celles-ci ne sont pas susceptibles de porter atteinte aux droits de la défense puisqu'elles ont lieu au cours des débats contradictoires et que les parties peuvent demander à la cour d'appel saisie d'un recours de les renouveler conformément aux articles 204 et s. du Code de procédure civile. Lorsqu'elle a respecté le principe de la contradiction, l'Autorité de la concurrence n'est pas tenue de justifier qu'elle a accordé un temps suffisant à l'entreprise pour présenter ses observations orales en séance.

Le rapporteur général, le ou les rapporteurs généraux adjoints et le commissaire du Gouvernement peuvent présenter des observations. Cette faculté de présenter des observations orales est également reconnue au rapporteur qui a instruit l'affaire par l'article R. 464-6 du Code de commerce. Selon la Cour de cassation, un rapporteur, qui n'a procédé à aucun acte d'investigation, peut présenter des observations sans que les parties puissent se plaindre d'une quelconque violation du principe de la contradiction ou de l'égalité des armes résultant du défaut de communication préalable et écrite de ces observations, dès lors qu'elles sont présentées dans le cadre de débats contradictoires et que les parties disposent de la même faculté. Par ailleurs, au cours de la séance, les rapporteurs ne sont pas tenus de reprendre à l'identique l'opinion exprimée dans leur rapport et peuvent modifier leur appréciation des faits à condition qu'aucun élément absent du dossier ne soit allégué à la charge des mis en cause et que ceux-ci puissent répliquer dans des conditions conformes au principe du contradictoire. Lorsque le rapporteur soulève de nouveaux éléments en séance, l'Autorité n'est pas tenue de rouvrir

les débats pour permettre aux entreprises de s'expliquer, mais peut préférer les autoriser à rédiger une note en délibéré. Dans ce cas, le principe du contradictoire lui impose de ne pas enfermer cette faculté dans un délai trop bref et de ne pas limiter les points que les entreprises sont admises à discuter. Enfin, elle ne doit pas non plus se prononcer sur le fondement de la note en délibéré sans l'avoir préalablement communiquée aux autres parties à la procédure.

La procédure devant l'Autorité de la concurrence obéit à des règles spécifiques. Elle n'est soumise ni aux règles du Code de procédure civile, ni à celles applicables devant les tribunaux administratifs. Il s'ensuit que l'intervention volontaire accessoire d'un tiers qui s'appuie sur les prétentions d'une des parties est irrecevable, quand bien même l'auteur de l'intervention aurait intérêt pour la conservation de ses droits à soutenir cette partie (art. 330 CPC).

D. Délibéré

Après les débats, l'Autorité délibère. La procédure écrite permettant la mise à la disposition préalable du dossier aux membres de l'Autorité avant la séance, la brièveté du délibéré ne peut constituer une cause d'irrégularité. La décision définitive est adoptée à la majorité absolue des voix, le président de l'Autorité ayant voix prépondérante en cas de partage. Un procès-verbal de séance est établi qui indique le nom des personnes présentes. Mais, aucun texte n'impose de mentionner dans la décision la présence des intéressés au délibéré et les interventions qu'ils y ont faites. Le délibéré est secret. La violation du secret entraîne la nullité de la décision.

Les textes précisent que le rapporteur général, ou le rapporteur général adjoint désigné par lui, et le rapporteur assistant aux délibérés, sans voix délibérative, sauf lorsque l'Autorité statue sur des pratiques dont elle est saisie en application de l'article L. 462-5 (art. L. 463-7, al. 4), à savoir des pratiques d'ententes, d'abus de domination ou de prix abusivement bas.

SECTION 4

Mesures conservatoires

A RETENIR

Il peut s'avérer nécessaire de faire cesser le trouble résultant de la pratique poursuivie avant que l'Autorité ne se prononce définitivement. Aussi, le ministre de l'Économie et les parties saisissantes peuvent-ils demander à l'Autorité d'ordonner des mesures provisoires (art. L. 464-1, al. 1 C. com.). Cette demande est formée accessoirement à une saisine au fond. Elle peut être présentée à tout moment de la procédure et doit être motivée (art. R. 464-1 C. com.).

Les autorités de concurrence nationales doivent, dans tous les cas, appliquer les règles de concurrence européennes. La procédure de mesures conservatoires ne fait pas exception à ce principe. Aussi la Cour d'appel de Paris a-t-elle estimé que l'article L. 464-1 doit être lu à la lumière du droit européen. En effet, selon la cour, «le pouvoir de prendre des mesures conservatoires participe de l'exigence d'effectivité du droit reconnu aux autorités

chargées d'appliquer les règles communautaires de concurrence, incluant les autorités nationales, de faire cesser les infractions aux dites règles et d'assurer l'exécution des obligations qui en découlent». Dès lors, conformément à l'exigence d'efficacité et d'uniformité d'application du droit européen sur l'ensemble du territoire de l'Union, comme à celle de sécurité juridique des entreprises, «les critères d'appréciation du bien-fondé de telles mesures sont ceux définis par le droit communautaire». La Cour de cassation a censuré cet arrêt en rappelant avec force le principe de l'autonomie procédurale qui «commande à l'autorité nationale de concurrence, qui applique les articles 101 et 102 TFUE, de mettre en œuvre les règles de procédure interne, sauf si ce principe conduit à rendre impossible ou excessivement difficile l'application du droit communautaire».

Le juge judiciaire dispose d'une compétence de principe en matière de procédure d'urgence qu'il tient des articles 808, 809, 872 et 873 du Code de procédure civile. Peut-il être amené à connaître dans le cadre de ses pouvoirs généraux en matière de référés de comportement anticoncurrentiels ? La question reçoit une réponse positive de la jurisprudence qui admet la recevabilité de la saisine en référé de droit commun pour faire cesser un comportement contraire aux règles de concurrence. La victime de pratiques anticoncurrentielles peut indifféremment présenter une demande de mesures conservatoires devant l'Autorité de la concurrence sur le fondement de l'article L. 464-1 du Code de commerce ou devant les juridictions civiles, voire mettre en œuvre successivement les deux procédures. Cependant, le juge des référés, lorsqu'il applique le droit de la concurrence, n'a pas à interpréter les notions de dommage imminent et de trouble manifestement illicite visées à l'article 873 à la lumière de celles plus restrictives de l'article L. 464-1 du Code de commerce : le dommage imminent peut être caractérisé indépendamment d'une atteinte grave et immédiate à l'économie, au secteur ou à l'entreprise elle-même. L'imminence de l'affaiblissement très conséquent de la marge de l'entreprise plaignante, de nature à perturber son activité, caractérise le dommage imminent au sens de l'article 873 du Code de procédure civile, sans qu'il soit nécessaire de démontrer à ce stade que sa pérennité serait menacée, comme l'exige l'article L. 464-1.

I. Conditions d'octroi

A RETENIR

Les mesures conservatoires ne peuvent intervenir que si la pratique dénoncée porte une atteinte grave et immédiate à l'économie générale, à celle du secteur intéressé, à l'intérêt du consommateur ou à l'entreprise plaignante (art. L. 464-1, al. 2, C. com.).

PLAN

L'octroi de mesures conservatoires est subordonné à deux conditions :

- l'existence de pratiques susceptibles d'être anticoncurrentielles ;
- un préjudice grave et immédiat.

A. Pratiques susceptibles d'être anticoncurrentielles

Selon la Cour de cassation, les mesures conservatoires peuvent être prononcées, même sans constatation préalable de pratiques manifestement illicites, dès lors que les faits dénoncés, et visés par l'instruction dans la procédure au fond, sont suffisamment caractérisés pour être tenus comme la cause directe et certaine de l'atteinte relevée.

Dans tous les cas, il appartient à l'Autorité de vérifier en fonction des éléments qui lui sont fournis et de ceux qu'elle peut recueillir en exerçant les pouvoirs d'investigation dont elle dispose, si l'atteinte est de nature à justifier les mesures demandées. La décision doit préciser concrètement les éléments sur lesquels elle se fonde, citer nommément les opérateurs concernés, comparer leurs parts de marché au regard de celles détenues par la société soupçonnée d'abus de position dominante, et analyser les circonstances permettant de retenir ou de rejeter une atteinte grave et immédiate.

B. Préjudice grave et immédiat

1. Préjudice grave

Le préjudice causé à l'entreprise plaignante peut être de nature purement financière. Des pertes d'exploitation sont susceptibles de révéler une situation de danger si elles résultent des pratiques dénoncées. Un manque à gagner n'est, toutefois, pas à lui seul constitutif d'une atteinte grave et immédiate et doit menacer la survie de l'entreprise pour justifier le prononcé de mesures conservatoires. Il y a atteinte grave et immédiate aux intérêts de la plaignante lorsque le refus qui lui est opposé, outre les pertes financières qu'il occasionne, est de nature à compromettre de manière sensible et durable son activité et de conduire à sa disparition.

Le préjudice à l'économie, au secteur ou aux consommateurs résulte de toute atteinte portée à la structure du marché. Une atteinte portée à l'économie du secteur est établie dès lors que les pratiques d'une entreprise en position dominante rendent la situation de son unique concurrente difficile.

L'affaiblissement sensible ou la disparition de toute pression concurrentielle exercée sur l'opérateur dominant constitue une atteinte grave. Ainsi, les accords passés entre le fabricant de l'iPhone et un opérateur réseau en position prééminente sur le marché des services de téléphonie mobile qui font de ce dernier l'opérateur mobile exclusif pour ce produit innovant et attractif pour une durée d'au moins trois ans, sont de nature à porter une atteinte grave à un marché qui connaît déjà un déficit de concurrence et risque d'être cloisonné par l'effet cumulatif de partenariats similaires. De même, les pratiques d'un fournisseur historique visant à dissuader les clients potentiels de faire appel aux concurrents de sa filiale, qui sont de nature à restreindre l'accès à un marché émergent et à produire un effet structurant si elles venaient à perdurer, causent une atteinte grave à un secteur en plein développement.

L'existence du préjudice peut également résulter d'un risque d'éviction. En effet, la pratique d'éviction peut avoir pour objet et pour effet de retarder l'entrée d'un concurrent sur le marché, même si ce dernier voit sa part de marché progresser. Tel est le cas de l'offre de couplage de l'opérateur historique des télécommunications susceptible de causer un dommage grave et immédiat dans la mesure où elle vise à évincer les nouveaux entrants

et ne présente pas de véritable avantage tarifaire pour les consommateurs. La preuve d'un préjudice n'est pas apportée lorsque les parts de marché des opérateurs se prétendant menacées d'éviction se sont stabilisées. Il n'y a pas non plus lieu de prononcer des mesures conservatoires lorsque l'«effet vitrine» - perte d'image auprès des collectivités, clientes ou prospects, résultant de la perte d'un contrat de référence - et l'effet «boule de neige» que les pratiques concernées sont susceptibles d'entraîner, ne sont pas de nature à faire disparaître de concurrents.

2. Préjudice immédiat

Le préjudice peut être immédiat sans se limiter aux pertes financières immédiatement quantifiables. Dans certains cas, le préjudice n'est que l'aboutissement d'un processus dont les conséquences définitives ne se manifestent qu'à moyen terme (ex. perte d'abonnés). L'Autorité considère que cette caractéristique ne fait pas obstacle à l'octroi de mesures conservatoires, dès lors que le déclenchement du processus à l'origine du préjudice est immédiat et son déroulement irréversible. Toutefois, l'atteinte doit être susceptible de se produire dans un avenir proche sous peine d'affecter prématurément le fonctionnement des entreprises en cause. Il n'en est pas ainsi lorsque la demande de mesures conservatoires intervient plus de trois ans après la rupture anticipée d'un contrat d'exclusivité de fourniture et la cessation d'activité qu'elle a entraînée ou lorsqu'un accord de mutualisation de réseaux mobiles ne produira aucun effet concret avant plusieurs mois ou années. L'atteinte immédiate ne saurait par ailleurs couvrir des situations anticoncurrentielles anciennes, ni un risque de perturbation potentielle du jeu de la concurrence.

II. Règles de procédure

A. Conditions de recevabilité de la demande

A RETENIR

Toute personne habilitée à saisir l'Autorité peut solliciter le prononcé de mesures provisoires.

En particulier, cette possibilité relève des prérogatives du ministre de l'Économie qui veille à la protection générale de l'ordre public économique. Le ministre est notamment fondé à soutenir que l'atteinte portée aux intérêts de l'entreprise plaignante par la pratique en cause constitue également une atteinte au secteur économique en son entier. Le président de l'ARCEP a également la possibilité de former une demande de mesures conservatoires dans les conditions prévues à l'article L. 464-1 du Code de commerce.

La saisine au fond et la demande de mesures conservatoires peuvent être présentées conjointement. Aucune disposition législative ou réglementaire n'oblige, en effet, l'intéressé à les présenter dans deux documents distincts. En raison du caractère accessoire de la demande de mesures conservatoires par rapport à la demande principale, le rejet de la saisine de l'Autorité de la concurrence pour défaut d'éléments suffisamment probants entraîne celui de la demande de mesures conservatoires. Le rejet pour défaut de trouble grave et immédiat de la demande de mesures conservatoires n'empêche pas, en revanche, de former une nouvelle demande en cas de survenance d'éléments nouveaux.

La procédure de mesures conservatoires est caractérisée par l'urgence. Aussi, les textes n'imposent-ils pas d'instruction avant l'examen de l'affaire par l'Autorité de la concurrence. L'Administration peut adresser une demande de renseignements concernant des documents qu'elle a en sa possession sans que celle-ci s'identifie à une demande d'enquête. S'il est loisible au rapporteur général de fixer, pour l'application de l'article L. 464-1, des délais pour la production des mémoires, pièces justificatives ou observations et pour leur consultation par les intéressés ou par le commissaire du Gouvernement (Art. R. 463-8 C. com.), aucun de ces textes ne pose de délais pour produire les mémoires ou observations que provoque la demande de mesures conservatoires. De même, le délai de trois semaines prévu à l'article R. 464-6 du Code de commerce pour la convocation aux séances de l'Autorité de la concurrence est incompatible avec l'urgence qui s'attache aux mesures conservatoires. Le rapporteur peut présenter des observations orales. Rien dans les textes n'impose que ce rapport ait préalablement revêtu une forme écrite et ait été communiqué aux parties. De même, l'Autorité n'est pas tenue de vérifier et établir la matérialité des faits, ni de provoquer un débat contradictoire sur la qualification des pratiques dénoncées, dès lors qu'elle a préalablement pris connaissance de la position des services d'instruction, présentée oralement en séance par le rapporteur, et entendu les parties mises en cause.

Bien qu'il s'apprécie au regard de l'urgence, le principe du contradictoire doit être respecté. Aussi l'exposé oral par le rapporteur des intérêts en cause et de l'injonction proposée à l'Autorité est-il effectué en présence des parties qui ont la parole en dernier et doivent pouvoir combattre contradictoirement les mesures proposées.

Le droit à un tribunal impartial et indépendant posé à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme doit également être garanti. **Il est exclu que les membres de l'Autorité ayant statué sur les mesures conservatoires soient présents dans la formation de l'Autorité pour statuer sur le fond.** En se décidant ainsi, la Cour de cassation consacre la nature de pré-jugement de la décision prononçant les mesures conservatoires, contrairement à la solution retenue par la Cour d'appel de Paris. Toutefois, le respect du principe du contradictoire devant s'apprécier au regard du caractère urgent de la procédure de mesures conservatoires, il ne peut être reproché à l'Autorité de la concurrence de n'avoir déclassé certaines pièces que l'avant-veille de la séance, lorsque les délais laissés aux parties leur ont permis de s'exprimer en séance sur l'ensemble des pièces versées aux débats sans qu'aucune n'ait demandé un délai supplémentaire pour répondre. En revanche, l'opérateur qui a la qualité de partie saisissante et demanderesse au prononcé de mesures conservatoires et non de partie mise en cause, n'est, en application du deuxième alinéa de l'article R. 463-15 du Code de commerce, pas recevable à demander au rapporteur la levée de la confidentialité de certaines pièces de la procédure afin de faire valoir ses droits.

B. Décision de l'Autorité

A RETENIR

L'Autorité prend les mesures conservatoires qui lui sont demandées ou celles qui lui apparaissent nécessaires. Elles peuvent comporter la suspension de la pratique en cause, ainsi qu'une injonction aux parties de revenir à l'état antérieur.

L'Autorité dispose en effet, dans l'exercice de sa mission, de prérogatives de puissance publique qui lui permettent de faire prévaloir une mesure de rétablissement de l'ordre public économique sur des dispositions contractuelles, en ordonnant notamment la suspension de l'exécution d'une convention. Le caractère contraignant de l'injonction implique cependant que celle-ci soit formulée dans des termes clairs, précis et exempts d'incertitudes quant à son exécution. En outre, **les mesures doivent être strictement limitées à ce qui est nécessaire pour faire face à l'urgence** et ne pas dépasser, tant dans leur objet que leur durée, ce qui est nécessaire pour corriger une atteinte manifeste et intolérable à l'exercice de la libre concurrence. Sous cette réserve, les mesures peuvent revêtir des formes très diverses, la liste de l'article L. 464-1 n'étant pas limitative.

EXEMPLES**L'Autorité peut ordonner, à titre de mesure conservatoire :**

- de cesser tout refus de contracter et de communiquer les conditions de vente ;
- de diffuser à tous les membres d'une profession des mesures provisoires ordonnées ;
- de suspendre une offre de couplage, l'exécution d'un acte administratif ou la signature d'un accord de sous-traitance susceptible de conférer à l'entreprise en position dominante une exclusivité de fait ;
- de cesser une pratique de prix prédateurs ;
- de replacer les opérateurs dans une position de négociation d'offres conformes à une saine concurrence, avant que cette dernière ne soit définitivement compromise ;
- de publier un communiqué de presse mentionnant la décision ayant prononcé les mesures conservatoires.

En revanche, elle n'a pas la possibilité :

- d'accorder des dommages-intérêts à la victime ;
- de prendre des mesures de séquestre ;
- de suspendre l'exécution d'un marché public ;
- d'imposer une obligation de contracter.

En règle générale, l'Autorité adopte la mesure conservatoire la plus efficace, c'est-à-dire celle qui, dans l'immédiat et jusqu'à ce qu'elle ait pris des mesures définitives, permet de rétablir l'ordre public économique.

La décision prononçant les mesures conservatoires est publiée au Bulletin officiel de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes ou sur le site de l'Autorité de la concurrence, à l'exclusion de tout autre organe de publication.

Si les mesures prévues à l'article L. 464-1 ne sont pas respectées, l'Autorité peut prononcer une sanction pécuniaire (art. L. 464-3) dans les limites fixées à l'article L. 464-2. Par

application de ce texte, il appartient à l'Autorité de vérifier, avant d'envisager le prononcé d'une sanction pécuniaire, si, dans les termes précis où elle les a édictées, les mesures ont été exécutées. Lorsque les pratiques se sont poursuivies sous une autre forme, indépendamment de l'exécution proprement dite de l'injonction initiale, elles ne peuvent être examinées que dans le cadre d'une nouvelle demande de mesures conservatoires ou au fond, avec l'ensemble des pratiques anticoncurrentielles reprochées au contrevenant.

C. Recours

A RETENIR

Comme toutes les décisions de l'Autorité, celles relatives à des mesures conservatoires sont immédiatement exécutoires. Elles peuvent cependant faire l'objet d'un recours en réformation ou en annulation devant la Cour d'appel de Paris par les parties en cause ou le commissaire du Gouvernement. Le délai d'appel est de dix jours à compter de la notification de la décision.

L'assignation doit être délivrée à toutes les parties en cause devant l'Autorité de la concurrence ainsi qu'au ministre de l'Économie. Initialement sanctionné par l'irrecevabilité du recours, qui devait être prononcée d'office, le non-respect de cette formalité rend, depuis le décret 2017-823 du 5 mai 2017, le recours caduc. Sous la même sanction, une copie de l'assignation doit être déposée en triple exemplaire au greffe de la cour d'appel au plus tard dans les cinq jours qui suivent celui de sa signification. En outre, une autre copie doit immédiatement être notifiée à la diligence de l'huissier de justice à l'Autorité de la concurrence par lettre recommandée avec demande d'avis de réception (Art. R. 464-20 in fine C. com.).

L'intervention volontaire d'une autorité administrative indépendante qui ne défend pas l'une de ses propres décisions et qui n'a pas la qualité de partie, est irrecevable, en application des dispositions de l'article R. 464-14 du Code de commerce, qui réserve le droit d'intervenir aux seules personnes qui ont été parties devant l'Autorité de la concurrence. Compte tenu de l'urgence dans laquelle il convient d'examiner un recours portant sur une décision de l'Autorité de la concurrence prononçant des mesures conservatoires, les parties peuvent, sous réserve du respect mutuel de leurs droits de la défense, déposer des conclusions jusqu'au moment de l'audience. La cour d'appel statue dans le mois du recours (Art. L. 464-7, al. 1er, C. com.). Le cas échéant, ce recours ne peut être formé indépendamment de celui introduit contre la décision déclarant la saisine irrecevable. La cour d'appel ne peut ni annuler de conventions ou clauses contractuelles, ni prononcer de condamnation à des dommages-intérêts. Sa décision est susceptible de tierce opposition. L'appel-nullité contre la décision de l'Autorité est irrecevable.

Le recours devant la cour d'appel n'est pas suspensif. Aussi, le texte prévoit-il la possibilité de saisir le premier président de la cour d'un sursis à exécution des mesures conservatoires (art. L. 464-7, al. 2). Cette demande s'effectue par assignation délivrée à l'auteur de la saisine et au ministre de l'Économie. En vertu de l'article R. 464-22 du Code de commerce, dans sa rédaction issue du décret 2017-823 du 5 mai 2017, l'assignation est portée devant le premier président de la Cour d'appel de Paris, selon les modalités du deuxième alinéa de l'article 485 du nouveau Code de procédure civile. Le

sursis ne sera ordonné que si les mesures sont susceptibles d'entraîner des conséquences manifestement excessives ou si des faits nouveaux d'une exceptionnelle gravité sont intervenus depuis la notification des mesures. Enfin, les arrêts de la Cour d'appel de Paris peuvent être frappés d'un pourvoi en cassation dans le délai d'un mois à compter de leur notification.

SECTION 5

Décision de l'Autorité de la concurrence

PLAN

Pour être valable, la décision de l'Autorité :

- doit être rédigée en termes clairs et précis ;
- ne se prononcer que sur les griefs retenus dans la notification ;
- respecter les règles de compétence et de forme ;
- respecter les règles d'imputabilité ;
- être régulièrement publiée et notifiée.

I. Conditions de validité

A. Termes clairs et précis

A RETENIR

Toute décision prononçant une sanction par nature contraignante pour celui qui la subit doit être formulée en des termes clairs, précis et exempts d'incertitude quant à son exécution.

La décision de l'Autorité infligeant une sanction pécuniaire doit être motivée. Cette motivation doit être conforme aux prescriptions de la loi 79-587 du 11 juillet 1979, relatives à la motivation des actes administratifs : elle doit être directe, explicite, circonstanciée, spécifique à l'espèce et non générique ; elle doit permettre à la Cour d'appel de Paris d'exercer son contrôle sur l'appréciation des faits, l'application des textes et le caractère proportionnel de la sanction pécuniaire infligée. L'exigence de motivation, qui n'était pas prévue initialement dans l'ordonnance de 1986, a été requise par la jurisprudence, avant d'être consacrée par le législateur par la loi du 31 décembre 1992, imposant la motivation de la sanction.

B. Griefs retenus dans la notification

A RETENIR

L'Autorité ne peut se prononcer que dans la limite des griefs retenus dans la notification et soumis aux observations des parties.

Ainsi, lorsque la notification vise uniquement le non-respect des dispositions de l'article L. 420-1 du Code de commerce, l'Autorité dépasse le cadre de sa saisine en estimant

que les pratiques anticoncurrentielles reprochées aux parties enfreignent également les dispositions de l'article 101 TFUE. En revanche, la réduction du champ d'un grief notifié, qui tient compte des objections et explications apportées par les entreprises au cours de la procédure administrative, ne porte pas atteinte aux droits de la défense de ces dernières.

C. Compétence et forme

A RETENIR

La décision définitive est adoptée à la majorité absolue des voix, le président de l'Autorité ayant voix prépondérante en cas de partage.

Chaque décision fait l'objet d'une minute établie en un seul exemplaire et conservée avec le procès-verbal de la séance sous la responsabilité du chef du bureau de la procédure. Elle est pourvue d'un numéro de code chronologique correspondant à la nature de l'affaire. Les ampliations des décisions sont certifiées conformes par le rapporteur général. L'Autorité de la concurrence peut apporter une rectification à sa décision sans convoquer les parties à une nouvelle séance.

D. Imputabilité de l'infraction

L'infraction commise par la filiale d'un groupe de sociétés peut-elle être imputée à la société mère ? Quelle incidence une restructuration de l'entreprise, intervenue entre le moment où les faits reprochés se sont produits et celui auquel les autorités de concurrence statuent, peut-elle avoir sur sa responsabilité ?

1. Groupe de sociétés

A RETENIR

Dans le cas d'un groupe de sociétés, l'entente peut n'être imputée qu'à la société mère lorsque la filiale est dépourvue d'autonomie dans la détermination de sa politique commerciale et est dans l'impossibilité de remplir ses engagements contractuels. S'alignant sur le droit de l'Union, l'Autorité de la concurrence a importé en droit interne la présomption d'imputabilité à la société mère du comportement infractionnel d'une filiale qui découle de la détention de 100 % du capital de cette dernière.

La présomption s'applique même lorsque l'Autorité n'applique que le droit français ou ne sanctionne qu'une infraction procédurale. L'Autorité de la concurrence n'est pas tenue d'étayer la présomption de responsabilité qui s'attache à la détention de 100 % du capital de la filiale par d'autres éléments ni de démontrer la participation directe de la mère à l'infraction. La présomption est réfragable et ne porte pas atteinte à la présomption d'innocence.

EXEMPLES

La présomption d'imputabilité à la société mère du comportement infractionnel de la filiale s'applique :

- même en cas d'absence d'implication de la société mère, simple holding financière, dans les décisions de sa filiale à 100 % car elle n'est pas fondée sur des relations d'instigation, mais sur l'existence d'une entreprise unique ;
- même si la société mère rassemble plus de 150 filiales directes et que, dans ces conditions, la taille du groupe ne lui permette pas, matériellement, d'exercer sur chacune d'elles une influence déterminante, dès lors que dans un groupe de sociétés, la division des tâches constitue un phénomène normal ;
- même si la société mère ne détient que 55 % du capital de sa filiale dès lors que les deux entités ont des dirigeants communs, que la société mère est majoritaire au sein du conseil d'administration de la filiale et qu'elle a la maîtrise des développements techniques affectant stratégiquement l'activité de la filiale au travers d'une autre société détenue à 100 % ;
- même si la filiale a la possibilité de définir une stratégie commerciale en tenant compte des spécificités du marché local, dès lors que la marge de manœuvre dont elle dispose ne dépasse pas ce qu'induit l'éloignement géographique entre elle et sa mère ;
- même en l'absence d'adoption de décisions formelles par des organes statutaires pour constater l'existence d'une unité économique entre l'auteur de l'infraction et son entité faîtière, dès lors que celle-ci peut naître de liens personnels existant entre ces entités juridiques, comme le fait que la filiale ne dispose pas de service juridique en propre mais compte sur celui de la holding ;
- même en cas de mise en place d'un dispositif contractuel et statutaire propre à prévenir toute prépondérance d'une société mère par rapport à l'autre dans la gestion d'une filiale commune ;
- même en présence de dispositions législatives qui instaurent une séparation organique entre les activités d'intérêt général de la société mère et celles, concurrentielles, de ses filiales, qui n'établissent pas une impossibilité pour la première d'exercer une influence déterminante sur les secondes ;
- même en cas de choix procéduraux différents, tels que la non-contestation des griefs pour l'une seulement des entreprises en cause.

En revanche :

- la mère renverse la présomption lorsqu'elle établit qu'elle n'a acquis la filiale que pour ses activités dans des secteurs non concernés par l'infraction et entendait, dès l'origine, céder rapidement les autres activités ;
- la présomption ne peut être opposée à une société mère à qui les griefs n'ont pas été notifiés.

2. Restructuration

A RETENIR

La notion d'entreprise étant purement économique, c'est, en principe, l'entité qui assure la continuité économique et fonctionnelle de l'auteur du comportement anticoncurrentiel qui doit répondre de celui-ci.

Il existe toutefois deux limites juridiques à ce principe : il n'y a pas transfert de responsabilité lorsque l'auteur du comportement anticoncurrentiel conserve sa personnalité juridique ; il n'y a pas lieu au prononcé de sanctions lorsque la restructuration s'effectue par application de la loi, comme dans le cas d'un plan de cession. Cette solution s'inspire de la jurisprudence européenne. En cas de restructuration affectant l'auteur des pratiques, celle-ci impose au juge de retrouver l'entreprise à laquelle ont été transférés les moyens matériels et humains ayant concouru à la commission de l'infraction, mais écarte la responsabilité du cessionnaire, s'il est établi qu'à la date de la décision, l'auteur de l'infraction continue d'exister juridiquement.

a. Fusion ou fusion-absorption

La fusion-absorption opère selon l'article L. 236-1 du Code de commerce transmission universelle du patrimoine : l'ensemble des moyens humains et matériels ayant concouru à la commission de l'infraction étant transférés à la société absorbante, l'infraction est uniquement imputable à cette dernière. L'entreprise absorbante endosse la responsabilité des actes commis avant l'opération par l'entreprise absorbée, même si, à cette date, celle-ci avait cédé une partie de ses actifs à des tiers, la cession n'ayant pas mis en cause sa continuité économique et fonctionnelle. En cas de fusion par création d'une entité nouvelle, la responsabilité des pratiques anticoncurrentielles incombe à l'entreprise ou à l'organisation professionnelle issue de l'opération.

b. Cession, location-gérance ou apport de fonds de commerce

L'entreprise qui succède, à la suite d'une cession ou de l'achat du fonds de commerce, à celle qui a commis l'infraction aux règles de concurrence en est responsable dès lors qu'il existe une continuité économique et fonctionnelle entre elles. Le cessionnaire d'un fonds de commerce doit ainsi répondre des pratiques anticoncurrentielles mises en œuvre par le cédant. Il en est de même en cas d'apport du fonds de commerce. La solution est différente lorsqu'à la date où l'Autorité de la concurrence statue, la personne morale support de l'entreprise existe toujours ou encore lorsque l'entreprise cédée est exploitée en nom personnel par une personne physique. Le cédant de l'entreprise auteur des pratiques doit donc continuer d'assumer la responsabilité de celles-ci lorsqu'il survit en tant que personne morale, même après l'extinction de la garantie de passif consentie au cessionnaire.

Quant à la location-gérance, contrat par lequel le propriétaire d'un fonds de commerce en concède la location à un gérant qui l'exploite «à ses risques et périls» (art. L. 144-1 C. com.), elle n'a d'autre effet que de substituer un tiers à l'exploitant du fonds, sans faire disparaître l'entreprise. La continuité économique et fonctionnelle n'étant pas altérée, le locataire-gérant assume la responsabilité des pratiques anticoncurrentielles mises en œuvre par l'entreprise prise en gérance. Néanmoins, le bailleur peut également demeurer

entièrement responsable de l'infraction lorsqu'il est établi qu'il détient 100% du capital du locataire-gérant.

c. Plan de cession

Dans un arrêt du 27 février 1991, la Cour d'appel de Paris, constatant que l'entreprise originaire était, par l'effet de la cession, devenue complètement étrangère à l'entreprise nouvelle et qu'il n'est pas établi que cette dernière ait poursuivi l'activité anticoncurrentielle, avait mis hors de cause l'entreprise nouvelle. Depuis, **l'Autorité de la concurrence** a adopté une solution qui conduit au même résultat à partir de prémisses différentes. Elle **considère que, dans la mesure où le cessionnaire assure la continuité économique et fonctionnelle de l'entreprise originaire, sa responsabilité doit être mise en cause** en dépit du fait qu'il n'ait pris aucune part aux pratiques anticoncurrentielles et ne les ait pas poursuivies postérieurement à la cession. Il peut dès lors être destinataire de la notification des griefs et être obligé de se conformer à une injonction de ne pas faire. Toutefois, **l'Autorité refuse d'infliger une sanction pécuniaire** au motif qu'un cessionnaire ne peut être tenu, en vertu de l'article L. 626-10 du Code de commerce, de charges non prévues dans le plan de cession.

d. Transfert du contrôle ou transformation

La modification dans la composition du capital d'une entreprise ayant participé à une entente n'a pas d'incidence sur l'imputabilité de la pratique. En effet, les sujets du droit de la concurrence sont les entreprises, non les hommes qui les dirigent. Néanmoins, se fondant sur l'existence d'une entité unique, la Cour de cassation a pu retenir qu'une entreprise qui avait pris le contrôle d'un participant à l'entente après la cessation de l'infraction pouvait se voir imputer celle-ci et imposer un calcul de l'amende sur le fondement de son chiffre d'affaires mondial consolidé hors taxes.

De même la transformation d'une société en holding ou d'une association en syndicat n'affecte pas sa continuité économique et fonctionnelle. En revanche, l'association constituée par d'anciens membres d'une autre association ne peut se voir imputer les pratiques reprochées à celle-ci dans la mesure où l'auteur de l'infraction continue d'exister.

e. Liquidation judiciaire

Une fois sortie du marché, une entreprise n'est plus sujet du droit de la concurrence. Toutefois, si elle continue d'exister juridiquement, même pour les besoins de sa liquidation, elle doit répondre des pratiques anticoncurrentielles qu'elle a mises en œuvre. En revanche, elle n'encourt pas de sanction pécuniaire en cas de liquidation judiciaire. Les articles L. 622-21 et L. 622-23 du Code de commerce interdisent le prononcé d'une amende à l'encontre de l'entreprise en raison de l'arrêt des poursuites individuelles.

f. Dissolution

En cas de dissolution de la personne morale, une sanction ne peut être prononcée que tant que la personnalité morale de l'entreprise ayant commis l'infraction subsiste. Une fois les opérations de liquidation clôturées, l'entreprise ne peut plus faire l'objet d'une amende.

En revanche, à défaut de clôture de ces opérations, l'Autorité peut valablement infliger

une sanction pécuniaire à la société dissoute, celle-ci n'étant pas transmissible à l'entreprise qui en a éventuellement pris le contrôle.

La dissolution peut également être accompagnée du transfert de l'activité de l'entreprise dissoute à une autre. Dans ce cas, le principe de la continuité économique et fonctionnelle permet d'infliger la sanction à l'entreprise repreneuse. Il faut et il suffit que l'ensemble des biens, droits et obligations, créances et dettes de l'auteur de la pratique ait été repris par celle-ci.

E. Publicité et notification

A RETENIR

Les décisions de l'Autorité de la concurrence sont publiées sur son site internet (art. D. 464-8-1 C. com.). Cette publication peut être limitée pour tenir compte de l'intérêt légitime des parties à ce que leurs secrets d'affaires soient préservés.

L'Autorité de la concurrence doit veiller à l'exécution de ses décisions. Elles doivent être notifiées aux parties en cause et au ministre de l'Économie (art. L. 464-8 et R. 464-8). La notification est adressée par lettre recommandée avec demande d'avis de réception. Cette lettre doit, à peine de nullité, indiquer le délai de recours ainsi que les modalités selon lesquelles il peut être exercé. Elle comporte en annexe les nom, qualité et adresses des parties auxquelles la décision de l'Autorité a été notifiée. Cette notification constitue le point de départ du délai d'un mois pour former un recours en annulation ou en réformation devant la Cour d'appel de Paris.

II. Contenu de la décision

L'Autorité de la concurrence est dotée de prérogatives de puissance publique lui permettant de rétablir le libre jeu de la concurrence. Ainsi, lorsqu'elle constate l'existence de pratiques ou comportements contraires aux articles L. 420-1, L. 420-2, L. 420-2-1, L. 420-2-2 ou L. 420-5 du Code de commerce ou aux articles 101 ou 102 TFUE, l'Autorité peut ordonner aux intéressés de mettre fin aux pratiques anticoncurrentielles dans un délai déterminé ou imposer des conditions particulières. Elle peut infliger une sanction pécuniaire applicable immédiatement ou en cas d'inexécution des injonctions (art. L. 464-2). En revanche, elle ne peut statuer sur les dépens, ordonner le remboursement des frais irrépétibles ou allouer des dommages-intérêts à la victime de la pratique anticoncurrentielle. L'ordonnance du 13 novembre 2008 a étendu le pouvoir de sanction de l'Autorité. Les entreprises peuvent désormais être sanctionnées en raison de leur défaut de collaboration au cours de l'instruction. Une injonction assortie d'une astreinte peut être prononcée, à la demande du rapporteur général, à l'encontre des entreprises qui ne défèrent pas à une convocation ou ne répondent pas dans les délais à une demande de renseignements (art. L. 464-2, V, al. 1). Par ailleurs, les entreprises qui font obstruction à l'instruction ou aux investigations, en fournissant des renseignements incomplets ou inexacts ou en communiquant des pièces incomplètes ou dénaturées s'exposent à une sanction pécuniaire qui ne peut excéder 1 % du montant du chiffre d'affaires mondial hors taxe le plus élevé (art. L. 464-2, V, al. 1).

PLAN

L'Autorité de la concurrence peut :

- ordonner un complément d'instruction ;
- prononcer une injonction ;
- prononcer une astreinte ;
- infliger une amende.

A. Complément d'instruction

L'Autorité peut par décision motivée ordonner un complément d'instruction en application de l'article R. 463-7 du Code de commerce, mais il ne s'agit que d'une simple faculté. Lorsqu'elle ne trouve pas au dossier les éléments lui permettant de se prononcer sur le bien-fondé de la tarification proposée, elle peut exiger la justification détaillée des recettes et dépenses à partir de la comptabilité analytique.

B. Injonction de faire ou de ne pas faire

A RETENIR

L'Autorité peut enjoindre aux intéressés de mettre fin à la pratique anticoncurrentielle dans un délai déterminé ou imposer des conditions particulières. Elle a donc le pouvoir de prononcer des injonctions de faire ou de ne pas faire.

EXEMPLES

Que peut enjoindre l'Autorité à une entreprise ?

- de cesser d'intervenir dans la fixation des prix de ses distributeurs ;
- de cesser d'appliquer des conditions de vente discriminatoires ;
- de mettre fin à un boycott ;
- de s'abstenir d'insérer dans ses contrats de distribution une clause de protection territoriale absolue ;
- de supprimer une clause de non-concurrence ou de réduire sa durée ;
- de modifier le contrat de distribution sélective, notamment pour qu'il soit clairement stipulé que les distributeurs ont le droit de vendre en ligne ;
- de se soumettre à une obligation d'information.

Pour remédier à des pratiques d'éviction de prix commises dans des circonstances exceptionnelles, l'Autorité peut recourir, alternativement et non cumulativement avec une sanction pécuniaire, à une injonction dès lors que cette solution est la plus apte au rétablissement d'une concurrence efficace sur le marché mais aussi à son maintien dans la durée. En revanche, l'Autorité de la concurrence peut cumuler une amende et une injonction de modifier les clauses litigieuses du règlement intérieur d'un groupement dans un délai de deux mois, lorsqu'au cours de la procédure, celui-ci ne s'est pas engagé à le faire

compte tenu de son souhait d'en contester le caractère anticoncurrentiel.

Ce pouvoir d'injonction de l'Autorité n'est pas illimité. Ainsi, l'Autorité n'a pas le pouvoir d'ordonner pour l'avenir la surveillance systématique d'un secteur. Si elle peut imposer aux parties de mettre fin aux accords illicites ou de les modifier, l'Autorité n'est pas autorisée à annuler une convention. En effet, ce pouvoir relève de la compétence exclusive des juridictions judiciaires en vertu de l'article L. 420-3 du Code de commerce.

L'injonction constitue par nature une mesure contraignante pour celui qui la subit. D'interprétation stricte, elle doit être formulée en des termes clairs, précis et exempts d'incertitude quant à son exécution et ne concerne que les entreprises auxquelles elle s'adresse.

Si l'article L. 464-2 n'impose aucun délai aux parties pour exécuter les injonctions de l'Autorité, le juge considère cependant **les injonctions doivent être exécutées dans un délai raisonnable** à compter de leur notification. L'Autorité de la concurrence a même considéré que l'injonction étant immédiatement exécutoire, les parties doivent s'y conformer sans délai. Le délai raisonnable s'apprécie concrètement eu égard aux circonstances de l'espèce, et notamment des caractéristiques propres à l'entreprise et au secteur concerné. Le délai de mise en conformité avec les termes d'une injonction peut être prolongé en appel lorsque l'Autorité de la concurrence n'a pas dressé la liste des stipulations contractuelles dont elle a ordonné la révision, imposant ainsi à l'entreprise un examen attentif de chacune d'elles.

L'Autorité est compétente pour vérifier le respect de l'injonction. La procédure de vérification obéit à des règles plus souples que celle de poursuite de l'infraction. Il n'est, en effet, pas nécessaire qu'une notification des griefs précède la rédaction du rapport et sa notification. L'Autorité ne peut cependant se prononcer sur le non-respect d'une mesure d'injonction que si elle a été saisie de cette question dans les conditions définies à l'article L. 462-5 du Code de commerce. **En cas de non-respect de l'injonction, l'article L. 464-3 du Code de commerce permet à l'Autorité de prononcer une sanction pécuniaire** dans les limites de l'article L. 464-2.

L'Autorité de la concurrence dispose d'un **pouvoir d'injonction spécifique en cas d'exploitation abusive d'une position dominante ou d'un état de dépendance économique de la part d'une entreprise ou d'un groupe d'entreprises exploitant un ou plusieurs magasins de commerce de détail**. En métropole, l'article L. 752-26 du Code de commerce lui permet, lorsque les injonctions prononcées et les sanctions pécuniaires appliquées n'ont pas permis de mettre fin à l'abus de position dominante ou à l'état de dépendance économique, d'enjoindre à l'entreprise ou au groupe concernés de modifier, de compléter ou de résilier, dans un délai déterminé, tous accords et tous actes par lesquels s'est constituée la puissance économique qui a permis ces abus, voire de céder des actifs, si cette cession constitue le seul remède possible pour garantir une concurrence effective. La décision doit être motivée et prise après réception des observations de l'entreprise ou du groupe d'entreprises en cause. Dans les collectivités relevant de l'article 73 de la Constitution et dans les collectivités d'outre-mer de Saint-Barthélemy, de Saint-Martin, des îles Wallis et Futuna et de Saint-Pierre-et-Miquelon, l'article L. 752-27 permet à l'Autorité, lorsqu'une entreprise ou un groupe d'entreprises exploitant un ou plusieurs magasins de commerce de détail détiennent une position dominante, qui soulève des

préoccupations de concurrence du fait de prix ou de marges élevés, de faire connaître ses préoccupations de concurrence à l'entreprise ou au groupe d'entreprises en cause, qui peut dans un délai de deux mois lui proposer des engagements dans les conditions prévues par l'article L. 464-2. A défaut de proposition d'engagements ou si ceux-ci sont insuffisants pour mettre un terme aux préoccupations de concurrence, l'Autorité peut lui enjoindre de modifier, compléter ou résilier, dans un délai déterminé qui ne peut excéder deux mois, tous accords et tous actes par lesquels s'est constituée la puissance économique qui permet les pratiques constatées en matière de prix ou de marges. Elle peut également lui enjoindre de procéder à une cession d'actifs si cette dernière constitue la seule solution pour garantir une concurrence effective.

C. Astreinte

A RETENIR

L'Autorité n'était pas autorisée à prononcer une injonction sous astreinte, jusqu'à l'adoption de l'ordonnance du 4 novembre 2004. Ce texte a introduit un nouveau II à l'article L. 464-2 qui prévoit l'infliction d'astreintes dans la limite de 5 % du chiffre d'affaires journalier moyen et par jour de retard à compter de la date que l'Autorité fixe.

Ces astreintes peuvent être prononcées pour contraindre les intéressés à exécuter une injonction de cesser l'infraction, une décision imposant des conditions particulières ou une décision ayant rendu l'engagement obligatoire. Le respect des mesures provisoires peut également être assuré par le prononcé d'une astreinte. Le chiffre d'affaires servant d'assiette à la fixation de l'astreinte est celui du dernier exercice clos à la date de la décision, selon les comptes de l'entreprise. L'astreinte est liquidée par l'Autorité qui en fixe le montant définitif. Elle est recouvrée comme les créances de l'État étrangères à l'impôt et au domaine. La décision de liquidation de l'astreinte est précédée de l'établissement d'un rapport évaluant le montant définitif de l'astreinte. Les parties et le commissaire du Gouvernement peuvent présenter des observations écrites et orales.

D. Amende

A RETENIR

L'Autorité peut infliger une sanction pécuniaire applicable soit immédiatement, soit en cas d'inexécution des injonctions ou des engagements qu'elle a acceptés [art. L. 464-2].

La fixation de la sanction pécuniaire dépend de critères d'évaluation que le juge doit précisément énumérer dans sa décision. Les sanctions sont déterminées individuellement pour chaque entreprise, organisme ou groupe d'entreprises et doivent être motivées. Ces sanctions sont de nature administrative ; elles ne revêtent aucun caractère pénal, et le principe de la personnalité des peines n'est applicable que dans une certaine mesure. La procédure d'infliction d'amendes apparaît assez rigoureuse pour les entreprises dont les garanties procédurales sont limitées. Il a ainsi été jugé qu'il n'est pas porté atteinte à la présomption d'innocence lorsque des fuites concernant un dossier sont parues dans la presse dès lors que les organes de presse ayant relayé l'information ont adopté un ton nuancé et que l'Autorité de la concurrence a dénoncé ces fuites et publié un communi-

qué exprimant sa désapprobation. De même, il n'y a pas violation du principe d'égalité des armes lorsque l'entreprise, qui a eu le sentiment d'affronter trois représentants de l'Administration poursuivante, a été en mesure de répondre aux observations de chacun d'eux et n'établit pas qu'ils auraient été favorisés au cours de la procédure en raison de leur qualité.

La loi NRE a aggravé le montant de l'amende susceptible d'être infligée aux contrevenants en doublant notamment le plafond qui est passé de 5 à 10 %. Par ailleurs, le nouvel article L. 464-5-1 du Code de commerce, introduit par la loi du 3 juin 2016, prévoit que les sanctions pécuniaires prononcées en application des articles L. 464-2, L. 464-3 et L. 464-5 peuvent faire l'objet d'une majoration, dans la limite de 10 % de leur montant, à la charge de l'organisme ou de l'entreprise sanctionné afin de financer l'aide aux victimes. La majoration doit être proportionnée à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie, à la situation de l'organisme ou de l'entreprise sanctionné ou du groupe auquel l'entreprise appartient et à l'éventuelle réitération de pratiques. Le caractère répressif de la sanction empêche d'appliquer les nouvelles dispositions plus sévères aux faits commis antérieurement à son entrée en vigueur. Réciproquement, depuis l'ordonnance du 9 mars 2017, l'Autorité de la concurrence peut décider de réduire le montant de la sanction pécuniaire infligée à une entreprise ou à un organisme lorsque cette entreprise ou cet organisme a, en cours de procédure devant l'Autorité, versé à la victime de la ou des pratiques anticoncurrentielles sanctionnées une indemnité due en exécution d'une transaction au sens de l'article 2044 du Code civil.

L'Autorité de la concurrence a, dans un **communiqué en date du 16 mai 2011**, expliqué la méthode qu'elle suit en pratique pour déterminer les sanctions pécuniaires et synthétisé les principaux aspects de sa pratique décisionnelle. Ce communiqué, qui engage l'Autorité, pourra lui être opposé, à moins qu'elle n'explique, dans sa décision, les circonstances particulières ou les raisons d'intérêt général justifiant qu'elle s'en écarte. Directive au sens de la jurisprudence administrative, le communiqué, dans un souci de transparence, porte à la connaissance des intéressés «la façon concrète dont l'Autorité exerce son pouvoir de sanction, à l'intérieur du cadre prévu par le I de l'article L. 464-2 du Code de commerce» et permet aussi aux juridictions de contrôle d'en vérifier la détermination. L'Autorité rappelle que sa méthode consiste à déterminer la sanction en fonction de quatre critères : la gravité des faits, l'importance du dommage causé à l'économie, la situation de l'organisme ou de l'entreprise sanctionné ou du groupe auquel l'entreprise appartient, et l'éventuelle réitération de pratiques prohibées par les règles de concurrence. La mise en œuvre de ces critères se fait selon un ordre précis : l'Autorité détermine d'abord le montant de base de la sanction pécuniaire en fonction de la gravité des faits et de l'importance du dommage causé à l'économie. Ce montant de base est ensuite pondéré pour prendre en considération les éléments propres au comportement et à la situation individuelle de chaque entreprise ou organisme, à l'exception de la réitération dont la loi a fait un critère autonome. Enfin, ce montant est comparé au maximum légal, avant d'être réduit pour tenir compte de la clémence ou de la non-contestation des griefs, puis ajusté à la capacité contributive de l'entreprise ou de l'organisme qui en fait la demande.

L'application rétroactive du communiqué de l'Autorité de la concurrence du 16 mai 2011 a fait l'objet de contestations, certains plaideurs faisant valoir qu'il s'agirait d'une

violation du principe de non-rétroactivité de la loi pénale, les critères du communiqué conduisant, selon eux, à un durcissement des sanctions. Une argumentation similaire avait déjà été formulée devant le juge européen à propos de l'application rétroactive des lignes directrices de la Commission sur le calcul des amendes et rejetée par la Cour de justice, qui a estimé que les entreprises impliquées dans une procédure administrative pouvant donner lieu à une amende ne sauraient invoquer leur confiance légitime dans le fait que la Commission ne dépassera pas le niveau des amendes pratiqué antérieurement ou appliquer la même méthode de calcul. Dans le droit fil de cette jurisprudence, la Cour d'appel de Paris, approuvée par la Cour de cassation, a confirmé que le communiqué du 16 mai 2011 «se borne à décrire et à expliciter, à droit constant, la méthode suivie par l'Autorité pour mettre en œuvre [...] les critères fixés par [le] Code» de commerce et jugé que l'application de ce communiqué à des pratiques mises en œuvre antérieurement n'implique aucune violation du principe de non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère.

PLAN

Nous distinguerons :

- la fixation du montant de l'amende ;
- le plafond de l'amende ;
- la procédure de transaction et d'engagements, et le programme de clémente ;
- l'incidence d'un programme de conformité ;
- les conditions de paiement de l'amende.

1. Fixation du montant**A RETENIR**

La décision de l'Autorité de la concurrence infligeant une sanction pécuniaire doit être motivée. Elle doit préciser les éléments propres à déterminer le montant de la sanction, et donc indiquer le chiffre d'affaires servant de référence. L'amende doit être proportionnée à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie et à la situation de l'entreprise ou de l'organisme sanctionné, ou du groupe auquel l'entreprise appartient, ainsi qu'à l'éventuelle réitération des pratiques prohibées (art. L. 464-2, I, al. 3).

Pour évaluer le caractère proportionnel de la sanction, les autorités de contrôle se livrent à une analyse multicritères. L'Autorité de la concurrence ne porte pas atteinte au principe de proportionnalité lorsqu'elle ne modifie pas la sanction à la suite de l'annulation d'un grief, dès lors que cette annulation n'a aucune incidence sur le nombre, la nature anti-concurrentielle ou la gravité des faits retenus. Il lui est par ailleurs loisible d'infliger une seule sanction au titre de plusieurs infractions, nonobstant leur différence de durée et de gravité ou les dommages qui en résultent, compte tenu de l'identité ou de la connexité des secteurs ou des marchés en cause et de l'objet général des pratiques. En revanche, elle ne peut sans violer le principe de proportionnalité, appliquer le même taux de majoration du montant de l'amende à deux entreprises du fait de leur appartenance à des groupes de sociétés lorsque la taille et la puissance économique de ceux-ci ne sont pas comparables.

De même, l'Autorité doit réduire le taux de la valeur des ventes retenu lorsqu'une partie de la période infractionnelle a été marquée par une réglementation des prix qui a pu justifier la fixation commune des prix entre entreprises concurrentes.

PLAN

Pour fixer le montant de l'amende, l'Autorité de la concurrence :

- détermine d'abord un montant de base ;
- puis tient compte de la situation individuelle de l'entreprise ;
- et de l'éventuelle réitération de l'infraction.

a. Détermination du montant de base

A RETENIR

Le montant de base est déterminé pour chaque entreprise ou organisme selon une méthode définie par l'Autorité de la concurrence dans le Communiqué sanctions du 16 mai 2011.

Ce texte, qui engage l'Autorité, lui est opposable, à moins qu'elle explique dans la motivation de sa décision les circonstances particulières ou les raisons d'intérêt général la conduisant à s'en écarter dans un cas donné. L'Autorité a fait usage de cette faculté dans une affaire où elle a estimé qu'au regard des spécificités du secteur économique en cause, l'acceptation d'un engagement quasi collectif de mettre en place une interprofession serait davantage susceptible de remédier aux préoccupations d'intérêt général exprimées par les pouvoirs publics, que l'infliction d'une sanction pécuniaire. Un contexte économique et réglementaire source de confusion, la grande disparité de taille entre les entreprises impliquées et l'importante baisse de chiffre d'affaires subie par certaines d'entre elles, la mise en œuvre des pratiques dans les seuls départements ultramarins, qui présentent des enjeux très spécifiques, ou l'absence de chiffre d'affaires réalisé par un ordre professionnel, ont également pu justifier que l'Autorité de la concurrence s'écarte de la méthode décrite dans le Communiqué sanctions et applique des sanctions forfaitaires. L'Autorité de la concurrence s'écarte aussi des modalités de calcul des sanctions décrites dans le communiqué qui confèrent à la durée de l'infraction un rôle prépondérant lorsque leur application aboutirait à sanctionner de manière disproportionnée une entreprise, eu égard à l'absence de pièces suffisantes pour caractériser l'évolution des pratiques au cours du temps, s'agissant d'une entente mise en œuvre sur une très longue période. En revanche, en vertu du principe de l'autonomie procédurale, l'Autorité de la concurrence n'est pas tenue par les mécanismes de calcul de l'amende retenus par la Commission dans ses lignes directrices ou mis en œuvre par le juge de l'Union.

PLAN

Pour déterminer le montant de base de l'amende, l'Autorité :

- tient compte de la gravité de l'infraction ;
- apprécie le dommage à l'économie ;
- procède à son chiffrage.

1) Gravité de l'infraction

A RETENIR

Si la gravité s'entend en principe de la répétition, de la durée, de l'ancienneté et de l'ampleur du comportement, le caractère ponctuel d'une pratique peut également être pris en considération dans le cas d'un comportement immédiat et brutal, entraînant l'éviction d'un concurrent qui tente de pénétrer le marché par l'utilisation d'un produit voisin ou dans le cadre d'une procédure d'appel d'offres aux résultats truqués par des soumissions concertées.

La gravité des pratiques peut être atténuée par la circonstance qu'elles ne présentent pas de caractère sophistiqué ou n'ont pas été accompagnées de mesures de coercition destinées à en garantir le respect. Lorsqu'en revanche, les pratiques revêtent un caractère secret, sophistiqué et sont assorties d'un mécanisme de surveillance, les autorités de concurrence retiennent leur particulière gravité. Par ailleurs, une atteinte au libre jeu de la concurrence n'est pas moins grave lorsqu'elle affecte un marché privé plutôt qu'un marché public. L'appréciation de la gravité d'une pratique, notamment de refus de vente pratiqué par une entreprise en position dominante, ne peut cependant reposer sur des motifs hypothétiques, corroborés par aucun élément de preuve, selon lesquels des acheteurs potentiels auraient été découragés de pénétrer le marché parce qu'ils auraient anticipé le refus de vente. Les autorités de concurrence ont qualifié d'infractions graves, voire très graves, la pratique des devis de couverture, les pratiques de tarification mises en place par le titulaire de droits de propriété intellectuelle en position dominante, le boycott organisé par un nombre important d'entreprises sur un marché de produits destinés au consommateur final, la participation d'entreprises habituées aux marchés publics à des concertations sur le prix des offres, le rôle primordial joué par un distributeur qui, pour surveiller les prix pratiqués par ses concurrents, a utilisé les consommateurs par le biais d'une campagne publicitaire, les échanges d'informations de caractère confidentiel et stratégique, d'une parfaite régularité, durant six années, les ententes verticales de prix, ou les pratiques abusives emportant un effet mécanique d'exclusion - parfois même qualifiées de très graves lorsqu'elles sont le fait d'une entreprise en situation quasi-monopolistique -. L'Autorité de la concurrence concède néanmoins que la pratique qui consiste à accorder à un grossiste un droit exclusif d'importation dans une collectivité d'outre-mer est moins grave qu'une entente ou un abus de position dominante.

2) Dommage à l'économie

A RETENIR

Après avoir longtemps affirmé que le dommage à l'économie est présumé par la loi dès lors que l'existence d'une entente est établie, la Cour de cassation est revenue sur sa position : le dommage à l'économie ne se présume pas du seul fait de l'existence d'une entente.

L'Autorité apprécie globalement l'importance du dommage à l'économie, les éléments propres au comportement et à la situation individuelle de chacune des entreprises étant pris en considération ultérieurement. Elle n'est pas tenue de chiffrer précisément le dommage à l'économie et, notamment, de reconstituer les prix qui auraient prévalu en l'ab-

sence des pratiques dénoncées. En effet, le dommage à l'économie ne se réduit pas à un surpris supporté par les consommateurs. Cependant, lorsque l'Autorité recourt à une méthode d'analyse contrefactuelle, celle-ci doit, pour être pertinente, comparer les évolutions de prix au cours de la période de commission des pratiques avec les évolutions au cours d'une période pendant laquelle il est certain qu'a joué une concurrence libre et non faussée, comme une phase de guerre des prix.

Même s'il ne peut être précisément quantifié, le dommage à l'économie est suffisamment caractérisé lorsqu'il résulte d'un boycott qui freine les initiatives innovantes, ou d'une pratique abusive qui a eu pour effet de réduire l'offre disponible pour les consommateurs finals pour conduire au retour à une situation monopolistique. Le dommage à l'économie s'apprécie compte tenu de l'ensemble des incidences de la pratique incriminée, c'est-à-dire de l'importance de l'activité visée par l'entente dans l'économie générale, de l'effet limité de la pratique ou de la substituabilité des produits. Il est fonction du caractère général, systématique et organisé des pratiques anticoncurrentielles en cause, et non du préjudice réellement subi par l'entreprise ou la collectivité victime de l'entente ; il peut être simplement potentiel. Peu importe le faible montant d'un marché dès lors qu'en raison de l'ampleur de la concertation, le dommage dépasse «largement la valeur du marché». Le dommage à l'économie peut être très important sur un marché où la sensibilité de la demande au prix est faible, en raison du fort attachement affectif des consommateurs finals à la marque. Ainsi, le taux de pénétration très marginal des marques de distributeurs dans certains marchés est de nature à démontrer la faible élasticité prix dans ces secteurs. L'appréciation du dommage à l'économie doit cependant prendre en considération les qualités des personnes en cause, qu'elles soient victimes ou bénéficiaires des actions qu'il s'agit de sanctionner. En revanche, le degré de participation à l'entente n'entre pas en ligne de compte.

L'ampleur du dommage à l'économie peut être relativisée par des facteurs tels que la présence sur le marché de concurrents importants en dehors de l'entente, le fort pouvoir de négociation des clients, ou l'existence d'une pression concurrentielle sur les produits objet de l'entente et d'une certaine élasticité de la demande. De même, le dommage à l'économie causé par une pratique de soumission concertée présente un caractère modéré lorsque l'objectif de la collusion n'était pas de fixer des offres à un niveau artificiellement élevé par rapport aux prix du marché, mais seulement de contourner la limite de cinq lots attribués à une même entreprise en proposant des prix suffisamment attractifs pour remporter le plus de lots possibles. L'entrée récente sur le marché de nouvelles marques ne suffit pas à atténuer l'ampleur du dommage à l'économie lorsque celles-ci ne représentent qu'un marché de niche et une part très limitée de la demande. Lorsque dans une même décision, l'Autorité de la concurrence examine deux abus de position dominante de même nature mis en œuvre par des opérateurs différents, elle apprécie le dommage causé à l'économie par chacune de ces infractions séparément, la différence entre l'importance du dommage résultant de l'une ou de l'autre étant principalement fonction de la différence entre la part de marché de chaque auteur. Lorsque l'Autorité de la concurrence prend en considération la couverture géographique des pratiques dans l'appréciation du dommage à l'économie, elle ne peut se voir reprocher une double comptabilisation par rapport à son utilisation dans le calcul de la valeur des ventes, dès lors que dans cette

dernière hypothèse, elle a pour seul objet de déterminer l'assiette de la sanction.

3) Chiffrage du montant de base

A RETENIR

A l'instar de la Commission, l'Autorité de la concurrence retient comme montant de base une proportion de la valeur des ventes (chiffre d'affaires) des produits ou services en relation avec l'infraction réalisée, en France, par chaque entreprise ou organisme concerné.

La valeur des ventes permet de calculer le montant de base de l'amende compte tenu de la gravité des faits et de l'importance du dommage causé à l'économie. En principe, l'Autorité ne tient compte, pour fixer le montant définitif de la sanction pécuniaire, du chiffre d'affaires total de l'entreprise, ainsi que, le cas échéant, de celui du groupe auquel elle appartient que dans un second temps, lorsqu'elle module le montant de base en fonction des autres critères prévus par le Code de commerce. La Cour d'appel de Paris avait estimé que cette règle n'empêchait pas l'Autorité d'opposer à une société mère, pour le calcul de l'amende, la valeur des ventes de l'ensemble du groupe, y compris celles réalisées par des entreprises non impliquées dans l'infraction. La Cour de cassation estime au contraire que le chiffre d'affaires d'une filiale ne peut être inclus dans l'assiette de la sanction infligée à la société mère si elle ne s'est pas vu personnellement notifier les griefs. La proportion de la valeur des ventes réalisées au cours de l'exercice comptable de référence retenue par l'Autorité compte tenu de la gravité des faits et du dommage causé à l'économie est comprise entre 0 et 30 %. Pour les accords horizontaux qualifiés de pratiques injustifiables (accord de prix, répartition des marchés ou clients, limitation de la production, par ex.), la proportion est comprise entre 15 et 30 %. Le montant de l'amende peut ne pas être calculé en fonction de la valeur des ventes du dernier exercice comptable complet de participation à l'infraction lorsque celui-ci n'est pas représentatif, notamment parce que les effets de la pratique sont plus caractérisés l'année suivante, même s'il a été mis un terme à l'infraction en cours d'année. Il en va de même lorsque les ventes des entreprises participantes ont été irrégulières selon les années de commission de l'infraction : l'Autorité peut alors tenir compte non des données du dernier exercice comptable, mais d'une moyenne de la valeur des ventes réalisées pendant toute la période infractionnelle.

La pratique décisionnelle de l'Autorité de la concurrence montre que la valeur des ventes en relation avec l'infraction n'est pas toujours aisée à définir ou ne constitue pas nécessairement un critère pertinent de fixation du montant de base. Ainsi, lorsque les entreprises qui ont participé à l'entente bénéficient de subventions publiques, la valeur des ventes des produits concernés ne constituant pas un indicateur de leur poids économique, l'Autorité de la concurrence a considéré qu'il convenait de retenir le chiffre d'affaires hors taxe réalisé en France, en appliquant à cette base réévaluée un taux réduit (entre 3,5 et 4 % selon les entités concernées). Dans le cadre de marchés publics, où la valeur des ventes des entreprises peut fortement varier d'une année sur l'autre, l'Autorité de la concurrence estime que celle-ci ne peut constituer un indicateur approprié de leur poids relatif dans les pratiques poursuivies et préfère appliquer un coefficient déterminé en fonction de la gravité des faits et de l'importance du dommage à l'économie au chiffre

d'affaires global qu'elles ont réalisé en France pendant le dernier exercice comptable complet au cours duquel l'infraction a eu lieu. De même, elle a estimé que lorsque l'entente concerne les achats des participants sur un marché amont, et non leurs ventes sur le marché aval, la valeur des ventes ne représente pas une référence appropriée. Lorsque le chiffre d'affaires fait défaut, comme dans le secteur bancaire, il convient de se référer à la somme des postes de produits de l'exploitation bancaire, qui constitue le produit brut bancaire et reflète l'activité économique de ces entreprises, ou au produit net bancaire, qui donne la juste mesure de l'activité des banques et permet à la fois d'apprécier leur puissance économique, leur place sur le marché global des services bancaires et leur faculté contributive. De même, la sanction de l'organe représentatif d'un ordre professionnel, qui ne dispose pas lui-même d'un chiffre d'affaires, doit être déterminée selon des modalités propres, qui peuvent prendre la forme d'une amende forfaitaire ou d'un pourcentage des cotisations versées par ses membres. Enfin, il a été décidé que lorsque les entreprises en cause ne sont pas productrices, mais distributrices des services concernés en qualité de commissionnaires, l'assiette de l'amende est constituée non par la valeur des ventes, mais par les commissions perçues. La Cour d'appel de Paris a refusé d'étendre cette jurisprudence à des fabricants de produits sous marque de distributeur qui prétendaient qu'ils se trouvaient davantage dans une relation de sous-traitance que de production vis-à-vis de la grande distribution, car ils ne perçoivent pas une commission mais un prix de vente sur un produit qu'ils ont fabriqué.

La valeur des ventes en relation avec l'infraction ne comprend pas le chiffre d'affaires d'une entreprise qui agit exclusivement en qualité de sous-traitant d'une autre ou celui réalisé lors de prestations intragroupe. L'Autorité de la concurrence doit également retrancher du chiffre d'affaires de l'entreprise le montant des remises de fin d'année qu'elle a accordées à ses clients. Elle peut en revanche tenir compte du chiffre d'affaires réalisé sur un marché sur lequel les pratiques abusives ne sont pas établies lorsque les abus caractérisés avaient aussi pour objet de préserver les revenus de l'entreprise sur ce marché. L'Autorité n'est pas davantage tenue de limiter la prise en considération de la valeur des ventes en relation avec l'infraction aux marchés infranationaux sur lesquels les pratiques ont été mises en œuvre, mais peut tenir compte des ventes réalisées sur l'ensemble du territoire. En principe, les chiffres d'affaires réalisés avec des clients situés hors de France doivent être déduits de la valeur des ventes de l'entreprise pour le calcul de l'amende. Cependant, l'assiette de la sanction d'une infraction qui vise à décourager les échanges entre l'Allemagne et la France, englobe la valeur des ventes réalisées tant en France qu'en Allemagne, même si le dommage à l'économie s'apprécie uniquement sur le marché français. La valeur des ventes en relation avec l'infraction se calcule au regard du chiffre d'affaires tel que défini par les règles de la comptabilité française, c'est-à-dire déduction faite des seules remises sur facture et des remises conditionnelles, et non de celui défini par les normes IFRS, qui préconisent de déduire la coopération commerciale. Lorsque l'infraction consiste dans une pratique de dénigrement, l'Autorité de la concurrence estime qu'il faut tenir compte, pour calculer la valeur des ventes en relation avec l'infraction, de la durée des effets produits par l'action de communication en cause et non du temps durant lequel elle a été menée.

b. Situation individuelle de l'entreprise

A RETENIR

L'Autorité de la concurrence ajuste le montant de base de la sanction pécuniaire pour tenir compte des circonstances aggravantes ou atténuantes, ainsi que des autres éléments d'individualisation tenant à la situation de chaque entreprise ou organisme, tels que notamment le caractère mono-produit de l'entreprise, ses difficultés financières, sa taille, sa puissance économique, ou son appartenance à un groupe.

Les facultés contributives de l'entreprise n'entrent pas en ligne de compte lorsque les éléments comptables et fiscaux qu'elle produit montrent que ses ratios de solvabilité et d'endettement lui permettent de faire face au paiement de l'amende.

EXEMPLES

Parmi les facteurs aggravants de la sanction, on relève principalement :

- le caractère particulièrement anticoncurrentiel de la pratique ;
- le caractère organisé de l'entente et la durée de celle-ci ;
- le fait que la pratique ait lieu sur un marché émergent ;
- l'adhésion permanente à la concertation ;
- le fait que la pratique ait fait l'objet d'une injonction antérieure ;
- la connaissance du caractère illicite de la pratique ;
- la position de l'entreprise sur le marché, en raison notamment de sa particulière notoriété, de sa qualité, de son appartenance à un grand groupe lorsqu'elle n'agit pas de manière autonome sur le marché ou de sa puissance économique ;
- l'exemplarité du comportement, notamment en raison de la position de leader d'une entreprise dominante ;
- le rôle de meneur de l'entreprise,
- l'exercice de représailles.

Les facteurs atténuants peuvent résulter :

- des modalités concrètes de passation de marchés publics et du nombre restreint d'offreurs ;
- de l'absence de réglementation ;
- de l'absence d'effets ou de la faible incidence de l'entente ;
- de la durée limitée de la pratique ;
- de l'abandon du comportement anticoncurrentiel sanctionné ;
- du fait du tiers ;
- du rôle de l'entreprise ou de la collectivité aux dépens de laquelle l'entente a été

conclue ;

- de la position de vulnérabilité de l'entreprise ;
- de la faible implication de l'entreprise ;
- du caractère unique ou diversifié des produits de l'entreprise (entreprise mono-produit ou non) ;
- du rôle de franc-tireur de l'entreprise ;
- de la situation financière de l'entreprise.

L'Autorité de la concurrence, qui ne s'estimait pas tenue de récompenser systématiquement la mise en œuvre d'un **programme de conformité** après le début de la procédure ou après la fin de la participation de l'entreprise à l'entente dès lors qu'aucun impact ne pouvait en résulter sur des faits antérieurs a annoncé, dans son communiqué du 19 octobre 2017 relatif à la procédure de transaction et aux programmes de conformité qu'elle n'accordera désormais plus de réduction d'amende à ce titre, tout spécialement s'agissant d'infractions d'une particulière gravité telles que les ententes et échanges d'informations sur les prix futurs et la politique commerciale. De même, la **coopération de l'entreprise avec les services d'instruction**, qui constitue une obligation légale, ne peut en tant que telle être considérée comme une circonstance atténuante. Le fait que l'entreprise sanctionnée soit une **PME** ou ne détienne pas de marques incontournables ne constitue pas une circonstance individuelle de nature à justifier une réduction d'amende, pas plus que l'absence de condamnation antérieure ou de profit retiré de l'infraction. Enfin, les **difficultés économiques du secteur** ne sont pas de nature à justifier une réduction d'amende.

c. Rétération

A RETENIR

La réitération de pratiques anticoncurrentielles constitue une circonstance aggravante particulière dont la loi prévoit une prise en considération autonome afin de répondre de façon proportionnée à la propension d'un opérateur de s'affranchir des règles de concurrence.

Pour constater l'existence d'une réitération, qui ne peut faire l'objet d'une interprétation extensive, quatre conditions cumulatives doivent être réunies :

- une précédente infraction a été constatée ;
- les nouvelles pratiques sont identiques ou similaires, par leur objet ou leur effet, à celles ayant fait l'objet du précédent constat d'infraction ;
- ce constat est devenu définitif à la date à laquelle l'Autorité de la concurrence statue sur les nouvelles pratiques ;
- le délai écoulé entre le constat d'infraction et la commission des nouvelles pratiques est inférieur à quinze ans.

La circonstance aggravante fondée sur la réitération de pratiques anticoncurrentielles peut être retenue pour de nouvelles pratiques identiques ou similaires, par leur objet ou

leurs effets, à celles ayant donné lieu au précédent constat d'infraction sans que cette qualification n'exige une identité quant à la pratique mise en œuvre ou quant au marché concerné.

EXEMPLES

La réitération peut ainsi être retenue même si :

- la nouvelle pratique ne porte pas sur la même catégorie de produits que la précédente,
- si le contrevenant a été poursuivi une première fois pour une infraction commise personnellement et une deuxième fois en tant que société mère responsable du comportement anticoncurrentiel de sa filiale,
- si les premières pratiques portent sur des marchés ou zones géographiques différents ou plus restreints,
- si les constats d'infraction concernent des services qui, tout en étant différents, relèvent du même secteur d'activité,
- si la structure du marché ou la position de l'entreprise ont changé depuis lors,
- si les entreprises sanctionnées sont différentes, dès lors qu'elles forment une seule et même entité économique,
- si le constat de la première infraction a été réalisé dans le cadre d'une procédure négociée.

Le fait que des pratiques aient débuté avant qu'une précédente infraction ait fait l'objet d'un constat d'infraction n'exclut pas non plus la prise en considération de la réitération, dès lors que les nouvelles pratiques, de nature continue, se sont poursuivies après le premier constat d'infraction. En cas de réitération, le montant intermédiaire de la sanction pécuniaire peut être augmenté dans une proportion comprise entre 15 et 50 %.

2. Plafond de l'amende

A RETENIR

Une fois qu'elle a fixé le montant de base de la sanction pécuniaire, l'Autorité de la concurrence le compare au maximum légal. Le montant maximum de la sanction est, pour une entreprise, de 10 % du montant du chiffre d'affaires mondial hors taxes le plus élevé réalisé au cours d'un des derniers exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre.

Lorsqu'elle détermine le plafond de la sanction, l'Autorité de la concurrence n'est pas tenue d'exclure les débours de l'entreprise du montant de son chiffre d'affaires.

Si le contrevenant n'est pas une entreprise, le maximum est de 3 millions d'euro (art. L. 464-2, I, al. 4). Cependant, la notion d'entreprise n'est pas nécessairement la même selon qu'elle relève du champ d'application matériel des règles du droit de la concurrence

ou de la méthode de détermination des sanctions. Selon la Cour d'appel de Paris, une association exerçant une activité économique au sens de l'article L. 410-1 du Code de commerce, ne constitue pas pour autant une «entreprise», au sens L. 464-2, I, alinéa 4, de sorte qu'il convient de déterminer sa sanction au regard du maximum légal de 3 millions d'euro. La Cour de cassation a renvoyé au Conseil constitutionnel la question de la conformité aux principes d'égalité devant la loi et de sécurité juridique de la sanction différenciée prévue par l'article L. 464-2, I, al. 4, du Code de commerce. Le Conseil constitutionnel a estimé que la différenciation du montant de la sanction selon que le contrevenant est ou non une entreprise ne viole ni le principe d'égalité, dès lors qu'elle vise à distinguer les personnes condamnées en fonction de la nature de leurs facultés contributives respectives, ni le principe de légalité des délits et des peines, car en distinguant les contrevenants constitués sous l'un des statuts ou formes juridiques propres à la poursuite d'un but lucratif et les autres, le législateur s'est référé à des catégories juridiques précises permettant de déterminer la peine encourue avec une certitude suffisante. Sur renvoi, la Cour de cassation a consacré la solution retenue par la cour d'appel : l'article L. 464-2, I, alinéa 4, du Code de commerce fixe un montant maximum de la sanction pécuniaire proportionné au montant du chiffre d'affaires pour les entités constituées selon l'un des statuts ou formes juridiques propres à la poursuite d'un but lucratif, et fixé en valeur absolue pour les autres contrevenants, sans distinguer, dans ce dernier cas, si le contrevenant qui n'est pas une entreprise réalise ou non un chiffre d'affaires. Implicitement, la Cour réserve le plafond de 10 % du chiffre d'affaires aux sociétés commerciales.

Le Conseil constitutionnel a également été saisi de la conformité aux principes de proportionnalité, de personnalité des peines et d'individualisation de la prise en considération, par l'article L. 464-2, du chiffre d'affaires mondial hors taxes le plus élevé réalisé par l'entreprise ou le groupe auquel elle appartient au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre, sans qu'il soit tenu compte des restructurations d'entreprises et spécialement de la succession de plusieurs sociétés mères entre la commission d'une infraction par une filiale et sa sanction par l'Autorité de la concurrence. Selon le Conseil, cependant, la prise en considération du chiffre d'affaires du groupe auquel appartient l'entreprise contrevenante ne viole aucun des principes invoqués. De l'avis de la Cour d'appel de Paris, la prise en considération du chiffre d'affaires figurant dans les comptes consolidés de la société faitière d'un groupe pour le calcul du plafond de l'amende n'est pas subordonnée au constat que celle-ci exerçait une influence déterminante sur le comportement de l'entreprise sanctionnée, ou que l'appartenance de cette dernière à un groupe a joué un rôle dans la mise en œuvre des pratiques anticoncurrentielles, ni qu'elle était, au moment des pratiques, filiale de l'entreprise consolidante ou combinante, ou que, lors de l'exercice retenu pour le calcul du maximum légal, l'entreprise consolidante ou combinante détenait 100 % du capital de l'entreprise sanctionnée. De même, il est indifférent que les comptes ne soient pas consolidés au niveau d'une société mère de la société auteur des pratiques, mais de cette dernière. Enfin, l'Autorité peut déterminer le plafond de l'amende par référence au chiffre d'affaires consolidé d'une entreprise même si celle-ci n'a pris le contrôle de la société auteur des pratiques qu'après leur cessation.

Par ailleurs, en présence de griefs multiples, l'Autorité de la concurrence peut décider d'infliger une amende unique ou au contraire, autant d'amendes que de griefs. Dans cette dernière hypothèse, elle apprécie le dépassement ou non du plafond grief par grief, et non globalement, de sorte que le montant total de l'amende peut finalement excéder le plafond de 10 %. Une telle solution, validée par la Cour d'appel de Paris mais pas encore par la Cour de cassation, semble contraire au texte de l'article L. 464-2 ainsi qu'aux principes de proportionnalité et de sécurité juridique.

Lorsque l'Autorité de la concurrence décide de recourir à la procédure simplifiée, le montant maximal de l'amende est fixé à 750 000 euro. L'article 39, paragraphe 2, du Code général des impôts prescrit la non-déductibilité des amendes prononcées par l'Autorité de la concurrence ou la Commission européenne des bénéficiaires soumis à l'impôt. Si le montant de base excède le maximum légal, il est ramené à ce chiffre.

3. Procédure de transaction et d'engagements/Programme de clémence

Afin d'accroître l'efficacité du contrôle, le législateur a, à l'instar du droit américain ou européen, institué un système de clémence permettant de tenir compte du degré de coopération de l'entreprise dans l'évaluation du montant de la sanction (C. com., art. L. 464-2).

La loi NRE du 15 mai 2011 a d'abord prévu la possibilité de réduire la sanction de moitié lorsque l'entreprise ou l'organisme ne contestait pas la réalité des griefs notifiés et s'engageait à modifier son comportement pour l'avenir. Ensuite, la loi Macron du 6 août 2015 a substitué à cette procédure une procédure de transaction plus en phase avec le droit de l'Union, qui garantit une meilleure sécurité juridique aux entreprises quant au montant prévisible de l'amende, mais instaure toutefois une opacité regrettable dans le mode de détermination de cette sanction.

L'exonération peut, par ailleurs, être totale ou partielle lorsque l'entreprise ou l'organisme contribue à établir la réalité de la pratique prohibée et à identifier ses auteurs ; un avis de clémence précise les conditions auxquelles l'exonération est subordonnée. La coopération du demandeur en clémence doit être entière et loyale. L'Autorité de la concurrence a publié un premier communiqué de procédure relatif au programme de clémence le 17 avril 2007, révisé le 2 mars 2009, qui détaille l'ensemble de la procédure jusqu'à l'avis de clémence et rappelle les conditions d'éligibilité, ainsi que l'objectif du programme, avant de publier le 10 février 2012 un communiqué de procédure relatif à la non-contestation des griefs. Le 3 avril 2015, l'Autorité a de nouveau révisé son programme de clémence et abrogé le communiqué de 2009. Saisie d'une demande de transmission d'une question prioritaire de constitutionnalité mettant en cause la procédure de clémence, et notamment le défaut de précision des conditions et critères d'octroi de l'exonération de sanction, la Cour de cassation a estimé qu'il n'y avait pas lieu d'y donner suite. En effet, selon la Haute juridiction, la procédure, qui a pour objectif, dans l'intérêt de l'ordre public économique, de faciliter la détection des ententes et de les faire cesser plus rapidement, ne porte pas atteinte aux principes constitutionnels d'individualisation de la peine et du droit au respect de la vie privée et de la dignité.

A RETENIR

L'Autorité de la concurrence a également précisé que les procédures de clémence et de non-contestation des griefs peuvent se conjuguer, bien qu'elles poursuivent des objectifs distincts, dès lors que le cumul est susceptible d'entraîner des gains procéduraux suffisants comme lorsqu'il existe une différence entre les faits dénoncés dans la demande de clémence et ceux retenus dans la notification des griefs. Cependant, l'application conjointe des deux procédures ne peut conduire à un cumul des taux de réduction, mais seulement à une application en cascade de ceux-ci. L'Autorité de la concurrence a également consacré le cumul entre procédure de transaction et programme de clémence dans sa pratique décisionnelle puis dans son communiqué Transaction du 21 décembre 2018, mais celui-ci n'exige plus l'existence de gains procéduraux.

a. Transaction

L'une des avancées de la loi Macron consiste dans la substitution d'une procédure de transaction à la procédure de non-contestation des griefs à l'article L. 464-2, III du Code de commerce. Même si elle a été fréquemment utilisée, la procédure de non-contestation des griefs souffrait d'un inconvénient majeur : l'absence de prévisibilité de la réduction d'amende récompensant la coopération de l'entreprise. En effet, le rapporteur de l'Autorité de la concurrence ne pouvait proposer qu'un pourcentage de réduction à appliquer sur la sanction ultérieurement décidée par le collègue.

A RETENIR

Dans le nouveau dispositif, qui rapproche le droit national du droit de l'Union, lorsqu'un organisme ou une entreprise ne conteste pas la réalité des griefs qui lui sont notifiés, le rapporteur général peut lui soumettre une proposition de transaction fixant le montant minimal et le montant maximal de la sanction pécuniaire envisagée. Le rapporteur général propose une réduction en valeur absolue, comprise dans une fourchette qu'il définit, et non plus une réduction exprimée en pourcentage.

La sécurité juridique des entreprises s'en trouve renforcée, même si le collègue conserve un pouvoir discrétionnaire à l'intérieur de la fourchette proposée et si la loi Macron a supprimé la réduction de 50 % du plafond de l'amende prévue dans le texte initial. La fourchette convenue entre les parties et les services d'instruction est confidentielle. Elle ne vaut a priori que dans le cadre de la transaction : à propos d'une procédure de transaction n'ayant pas été menée à son terme, le juge de l'Union a estimé que la Commission n'est pas liée par la fourchette qu'elle avait proposée. En outre, les entreprises ne peuvent, après avoir signé le procès-verbal de transaction, faire état d'une absence de capacités contributives, a fortiori si elles connaissaient l'ampleur des difficultés alléguées à la date de cette signature.

Initialement, le calcul du quantum de la sanction susceptible d'être infligée à l'entreprise entrée en voie de transaction devait s'effectuer, conformément à l'article L. 464-2, I, selon la méthode définie par l'Autorité de la concurrence dans son communiqué de procédure relatif à la détermination des sanctions du 16 mai 2011. Toutefois, dans son communiqué du 19 octobre 2017, l'Autorité a précisé qu'elle ne motiverait plus ses déci-

sions par référence aux méthodes définies par le communiqué Sanctions, ce qui renforce l'opacité de la procédure de transaction. La règle a été définitivement consacrée dans le communiqué Transaction. Cette solution tranche singulièrement avec le droit européen : le Tribunal de l'Union considère que l'obligation de la Commission de motiver ses décisions n'est pas de plus faible intensité dans le cadre d'une procédure de transaction et qu'il lui incombe d'expliquer comment elle pondère et évalue les différents éléments qu'elle prend en considération pour déterminer le montant de l'amende.

La procédure permet en principe aux entreprises d'escompter une réduction substantielle du montant de l'amende encourue. Dans une affaire d'entente, l'entreprise qui a transigé s'est ainsi vu infliger une amende de 40 000 euro alors que celle qui n'a pas fait ce choix procédural a été condamnée à 560 000 euro d'amende. De même, une entreprise reconnue coupable d'une pratique de prix imposé a limité sa sanction pécuniaire à 3 200 euro, en l'absence de mise en œuvre de mesures coercitives de police des prix et de représailles et eu égard au nombre très restreint de distributeurs y ayant adhéré. Cependant, dans des affaires plus récentes, relatives à des abus de position dominante ou des cartels de longue durée, les transactions ont pu atteindre ou dépasser cent millions d'euro.

Comme l'ancienne procédure de non-contestation des griefs, la procédure de transaction devrait être sans incidence sur la preuve des griefs notifiés à l'égard des entreprises n'ayant pas fait ce choix procédural. L'Autorité a ainsi souligné dans son rapport d'activité 2005 que « la non-contestation des griefs, faisant partie intégrante de la procédure, n'est ni un aveu, ni une reconnaissance de responsabilité. Elle ne pourra pas être utilisée, au cours de la procédure de l'Autorité, contre les entreprises ou organismes non-parties à la transaction ». L'Autorité ne s'estime d'ailleurs pas liée, dans son appréciation des faits, par la non-contestation des griefs et a pu, sous l'empire de l'ancienne procédure, déclarer non établies des pratiques non contestées par les entreprises. Cette analyse a été consacrée par la Cour d'appel de Paris dans un arrêt du 29 janvier 2008, qui reprend la formule de l'Autorité selon laquelle : « La non-contestation des griefs, qui fait partie intégrante de la procédure devant l'Autorité, ne constitue en soi, ni un aveu, ni une reconnaissance de responsabilité » (LawLex08165). Néanmoins, dans une autre affaire, la Cour de cassation a estimé que la non-contestation des griefs par certaines parties à l'entente limitait le champ de la discussion pour les autres à la seule question de leur participation à l'entente poursuivie. Or, considérer la non-contestation des griefs par certaines entreprises comme une condition suffisante pour établir l'infraction empêche les autres destinataires des griefs de faire valoir leurs droits de la défense eu égard à la qualification de l'infraction (Cass. com., 29 mars 2011, Manpower, LawLex11708). Contrairement à l'entreprise qui a opté pour la procédure de transaction, les autres entreprises destinataires des griefs n'ont pas renoncé à soumettre cette question à un débat contradictoire. Le communiqué Transaction du 21 décembre 2018 ne résout pas clairement la difficulté : il se contente de reprendre la formule selon laquelle « [l]e fait de renoncer à contester les griefs ne constitue, en soi, ni un aveu ni une reconnaissance de responsabilité », en ajoutant toutefois la locution « de la part de l'intéressé » dans évoquer les effets de la renonciation à l'égard des tiers.

En vertu du communiqué Transaction, l'initiative de la procédure n'est plus réservée aux entreprises, mais peut aussi être prise par le rapporteur, qui peut en évoquer le principe

avant la notification des griefs. Un délai impératif de deux mois maximum, qui court à compter de la notification des griefs, est désormais fixé pour signer le procès-verbal de transaction. Sauf circonstances exceptionnelles, les demandes présentées hors délai ne seront pas étudiées.

Comme par le passé, la renonciation à contester les griefs doit prendre la forme d'une déclaration par laquelle l'entreprise indique, en termes clairs, complets, dépourvus d'ambiguïté et inconditionnels, qu'elle ne conteste ni la réalité de l'ensemble des pratiques en cause, ni leur qualification juridique, telle qu'elle résulte de la notification de griefs, ni leur imputabilité. La renonciation doit porter à la fois sur la matérialité des pratiques, leur durée, leur champ géographique, la participation de l'entreprise aux pratiques, ainsi que sur leur objet ou leur effet anticoncurrentiel.

Toute contestation présentée au cours de la procédure administrative sur la validité de la notification des griefs équivaudra, pour le collège, à une renonciation au bénéfice de la procédure. Comme auparavant, ne sont en effet admises que des observations portant sur les éléments susceptibles d'être pris en considération par le collège pour déterminer le montant de la sanction pécuniaire, à l'intérieur de la fourchette retenue par le procès-verbal de transaction. Contrairement à l'avis de l'Autorité, la Cour d'appel de Paris a levé toute incertitude sur la faculté de recours contre une décision de transaction : selon elle, les entreprises qui ont transigé ne sont pas privées du droit de contester la régularité de la procédure suivie ou la proportionnalité de la sanction infligée, tant qu'elles ne remettent pas en cause la fourchette déterminée par l'Autorité de la concurrence. Un tel recours ne s'analyse pas en un abandon de la procédure de transaction et ne peut conduire à une augmentation du montant de l'amende infligée.

Comme sous l'empire de l'ancienne procédure de non-contestation des griefs, le rapporteur se voit reconnaître un large pouvoir d'appréciation qui lui permet de donner ou non une suite favorable à une demande ou de mettre un terme aux échanges en vue d'une transaction s'il lui apparaît que ceux-ci n'aboutiront pas à une accélération ou à une simplification du traitement du dossier. Le communiqué précise néanmoins qu'en cas de pluralité d'entreprises impliquées, le rapporteur ne privilégiera une solution transactionnelle que si l'ensemble des parties renonce à contester les griefs. Est-ce la fin des procédures hybrides ? Il semble que non puisque, plus loin, le communiqué prévoit que « le rapporteur général peut informer les autres parties mises en cause de la signature d'un procès-verbal, lorsqu'elles n'ont pas sollicité la mise en œuvre du III de l'article L. 464-2 du Code de commerce, afin de leur permettre de déterminer si elles souhaitent présenter une demande à cette fin », ce qui laisse entendre que les négociations peuvent débiter et aboutir avec certaines entreprises seulement et non simultanément avec toutes.

Afin de préserver les impératifs du « *public enforcement* », et dans l'esprit de la directive sur les actions en réparation du dommage concurrentiel, le texte précise qu'« aucun document ou pièce transmis par les parties et se rapportant à la mise en œuvre de la procédure de transaction ne sera versé au dossier d'instruction » et qu'il en ira « de même lorsque la procédure mise en œuvre n'a pas abouti à la signature d'un procès-verbal de transaction ». Enfin, « le procès-verbal de transaction signé par une entreprise [ne sera] pas communicable aux autres parties à la procédure non plus qu'à des tiers ».

Lorsque l'entreprise a obtenu le bénéfice conditionnel de la procédure de clémence, le rapporteur général doit tenir compte de l'avis de clémence et de l'apport du demandeur de clémence à l'instruction lorsqu'il établit sa proposition de transaction. Il prendra également en considération les engagements présentés par l'entreprise, s'il estime opportun de proposer à l'Autorité de les rendre obligatoires. Lorsque le collège estime que les conditions pour le prononcé d'une sanction sont réunies, il prononce une amende comprise dans les limites de la fourchette fixée par le procès-verbal de transaction. Dans le cas contraire, il peut décider d'un renvoi à l'instruction selon la procédure de droit commun, qui a pour effet de rendre caduc le procès-verbal de transaction signé.

Lorsque plusieurs entreprises sont mises en cause, le communiqué prévoit une séance du collège en deux temps. La première, consacrée aux griefs notifiés ainsi qu'aux faits et à la qualification des pratiques, se tiendra en présence de toutes les entreprises et, le cas échéant, de la partie saisissante. Au cours de la seconde, chacune des entreprises ayant signé un procès-verbal de transaction est entendue par le collège, en présence du commissaire du Gouvernement, et hors la présence des autres mises en cause. Cette audition leur permet de présenter leurs observations sur la seule fixation du montant de la sanction, et, le cas échéant, d'améliorer leurs propositions d'engagements si le collège ne les estime pas acceptables en l'état.

Le communiqué Transaction ne répond pas à l'une des principales critiques faites à la procédure : son opacité. Alors que le communiqué sur la non-contestation des griefs garantissait expressément le respect du contradictoire tout au long de la procédure d'instruction et lors de la séance du collège, le nouveau texte, à l'image de la pratique décisionnelle de l'Autorité, semble totalement ignorer ce principe. De fait, la Cour d'appel de Paris reconnaît que la motivation de la sanction infligée dans le cadre de la procédure de transaction peut être plus succincte que celle adoptée dans le cadre d'une procédure ordinaire, dès lors que l'article L. 464-2, III du Code de commerce a pour objectif de réaliser des gains procéduraux.

b. Engagements

A RETENIR

En matière de transaction, l'article L. 464-2, III du Code de commerce prévoit que l'entreprise ou l'organisme qui ne conteste pas la réalité des griefs notifiés peut en outre s'engager pour l'avenir à modifier son comportement. Dans ce cas, le communiqué Transaction du 21 décembre 2018 réserve au rapporteur général la faculté d'apprécier l'opportunité de leur prise en considération par le collège de l'Autorité de la concurrence. Cette procédure diffère de celle de l'article L. 464-2, I, qui prévoit la possibilité pour les parties de proposer à l'Autorité de la concurrence des engagements avant la notification des griefs.

Les autorités de concurrence ne peuvent que donner acte des engagements proposés dans le cadre de l'article L. 464-2, III. L'Autorité de la concurrence doit seulement s'assurer du caractère crédible, vérifiable et substantiel des engagements. Elle a uniquement le pouvoir soit de réduire la sanction, s'ils remplissent les conditions, soit de demander à l'entreprise de prendre d'autres engagements dans le cas contraire. Elle ne peut pas prononcer dans ce cadre d'injonctions. De même, la Cour d'appel de Paris n'est pas autorisée

à exercer un contrôle sur l'aptitude des engagements à répondre aux préoccupations de concurrence ou à prononcer des engagements supplémentaires. Le non-respect des engagements justifie le prononcé d'une «sanction pécuniaire dans les limites fixées à l'article L. 464-2» (C. com., art. L. 464-3). Selon l'Autorité, la procédure de non-respect instaurée par l'article L. 464-3 ayant un caractère objectif, le manquement à un engagement est passible de sanction sans qu'il soit nécessaire de démontrer l'intention dolosive de son auteur, l'existence d'une pratique anticoncurrentielle ou la gravité des conséquences pour le marché concerné.

L'engagement de supprimer les clauses anticoncurrentielles du règlement intérieur d'un groupement d'entreprises permet ainsi de diminuer le montant de la sanction encourue. Dans son communiqué de procédure relatif à la non-contestation des griefs du 10 février 2012, l'Autorité de la concurrence préconisait également la prise d'engagements comportementaux, comme la mise en place ou l'amélioration d'un programme de conformité. L'Autorité précisait, dans un document-cadre du 10 février 2012, les conditions de mise en œuvre d'un tel programme et le pourcentage de réduction d'amende auquel il pouvait donner droit. Le communiqué du 19 octobre 2017 relatif à la procédure de transaction et aux programmes de conformité met fin à cette approche. En effet, l'Autorité de la concurrence indique dans ce texte que la mise en place ou l'amélioration d'un programme de conformité ne pourra plus désormais justifier, de façon générale, une réduction d'amende, notamment en cas d'infractions d'une particulière gravité telles que les ententes et échanges d'informations sur les prix futurs et la politique commerciale. Elle a par là-même procédé au retrait de son communiqué procédure relatif à la non-contestation des griefs et à celui du document-cadre du 10 février 2012 relatif aux programmes de conformité. Si en substance le nouveau communiqué semble limiter l'abandon de sa politique de réduction d'amendes aux ententes les plus graves, on peut craindre, avec le retrait total du document-cadre, que cette nouvelle approche s'étende aux infractions les moins graves.

c. Exonération totale ou partielle en cas de dénonciation de pratiques d'entente

A RETENIR

En application du IV de l'article L. 464-2, une exonération totale ou partielle, le cas échéant conditionnée, peut être octroyée à une entreprise ou un organisme qui a contribué à établir la réalité de pratiques prohibées au titre du droit des ententes et à en identifier les auteurs. Cette exonération est accordée par avis de clémence de l'Autorité de la concurrence.

Les modalités procédurales d'obtention de l'exonération ne paraissent pas entièrement conformes au droit à un procès équitable dans la mesure où l'Autorité de la concurrence rend à la fois l'avis et la décision finale de clémence. Sur le plan des principes, il est permis de s'interroger sur l'opportunité d'adopter un mécanisme d'inspiration anglo-saxonne, qui ne correspond pas parfaitement à l'esprit du droit français. Autant un système de clémence peut sembler naturel dans les pays de Common Law adoptant une procédure accusatoire, autant il peut apparaître contraire aux valeurs historiquement admises dans les pays de droit continental, où le régime procédural est déjà inquisitoire.

Force est de constater que l'absence d'attribution automatique d'une immunité totale en cas de dénonciation des infractions limite considérablement la lisibilité du mécanisme. Le système de clémence européen adopté en 1996, qui comportait la même lacune, a été réformé par la Commission : une immunité complète en matière d'amende peut être accordée, sous certaines conditions, à la première société dénonçant une entente dont elle n'avait pas connaissance. L'Autorité de la concurrence, qui, dans son communiqué de procédure en date du 3 avril 2015, tente de rapprocher le droit français du droit européen, et notamment du nouveau programme modèle du réseau européen de la concurrence (REC) de novembre 2012, adopte un système complexe.

A RETENIR

Deux hypothèses sont distinguées : les cas où l'Autorité ne dispose pas d'informations et ceux où elle possède déjà des informations. Dans le premier cas (immunité de type 1 A), une immunité conditionnelle est accordée à la première entreprise qui fournit des éléments de preuve dont l'Autorité ne disposait pas antérieurement et qui sont suffisants pour établir l'infraction soupçonnée et procéder à des mesures d'investigation. Dans le second cas (immunité de type 1 B), le bénéfice conditionnel d'exonération totale sera accordé si trois conditions sont réunies : l'entreprise doit être la première à fournir des informations suffisantes pour établir l'infraction présumée ; l'Autorité de la concurrence ne doit pas disposer au moment de la demande de clémence de preuves suffisantes ; aucune entreprise n'a obtenu d'avis conditionnel. Les entreprises qui ne remplissent pas ces conditions peuvent toutefois bénéficier d'une exonération partielle des sanctions pécuniaires (immunité de type 2) si elles apportent des éléments de preuve ayant une valeur ajoutée significative par rapport aux éléments dont l'Autorité dispose déjà. Le niveau d'exonération auquel l'entreprise peut prétendre dépend du rang de sa demande, du moment où elle a été présentée et du degré de valeur ajoutée significative que les éléments de preuves fournis ont apporté.

Afin d'accroître la transparence du système et inciter les entreprises à déposer des demandes de type 2, le communiqué du 3 avril 2015 fixe désormais des fourchettes de réduction prédéterminées. Ainsi, le premier demandeur à fournir des éléments dotés d'une valeur ajoutée significative à l'Autorité peut prétendre à une réduction comprise entre 25 et 50 %, le second à une réduction comprise entre 15 et 40 %, et le dernier à 25 % de réduction au plus.

De même, afin de garantir aux entreprises qui souhaitent coopérer un égal accès au programme de clémence, le communiqué prévoit la publication d'un communiqué de presse pour annoncer le déclenchement d'opérations de visites et saisies, qui ne divulguera cependant pas le nom des entreprises concernées, pour préserver la présomption d'innocence. Enfin, conformément au programme modèle du REC, le communiqué de 2015 permet aux entreprises de déposer une demande sommaire (complémentaire de celle déposée auprès de la Commission si elles l'estiment la mieux placée pour traiter l'affaire), pour tout type de demande de clémence, quel que soit leur rang d'arrivée. Dans l'ensemble, le texte conserve à l'Autorité de la concurrence une très large marge d'appréciation, qui limite l'efficacité du système.

A RETENIR

Outre les conditions d'éligibilité pour bénéficier d'une immunité de type 1 A, 1 B ou 2, l'exonération totale ou partielle des sanctions pécuniaires est soumise au respect, par les entreprises, quel que soit leur rang, de plusieurs conditions cumulatives.

L'entreprise doit :

- mettre fin à sa participation à l'entente présumée sans délai et au plus tard à compter de la notification de l'avis de clémence de l'Autorité ;
- apporter à l'Autorité une coopération véritable, totale, permanente et rapide dès le dépôt de sa demande et tout au long de la procédure d'enquête et d'instruction.

EXEMPLES

Qu'implique l'obligation de coopération des entreprises ?

- de fournir sans délai à l'Autorité toutes les informations et tous les éléments de preuve qui viendraient en sa possession ou dont elle peut disposer sur l'entente présumée ;
- de ne pas remettre en cause, et ce jusqu'au terme de la procédure, les éléments factuels révélés à l'Autorité dans le cadre de la procédure de clémence et qui fondent l'avis de clémence, la matérialité des faits dénoncés ou l'existence même des pratiques ;
- de se tenir à la disposition de l'Autorité pour répondre rapidement à toute demande de sa part visant à contribuer à l'établissement des faits en cause ;
- de mettre à la disposition de l'Autorité, pour les interroger, ses représentants légaux et ses salariés actuels, ainsi que, dans la mesure du possible, ses anciens représentants légaux et salariés ;
- de s'abstenir de détruire, de falsifier ou de dissimuler des informations ou des éléments de preuve utiles se rapportant à l'entente présumée ;
- de ne pas divulguer l'existence ou la teneur de la demande de clémence avant que l'Autorité n'ait communiqué ses griefs aux parties, sauf si cette dernière y consent ;
- de ne pas détruire ou falsifier de preuves de l'entente présumée, ni divulguer son intention de présenter une demande de clémence ou la teneur de celle-ci, sauf à d'autres autorités de concurrence ;
- de ne pas contraindre d'autres à participer à l'infraction.

Des entreprises bénéficiaires d'un avis conditionnel de clémence peuvent perdre le bénéfice de celle-ci, qu'elles aient manqué à leurs engagements de manière volontaire ou par simple négligence et que leur comportement ait ou non significativement affecté le déroulement de l'enquête.

Par ailleurs, seules les entreprises peuvent bénéficier de mesures de clémence. La procédure ne protège donc pas les personnes physiques ayant concouru aux faits, d'actions

ultérieures, civiles ou pénales, qui pourraient être engagées contre elles. Or, on imagine mal un dirigeant reconnaître avoir participé à des pratiques anticoncurrentielles pour le compte de son entreprise afin d'obtenir une réduction de la sanction infligée à cette dernière, alors que ses aveux pourraient justifier le prononcé d'une condamnation pénale contre lui. Aussi, l'Autorité de la concurrence a-t-elle précisé qu'afin d'assurer l'efficacité de cette procédure, qu'elle n'adressera pas le dossier au procureur de la République. En outre, la confidentialité du demandeur à la clémence sera préservée jusqu'à l'envoi de la notification des griefs aux parties concernées. La coopération de l'entreprise dénonciatrice est en effet mentionnée dans la décision. L'Autorité s'est ainsi prononcée à la suite de la dénonciation d'une entente par l'un des participants lui ayant permis d'obtenir une exonération totale de sanction estimée à 2 % de son chiffre d'affaires. Lorsque les entreprises en cause appartiennent à un groupe de sociétés, la clémence ne peut, selon l'Autorité de la concurrence, bénéficier qu'à l'entreprise dans sa composition à la date de la demande. Ainsi, en l'absence d'unité économique avec l'ancienne filiale au moment du dépôt par celle-ci d'une demande de clémence, la société mère, qui n'a pas elle-même introduit une telle demande, ne peut bénéficier d'aucune immunité ou réduction d'amende. De même, la clémence ne peut s'étendre aux entreprises dont la société mère est devenue le successeur juridique après la demande.

d. Régime procédural de la clémence.

A RETENIR

Les règles de procédure sont fixées par les articles L. 464-2, IV et R. 464-5 du Code de commerce. L'entreprise adresse sa demande de clémence au rapporteur général par lettre recommandée avec avis de réception. Elle peut aussi présenter oralement sa demande que le rapporteur constate par écrit en précisant la date et l'heure de la déclaration. Les demandes de clémence sont classées dans l'ordre d'arrivée fixé à la date de réception de la lettre recommandée ou de l'établissement du procès-verbal par le rapporteur général.

Le classement joue un rôle primordial car seule la première entreprise à dénoncer l'entente peut prétendre à l'immunité d'amende, les suivantes ne pouvant obtenir qu'une réduction. Le rapporteur général fixe un délai (dit délai marqueur) durant lequel le rang d'arrivée de la demande est maintenu afin de permettre à l'entreprise de réunir les informations et éléments de preuve nécessaires à l'examen de la demande par l'Autorité. La fourniture des informations et des éléments de preuve dans le délai marqueur fixe à la date de réception de la demande leur communication. La communication de nouvelles pièces après l'écoulement du délai marqueur ne remet pas en cause la position du demandeur lorsque les pièces ne constituent pas l'essentiel des informations divulguées par l'entreprise et sont transmises avant la délivrance de l'avis de clémence. Une fois la demande de clémence enregistrée, le rapporteur général consigne la déclaration écrite ou orale de l'entreprise dans un procès-verbal. Le rapporteur désigné pour instruire la demande de clémence rédige un rapport sur le fondement des éléments fournis et élabore, le cas échéant, des propositions d'exonération. Il précise aussitôt que possible à la demanderesse si sa demande constitue un cas de type 1 A ou non. Le rapport est adressé à la demanderesse et au commissaire du Gouvernement trois semaines avant la séance, au cours de laquelle l'entreprise peut formuler des observations. L'Autorité rend ensuite

un avis dans lequel elle indique si elle accorde une exonération totale ou partielle et, dans ce dernier cas, précise le taux d'exonération et les conditions auxquelles l'exonération est subordonnée. Si ces conditions sont remplies, l'Autorité accorde l'exonération, totale ou partielle, lors de l'examen au fond de l'affaire. Après avoir retenu que l'entreprise ne peut profiter d'un taux de réduction supérieur à celui maximum envisagé dans l'avis, l'Autorité est revenue sur sa position et a admis qu'elle pouvait, de sa propre initiative, procéder à l'issue de l'instruction à une réévaluation du taux maximum annoncé dans l'avis de clémence, lorsqu'il apparaît que la valeur ajoutée des pièces communiquées a été sous-évaluée par le rapporteur. Lorsque les conditions fixées ne sont pas remplies, l'Autorité émet un avis défavorable et restitue à l'entreprise, qui en fait la demande, les éléments de preuve fournis.

L'application de ces conditions formelles a donné lieu à des solutions contrastées. L'Autorité de la concurrence a ainsi accordé une exonération totale d'amende même en l'absence de demande formelle de l'entreprise afin de récompenser la révélation du cartel, alors qu'elle s'est opposée à ce que l'ancienne société mère puisse se prévaloir de la demande de clémence de sa filiale dès lors qu'elle n'a pas présenté elle-même une demande expresse et qu'elles ne formaient plus une unité économique.

La loi Macron du 6 août 2015 simplifie et accélère la procédure de clémence. Désormais, l'exonération ou la réduction d'amende pourra être accordée, après que le commissaire du Gouvernement et l'entreprise concernée aient été entendus, sans établissement préalable d'un rapport.

4. Programme de conformité

En vertu d'un communiqué de procédure du 10 février 2012, complété par un document-cadre du même jour, l'Autorité de la concurrence se montrait disposée à récompenser par une réduction d'amende pouvant atteindre 20 % les entreprises qui, en complément de la non-contestation des griefs, s'engageaient à mettre en place un programme de conformité aux règles de concurrence. L'Autorité définissait les "programmes de conformité", comme des outils permettant la prévention du risque d'infraction au sein de l'entreprise, mais aussi la détection et le traitement de l'infraction qui n'a pas pu être évitée.

Dans un communiqué du 19 octobre 2017, relatif à la procédure de transaction et aux programmes de conformité, elle revient sur sa position : tout en réaffirmant l'importance qu'elle attache aux programmes de conformité, elle estime que leur élaboration et mise en œuvre ont vocation à s'insérer dans la gestion courante des entreprises, tout particulièrement lorsque celles-ci sont de taille conséquente.

A RETENIR

L'Autorité a annoncé que les engagements portant sur la mise en œuvre de programmes de conformité n'ont désormais plus vocation, de façon générale, à justifier une atténuation des sanctions encourues au titre des infractions au droit de la concurrence, tout spécialement s'agissant d'infractions d'une particulière gravité telles que les ententes et échanges d'informations sur les prix futurs et la politique commerciale.

Pour autant, l'Autorité continuera à encourager les entreprises à y recourir et à leur pro-

poser des ressources documentaires ou pédagogiques en ce sens, fondées notamment sur sa pratique décisionnelle. Elle a en conséquence retiré le document-cadre et le communiqué de procédure du 10 février 2012 et modifié le communiqué Sanctions du 16 mai 2011 pour gommer toute référence à la non-contestation des griefs et aux programmes de conformité.

5. Paiement

A RETENIR

En pratique, le Trésor adresse aux parties sanctionnées une demande de paiement de l'amende environ deux mois après la décision.

Les parties peuvent proposer au Trésor de remettre une caution bancaire en lieu et place du versement de l'amende lorsqu'elles exercent un recours contre la décision de l'Autorité. Le Trésor n'est pas tenu de faire droit à cette demande.

III. Publication de la décision

A. Régime

A RETENIR

L'Autorité de la concurrence peut ordonner la publication, la diffusion ou l'affichage de sa décision ou d'un extrait selon les modalités qu'elle précise (lieux, journaux, etc.), ainsi que l'insertion de cette décision ou de l'extrait dans le rapport établi sur les opérations de l'exercice par les gérants, le conseil d'administration ou le directoire de l'entreprise.

Les frais de publication sont à la charge de la personne intéressée (art. L. 464-2, I, al. 5).

La publication partielle de la décision de l'Autorité de la concurrence dans la presse ne porte pas atteinte au principe de la présomption d'innocence, dans la mesure où la publication entre dans les prévisions des textes et que l'entreprise a la faculté de demander le sursis à exécution de cette mesure. Par ailleurs, la diffusion par l'Autorité de la concurrence d'un communiqué de presse annonçant le prononcé de sa décision ne constitue pas une mesure de publication.

L'injonction de publication doit également être spécialement motivée. En revanche, l'intitulé de la publication peut être différent de celui de la décision, dès lors qu'il a pour objet d'informer avec précision le lecteur en appelant son attention sur les pratiques sanctionnées, «afin de prévenir efficacement toute nouvelle tentative de la part [de la société requérante] pour freiner ou restreindre l'ouverture du marché à la concurrence».

B. Caractère exécutoire

A RETENIR

La publication constitue une décision exécutoire immédiatement. Dès lors, la réformation de la décision de l'Autorité de la concurrence, qui ne prend effet qu'à compter de la notification de l'arrêt d'appel, ne retire pas à la mesure de publication ordonnée son

caractère exécutoire.

Toutefois, le sursis à exécution de la mesure de publication peut être prononcé lorsqu'elle risque de provoquer un risque de confusion dans les rapports juridiques organisant le secteur économique en cause et présente peu d'intérêt pour le public en raison des recours exercés. La suspension de l'injonction de publication peut également être ordonnée, lorsque les imprécisions entachant le texte publié trahissent le contenu de la décision et sont susceptibles d'entraîner des conséquences manifestement excessives.

C. Recours exercé

La publication forcée est susceptible de causer un préjudice irréparable à l'entreprise en cause. Aussi est-il nécessaire de donner aux professionnels concernés et au public, destinataires de cette publication, une information complète.

A RETENIR

Il faut ainsi indiquer, le cas échéant, le recours dont la décision fait l'objet.

L'information sur le recours formé contre la décision de l'Autorité justifie a contrario la publication d'un communiqué de presse portant à la connaissance du public l'arrêt de la Cour d'appel de Paris.

CHAPITRE III Voies de recours

SECTION 1

Appel devant la Cour d'appel de Paris

I. Décision insusceptible de recours

II. Formalités du recours

- A. Déclaration de recours
- B. Recours incident
- C. Nature du recours
- D. Structuration du recours
- E. Délai de recours

III. Parties en cause et intervenants

- A. Parties en cause
- B. Intervenants

IV. Instruction du recours

- A. Observations écrites
- B. Garanties procédurales

V. Pouvoirs de la Cour d'appel de Paris

- A. Règles de procédure civile
- B. Décision de la Cour d'appel
- C. Notification et publication de la décision de la Cour d'appel

SECTION 2

Pourvoi en cassation

CHAPITRE III Voies de recours

A RETENIR

Les décisions de l'Autorité de la concurrence sont susceptibles d'un recours en annulation ou en réformation devant la Cour d'appel de Paris. Ce recours doit être introduit dans le délai d'un mois suivant la notification de la décision (art. L. 464-8, al. 1, C. com.). La Cour d'appel de Paris est seule compétente pour connaître de la contestation d'une décision de l'Autorité.

La compétence revient en revanche aux juridictions de l'ordre administratif en cas de décision prise par le ministre de l'Économie sur le fondement de l'article L. 430-9 du Code de commerce.

Le recours devant la Cour d'appel de Paris, qui fait l'objet d'un texte spécifique, déroge à une partie des règles du Code de procédure civile (titre IV, Livre II). Il n'est ouvert qu'à l'encontre des décisions énumérées à l'article L. 464-8 du Code de commerce. Les pouvoirs publics ont ainsi mis en place un ordre juridictionnel propre au droit de la concurrence, justifié par la spécificité et la technicité de ce droit. Cette particularité n'empêche pas pour autant de qualifier la Cour d'appel de Paris de second degré de juridiction. Il ne peut donc être reproché à la procédure de concurrence de violer le principe du Pacte international relatif aux droits civils et politiques selon lequel toute personne déclarée coupable d'une infraction a le droit de soumettre à une juridiction supérieure sa culpabilité et sa condamnation.

Les articles R. 464-10 et s. du Code de commerce fixent les modalités des recours formés contre les décisions se prononçant sur une demande de mesures conservatoires et celles relatives au fond de la saisine : irrecevabilité, non-lieu, injonction, sanctions pécuniaires et publication. Les autres décisions de l'Autorité ne sont pas susceptibles d'appel (notamment, mesures d'ordre interne, sursis à statuer, renvoi pour complément d'instruction, notification d'un grief complémentaire). Par ailleurs, la décision de la Cour d'appel de Paris peut faire l'objet d'un pourvoi en cassation dans un délai d'un mois suivant sa notification (art. L. 464-8, al. 4, C. com.).

A RETENIR

Le recours devant la Cour d'appel de Paris n'ayant pas d'effet suspensif, la décision de l'Autorité de la concurrence est immédiatement exécutoire. Toutefois, le premier président de la cour peut ordonner le sursis à exécution de la décision si celle-ci est susceptible d'entraîner des conséquences manifestement excessives ou si des faits nouveaux d'une exceptionnelle gravité sont intervenus postérieurement à sa notification (art. L. 464-8, al. 2, C. com.).

La demande est portée par voie d'assignation devant le premier président de la cour d'appel selon les modalités de l'article 485, al. 2 CPC (audience à heure indiquée, même les jours fériés ou chômés). L'assignation comprend, à peine de nullité, les mentions prescrites pour les actes d'huissier de justice (notamment : date ; nom, prénoms, domicile, nationalité et date de naissance du requérant personne physique ; forme, dénomination,

siège social et représentant légal du requérant personne morale), et l'exposé des moyens invoqués à l'appui de la demande. Elle précise également la date à laquelle a été formé le recours contre la décision dont le sursis à exécution est demandé (art. R. 464-23 C. com.). Depuis le décret 2017-823 du 5 mai 2017, l'assignation doit, à peine de caducité prononcée d'office, être délivrée à l'Autorité de la concurrence et au ministre de l'Économie.

Le sursis à exécution peut être demandé uniquement contre une décision prononçant une injonction ou une sanction pécuniaire en application de l'article L. 464-2. La demande ne peut conduire la cour à apprécier la légalité de l'application, par l'Autorité de la concurrence, de règles de fond. Son obtention est subordonnée à la condition que la sanction soit de nature à altérer de manière grave et durable, sinon irréversible, le fonctionnement de l'entreprise et de compromettre de la sorte le maintien de l'emploi. Ainsi, le sursis à exécution, qui peut n'être que partiel, a été accordé eu égard à l'insuffisance des facultés contributives, de la trésorerie et des avoirs mobilisables d'une entreprise pour payer l'amende sans mettre en péril sa survie, pour laisser à une entreprise le temps nécessaire à l'organisation et l'aménagement d'une nouvelle politique commerciale de ses produits sans risques majeurs, définitifs et irréversibles de désordre ou pour ne pas menacer la continuité de l'exploitation de l'entreprise sanctionnée dont l'activité est déficitaire depuis plusieurs années, qui a dû fermer une usine, réduire de moitié ses effectifs, qui est inscrite à la Banque de France à la suite d'incidents de paiements de lettres de change, qui a des difficultés à honorer les fournisseurs et à obtenir rapidement le remboursement des comptes-courants débiteurs de filiales elles-mêmes en difficulté, l'entreprise ne devant sa survie qu'aux avances répétées et significatives consenties par sa société mère ; la publication d'une décision de l'Autorité a été notamment différée afin d'éviter, en cas d'annulation ou de réformation, une confusion dans les rapports juridiques entre opérateurs du secteur en cause.

L'entreprise requérante doit apporter la preuve des conséquences manifestement excessives qu'elle invoque. De simples allégations sont insuffisantes : l'entreprise doit faire la démonstration concrète et chiffrée des excès évidents qu'entraînerait de manière effective l'exécution des injonctions. Tel n'est pas le cas lorsqu'une société à la situation financière solide prétend que le paiement de l'amende compromettra de manière irréversible son développement en retardant les opérations d'achat ou de relooking de ses points de vente. Toutefois, l'entreprise qui n'a pas fait état de difficultés financières au cours de la procédure qui a donné lieu au prononcé de l'amende ne renonce pas pour autant à présenter une demande ultérieure de sursis à exécution.

Les conséquences excessives susceptibles de résulter de l'application de la sanction pécuniaire doivent être appréciées au regard du chiffre d'affaires consolidé, lorsque l'entreprise condamnée appartient à un groupe de sociétés. Plus généralement, l'appartenance de la personne morale sanctionnée à un groupe de sociétés constitue un élément dont le juge doit tenir compte pour apprécier si l'exécution immédiate de la décision est susceptible, dans les circonstances de l'espèce, d'entraîner des conséquences manifestement excessives. Cependant, dès lors qu'il n'y a pas lieu de distinguer là où la loi ne distingue pas, la Cour d'appel de Paris a souligné que les « conséquences manifestement excessives » visées à l'article L. 464-8 ne doivent pas nécessairement présenter un caractère stricte-

ment financier : un préjudice d'image peut en lui-même justifier un sursis à exécution.

La condition relative aux faits nouveaux d'une exceptionnelle gravité - autre hypothèse visée par l'article L. 464-8 - est strictement interprétée par la jurisprudence. Il doit s'agir d'un fait totalement imprévisible et propre à l'entreprise concernée. Ne constituent pas des faits d'une exceptionnelle gravité la détérioration de la trésorerie due à une évolution des caractéristiques du secteur d'activité de l'entreprise, ni la durée imprévisible de la procédure et l'incertitude de son dénouement.

PLAN

Nous distinguerons :

- l'appel devant la Cour d'appel de Paris ;
- le pourvoi en cassation.

SECTION 1

Appel devant la Cour d'appel de Paris

PLAN

Nous examinerons successivement :

- les décisions insusceptibles de recours ;
- les formalités du recours ;
- les parties en cause et les intervenants ;
- l'instruction du recours ;
- les pouvoirs de la Cour d'appel de Paris.

I. Décisions insusceptibles de recours

A RETENIR

Seules les décisions de l'Autorité de la concurrence mentionnées aux articles L. 462-8, L. 464-2, L. 464-3, L. 464-5 et L. 464-6 et L. 464-6-1 sont susceptibles de faire l'objet d'un recours en annulation ou en réformation devant la Cour d'appel de Paris. Une décision de saisine d'office, de transmission du dossier au parquet, de renvoi d'une affaire à l'instruction, de sursis à statuer dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice ou de jonction ou disjonction de l'instruction de plusieurs affaires, simples mesures internes, ou la diffusion d'un communiqué de presse est insusceptible de recours.

Un recours formé contre une décision de l'Autorité ayant accueilli une demande de mesures conservatoires et donc nécessairement admis la recevabilité de la saisine au fond n'est pas recevable du seul chef de cette décision, indépendamment du recours relatif aux mesures conservatoires elles-mêmes. De même, lorsque la demande de l'appelant est privée d'objet à la suite d'une évolution des circonstances, le recours contre la décision ayant prononcé des mesures conservatoires est déclaré irrecevable. En revanche,

l'irrégularité procédurale du procès-verbal qui consigne une demande de clémence et de l'avis de clémence délivré par la suite, par leur influence sur la place des demandeurs de clémence ultérieurs, peut être dénoncée dans le cadre du recours formé contre la décision de sanction.

II. Formalités du recours

A. Déclaration de recours

A RETENIR

Le recours contre les décisions de l'Autorité de la concurrence est, à peine d'irrecevabilité, formé devant la Cour d'appel de Paris par une déclaration écrite en triple exemplaire déposée contre récépissé au greffe de la cour.

L'article R. 464-12 du Code de commerce, modifié par le décret 2017-823 du 5 mai 2017, exige que la déclaration d'appel indique les nom, prénom, profession, domicile, nationalité, date et lieu de naissance et, le cas échéant, le numéro unique d'identification de l'entreprise de la personne physique requérante ; la dénomination, la forme, le siège social et le représentant légal ainsi que le numéro unique d'identification de l'entreprise de la personne morale demanderesse. Si la déclaration est faite au nom du ministre de l'Économie, elle indique la dénomination et l'adresse du service de la DGCCRF. La déclaration doit également préciser l'objet du recours. Le décret du 5 mai 2017 précise désormais que l'appelant doit joindre, le cas échéant, la partie de la décision sur laquelle porte la demande de réformation. En outre, le demandeur doit annexer à la déclaration une copie de la décision de l'Autorité de la concurrence. Enfin, la déclaration d'appel doit comprendre un exposé des moyens invoqués. A défaut, le demandeur doit déposer cet exposé au greffe, à peine de caducité relevée d'office, dans les deux mois de la notification de la décision de l'Autorité de la concurrence (Art. R 464-15). En outre, alors qu'auparavant, les pièces et documents mentionnés dans la déclaration d'appel devaient être remis au greffe de la cour d'appel en même temps que la déclaration, le nouveau texte accorde dorénavant au demandeur un délai de deux mois à compter de la notification pour les déposer au greffe.

Dans les cinq jours qui suivent le dépôt de la déclaration et à peine de caducité de celle-ci qui sera relevée d'office, le demandeur devra adresser, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, copie de cette déclaration aux parties auxquelles la décision de l'Autorité de la concurrence a été notifiée, mais aussi à l'Autorité de la concurrence et au ministre de l'Économie, alors que cette charge incombait auparavant au greffe. Il devra aussi adresser, dans les deux mois de la notification de la décision et sous peine de caducité de l'appel, copie de ses observations écrites et de la liste des pièces et documents justificatifs produits à l'Autorité de la concurrence ainsi qu'au ministre de l'Économie s'il n'est pas demandeur au recours, et justifier auprès du greffe de cette notification. Enfin, il devra adresser à l'Autorité de la concurrence et au ministre de l'Économie s'il n'est pas demandeur au recours une copie des pièces et documents justificatifs produits, et justifier auprès du greffe de cette notification. Par ailleurs, un moyen d'annulation, qui n'a pas été joint à la déclaration ou déposé au greffe, ne peut être présenté pour la première fois

devant la Cour de cassation.

Si le demandeur n'est pas représenté, il doit informer le greffe de la Cour, les parties devant la juridiction de recours ainsi que le ministre de l'Économie lorsqu'il n'est pas partie à l'instance de tout changement de domicile, sans délai.

Dès qu'elle est avisée du recours, l'Autorité doit transmettre au greffe le dossier de l'affaire (procès-verbaux et rapports d'enquête, griefs, observations, rapport de l'Autorité, documents et mémoires). La Cour de cassation a précisé que les «observations» mentionnées dans ce texte ne doivent pas être confondues avec les observations orales du rapporteur devant l'Autorité (art. R. 464-6 C. com.). Il s'agit du rapport indiquant les griefs retenus par le rapporteur à l'issue de l'instruction au fond prévue par l'article L. 463-2 du Code de commerce. Aucun texte n'impose la transmission des observations du rapporteur au greffe de la cour d'appel.

B. Recours incident

A RETENIR

Un recours incident peut être formé alors même que son auteur serait forclos pour exercer un recours à titre principal.

La recevabilité de ce recours incident est conditionnée à celle du recours principal et, depuis le décret 2017-823 du 5 mai 2017, au respect du délai d'un mois après réception de la notification des observations écrites du demandeur principal et de la liste des pièces et documents justificatifs produits, ce qui allonge sensiblement le délai de recours, autrefois fixé à un mois à compter de la réception de la notification de la déclaration d'appel. Il est soumis aux mêmes formalités que le recours principal et doit être dénoncé aux parties devant la juridiction de recours et au ministre de l'Économie lorsqu'il n'est pas partie à l'instance. Autrement dit, le recours incident doit nécessairement avoir pour objet l'annulation ou la réformation, totale ou partielle, de la décision de l'Autorité de la concurrence.

L'exposé des moyens doit également avoir été déposé avant l'expiration du délai de deux mois suivant la notification de la décision de l'Autorité de la concurrence. Auparavant sanctionnée par une irrecevabilité, cette irrégularité entraîne, depuis le décret 2017-823 du 5 mai 2017, la caducité du recours, qui doit être relevée d'office par le juge. L'auteur du recours incident doit aussi, sous les mêmes délai et sanction, déposer au greffe la liste des pièces et documents justificatifs qu'il entend produire ainsi que les pièces et documents énumérés dans cette liste ; adresser, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, copie de ses observations écrites et de la liste des pièces et documents justificatifs qu'il entend produire aux parties devant la juridiction de recours ainsi qu'au ministre de l'Économie lorsqu'il n'est pas partie à l'instance, et justifier auprès du greffe de cette notification et adresser à l'Autorité de la concurrence et au ministre de l'Économie, lorsqu'il n'est pas partie à l'instance, une copie des pièces et documents justificatifs produits, et justifier auprès du greffe de cette notification.

Le recours incident, suppose, comme toute action en justice, un intérêt à agir. Ainsi, l'éventuel non-respect d'une injonction de l'Autorité de la concurrence ne peut fonder un

recours incident alors qu'il existe dans ce cas une autre voie d'action, énoncée aux articles L. 464-2 et L. 464-3 du Code de commerce. Le recours incident ne peut pas davantage être exercé contre une décision ordonnant des mesures conservatoires. En revanche, le recours formé contre une décision de l'Autorité de la concurrence afin d'obtenir l'aggravation des amendes infligées aux membres de l'entente n'est pas privé d'objet du seul fait que ces derniers ont spontanément pris des mesures pour faire cesser certains des comportements dénoncés, alors que ceux-ci n'ont pas été sanctionnés.

C. Nature du recours

A RETENIR

Seul un recours en annulation ou en réformation peut être formé contre les décisions de l'Autorité de la concurrence devant la Cour d'appel de Paris.

L'appel-nullité formé contre une décision de l'Autorité rejetant une demande de mesures conservatoires est dès lors irrecevable. Créé par la jurisprudence afin de permettre l'exercice d'un recours en nullité lorsqu'aucune autre voie de recours n'est possible, l'appel-nullité qui vise des «vices particulièrement graves affectant la régularité intrinsèque du jugement et résultant d'un principe fondamental ou d'ordre public», pourrait en revanche être exercé contre une décision de sursis à statuer de l'Autorité de la concurrence qui serait prise en violation d'un principe de droit fondamental.

D. Structuration du recours

A RETENIR

Dans un souci d'organisation et de rationalisation de la procédure de recours contre les décisions de l'Autorité de la concurrence, le décret 2017-823 du 5 mai 2017 impose aux parties comparantes assistées ou représentées par un avocat l'obligation de structurer leurs écritures et de récapituler dans leurs dernières écritures leurs prétentions et moyens.

Ainsi, en vertu du nouvel article R. 464-25-1 du Code de commerce, elles devront formuler expressément leurs prétentions et les moyens de fait et de droit sur lesquels chacune est fondée en indiquant pour chaque prétention les pièces invoquées et leur numérotation. Un bordereau énumérant les pièces qui justifient ces prétentions devra être annexé à leurs observations écrites. Les observations écrites devront comprendre distinctement un exposé des faits et de la procédure, une discussion des prétentions et des moyens ainsi qu'un dispositif qui récapitule les prétentions.

Les moyens qui n'auraient pas été formulés dans les écritures précédentes devront être présentés de manière formellement distincte. La cour d'appel ou son premier président ne statuera que sur les prétentions énoncées au dispositif et n'examinera les moyens au soutien de ces prétentions que s'ils sont invoqués dans la discussion. Enfin, les parties seront tenues de reprendre, dans leurs dernières écritures, les prétentions et moyens précédemment présentés ou invoqués dans leurs observations écrites antérieures. À défaut, elles seront réputées les avoir abandonnés et la cour d'appel ou son premier président ne statuera que sur les dernières écritures déposées.

E. Délai de recours

A RETENIR

Le délai pour former recours contre la décision de l'Autorité de la concurrence est, en vertu de l'article L. 464-8 du Code de commerce, d'un mois à compter de sa notification.

Les augmentations de délais prévues pour les personnes résidant outre-mer ou à l'étranger ne s'appliquent pas aux recours et demandes de sursis à exécution. Le délai de recours est d'un mois à compter de la notification de la décision, même si la décision de rejet emporte rejet d'une demande de mesures conservatoires sans que celle-ci ait été examinée.

III. Parties en cause et intervenants

A. Parties en cause

1. Parties plaignantes

A RETENIR

Seules les parties en cause, le ministre de l'Économie ou l'Autorité de la concurrence peuvent introduire un recours devant la Cour d'appel de Paris (art. L. 464-8, al. 1).

L'entreprise entendue par l'Autorité ou ayant fait l'objet d'une notification de grief, mais qui ne s'est pas jointe à la saisine de l'Autorité, n'a pas qualité à agir. De même, celui qui n'était pas partie devant l'Autorité de la concurrence à la suite de sa radiation du registre du commerce et des sociétés résultant de la cession de son fonds de commerce, n'a pas, de ce fait, qualité pour former à titre personnel un recours en annulation ou en réformation.

2. Personnes visées par la plainte

Lorsque le recours risque d'affecter les droits ou charges d'une autre personne que celles en cause devant l'Autorité, cette personne peut être mise en cause d'office par le premier président, son délégué, ou la cour. La mise en cause est notifiée par lettre recommandée avec avis de réception. Tel est en particulier le cas des personnes ou entreprises visées par une plainte lorsque la cour statue sur une décision d'irrecevabilité de la saisine de l'Autorité. Le fait de devoir répondre à des demandes d'information de l'Autorité ne confère pas en revanche la qualité de partie intéressée par la plainte.

3. Autorité de la concurrence

L'Autorité de la concurrence est, aux termes de l'article R. 464-11 du Code de commerce, partie à l'instance. Elle est représentée par son président (art. R. 461-1 C. com.). Elle a qualité pour agir en demande et en défense et présenter des observations devant toute juridiction en son nom. L'Autorité doit notamment pouvoir conclure sur la portée d'une décision de la Cour européenne des droits de l'Homme ayant déclaré non conforme à la CEDH le régime transitoire du recours en contestation d'une ordonnance d'autorisation de visite et saisie. Elle peut également présenter des observations orales lors de l'audience devant la cour d'appel, à sa demande ou à celle du premier président ou de la cour (art.

R. 464-19).

Un arrêt rendu par la Première Chambre civile de la Cour de cassation a pu faire douter de la faculté de l'Autorité de déposer des observations écrites. En effet, la Haute juridiction a posé en principe que «l'exigence d'un procès équitable, au regard des principes d'égalité des armes et d'impartialité du juge, impose qu'une juridiction disciplinaire de première instance ne soit pas partie au recours contre ses propres décisions [...]». Elle a donc cassé au visa de l'article 6 CEDH, un arrêt d'appel rendu sur recours contre une décision du Conseil des ventes volontaires de meubles aux enchères publiques, en retenant que la cour ne pouvait le laisser déposer ses observations devant elle, alors qu'il constituait, selon elle «une telle juridiction». De nombreuses entreprises se sont appuyées sur cette solution pour s'opposer au dépôt d'observations par l'Autorité de la concurrence. La Cour d'appel de Paris s'oppose invariablement à ces tentatives : selon elle, lorsqu'elle prononce des sanctions pécuniaires à l'encontre d'entreprises qui se sont livrées à des pratiques anticoncurrentielles, l'Autorité ne présente pas la nature d'une juridiction, mais d'une autorité administrative.

B. Intervenants

1. Ministre de l'Économie

Lorsqu'il n'est pas partie à l'instance, le ministre peut présenter des observations orales à l'audience à sa demande ou celle du premier président ou de la cour (R. 464-19 C. com.). Il a également la possibilité de présenter, dans les mêmes conditions, des observations écrites (art. R. 464-21 C. com.).

2. Ministère public

Ces fonctions sont assurées par le procureur général auprès de la Cour d'appel de Paris. Il peut prendre communication des affaires dans lesquelles il estime devoir intervenir (art. R. 464-27 C. com.).

3. Intervenants volontaires

Les personnes dont les droits et charges risquent d'être affectés par le recours et qui ne sont pas parties en cause, mais auxquelles la décision de l'Autorité a été notifiée, peuvent intervenir volontairement à l'instance devant la Cour d'appel de Paris. À cette fin, elles doivent déposer au greffe une déclaration écrite et motivée dans le délai d'un mois suivant la réception de la notification, par le demandeur principal, de ses observations et de la liste des pièces et documents justificatifs produits, dans les mêmes conditions que ce recours. La partie intervenante doit, depuis le décret du 5 mai 2017, notifier son intervention volontaire aux parties devant la juridiction de recours ainsi qu'au ministre de l'Économie lorsqu'il n'est pas partie à l'instance.

À peine d'irrecevabilité de l'intervention relevée d'office, la partie intervenante doit également déposer au greffe, dans les deux mois de la notification qui lui a été faite par le demandeur principal, les documents énumérés aux premier et au deuxième alinéas de l'article R. 464-15. Sous la même sanction, dans le même délai et dans les mêmes formes, elle devra adresser, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, copie de ses observations écrites et de la liste des pièces et documents justificatifs qu'elle entend produire aux parties devant la juridiction de recours ainsi qu'au ministre de l'Économie

lorsqu'il n'est pas partie à l'instance et justifier auprès du greffe de cette notification. Elle devra aussi adresser à l'Autorité de la concurrence et au ministre de l'Économie lorsqu'il n'est pas partie à l'instance une copie des pièces et documents justificatifs produits. Enfin, le texte prévoit que les demandes de communication ou de production de pièces ou de catégories de pièces présentées par la partie intervenante en vue d'une action en dommages et intérêts sont régies par les dispositions des articles L. 483-1, alinéa 2, et L. 483-4 à L. 483-11.

Par ailleurs, conformément à l'article 330 CPC, des tiers qui n'étaient pas parties devant l'Autorité et auxquels la décision n'a pas été notifiée peuvent se joindre volontairement à l'instance de manière accessoire en appuyant les prétentions d'une partie. Il suffit que ces personnes aient intérêt pour la conservation de leurs droits à soutenir la partie concernée. Tel est le cas de l'entreprise qui a un intérêt patrimonial au maintien de la décision attaquée qui met fin à l'exclusivité d'un concurrent ou de la victime d'entente qui souhaite voir confirmer, pour la protection de ses droits, la décision qui a qualifié et sanctionné ces pratiques. En revanche, un demandeur qui n'était pas une partie en cause dans la procédure ne peut élever des prétentions visant à la réformation de la décision de l'Autorité de la concurrence distinctes de celles des autres demandeurs.

IV. Instruction du recours

A. Observations écrites

A RETENIR

Le premier président de la Cour d'appel ou son délégué fixe les délais dans lesquels les parties à l'instance doivent se communiquer leurs observations écrites, les adresser au ministre de l'Économie lorsqu'il n'est pas partie à l'instance et en déposer copie au greffe.

Lorsqu'il n'est pas partie à l'instance, le ministre de l'Économie peut présenter des observations écrites dans les conditions de délai fixées par le premier président de la Cour d'appel ou son délégué. Celui-ci fixe également la date des débats. Ces délais sont notifiés aux parties et au ministre, lorsqu'il n'est pas partie à l'instance, par le greffe, qui les convoque également à l'audience par lettre recommandée avec demande d'avis de réception (art. R. 464-18, al. 3 C. com.).

La faculté offerte à l'Autorité de la concurrence, comme au ministre de l'Économie lorsqu'il n'est pas partie à l'instance, de présenter des observations écrites (art. R. 464-18) ou orales (art. R. 464-19) à leur demande ou à la demande du premier président ou de la Cour a fait l'objet de critiques. La Cour d'appel de Paris a ainsi estimé que l'égalité des armes pouvait être rompue lorsque, devant la cour, l'Autorité de la concurrence présentait des observations modifiant, en les aggravant, les données retenues contre les entreprises dans sa décision. Le fait que les parties aient pu répliquer aux observations de l'Autorité ne suffisait pas, selon elle, à rétablir l'équilibre car ces éléments nouveaux privaient d'effet le recours exercé par les requérantes en ajoutant à la décision qui, en principe, était seule soumise à l'appréciation des juges d'appel. La procédure de recours, irrémédiablement viciée, devait dès lors pour la cour d'appel être annulée. En dehors de cette hypothèse exceptionnelle,

tant la Cour de cassation que la Cour d'appel de Paris retiennent que la faculté de l'Autorité de présenter des observations n'est pas de nature à fausser le débat dans la mesure où les parties ont la possibilité de répliquer à ces observations. Dans tous les cas, les observations sont portées à la connaissance des parties à l'instance par le greffe.

B. Garanties procédurales

A RETENIR

De nature répressive, la procédure devant la Cour d'appel de Paris est soumise aux dispositions de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme. La Cour doit veiller au respect des principes d'équité, d'égalité des armes et des droits de la défense.

Le ministre de l'Économie ne peut user de la faculté de mener des enquêtes en application des articles L. 450-1 et s. du Code de commerce sur les faits soumis à la Cour d'appel. De même, le principe d'égalité des armes est rompu lorsque l'Autorité, dans les observations écrites présentées devant la cour d'appel, évoque des éléments nouveaux qui ne figuraient pas dans la décision déferée. En outre, «le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction» (art. 16 CPC). La Cour d'appel de Paris est donc tenue d'inviter les parties à s'expliquer sur les moyens qu'elle relève d'office. Elle ne peut par ailleurs ordonner la communication des pièces relevant de la catégorie des déclarations effectuées dans le cadre de la clémence, même dans le cadre d'une intervention recevable au soutien de la décision de l'Autorité de la concurrence. En revanche, la Cour peut ouvrir l'accès à des pièces recueillies postérieurement à la demande de clémence qui ne relèvent pas de la catégorie des déclarations effectuées dans le cadre de la clémence et à des documents administratifs de la procédure tels que la notification de griefs et le rapport, même s'ils se réfèrent ou retranscrivent pour partie des éléments de pièces protégées au titre de la clémence. Par ailleurs, lorsqu'elle statue sur une décision d'irrecevabilité de la saisine de l'Autorité, la Cour doit entendre les personnes ou entreprises visées par la plainte en vertu du droit au double degré de juridiction.

Selon la Cour d'appel de Paris, la faculté de soulever l'inconstitutionnalité d'une disposition législative pour la première fois en cause d'appel, en vertu de l'article 23-1 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 ne s'applique pas en matière de concurrence. En effet, dans cette hypothèse, la Cour d'appel de Paris statue, non sur l'appel d'un jugement rendu par une juridiction du premier degré, mais sur le recours contre une décision de nature administrative rendue par une autorité non juridictionnelle. En application de cette règle, les parties devront donc présenter leurs demandes de QPC dès le stade de la procédure administrative devant l'Autorité de la concurrence.

Les parties ont la faculté, mais non l'obligation, de se faire assister par un avocat près la Cour d'appel de Paris : elles peuvent se défendre elles-mêmes. Le ministre de l'Économie est représenté par le directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes ou son délégué (art. R. 464-26 C. com.).

V. Pouvoirs de la Cour d'appel de Paris

PLAN

Nous examinerons successivement :

- le principe d'applicabilité des règles de la procédure civile ;
- la portée de la décision de la cour d'appel ;
- la notification et la publication de la décision.

A. Règles de procédure civile

A RETENIR

Toutes les règles de la procédure civile auxquelles le Code de commerce ne déroge pas sont applicables à la procédure devant la cour d'appel.

Ainsi, la cour ne peut, en application des principes directeurs du procès définis aux articles 1 à 24 du CPC, renvoyer devant l'Autorité aux fins de notification une personne qui n'a été ni partie devant l'Autorité, ni appelée devant la cour, lorsqu'elle statue sur une décision d'irrecevabilité ou de non-lieu.

La cour doit respecter le principe du contradictoire prévu à l'article 16 CPC en s'assurant et en indiquant dans sa décision que les parties ont été mises en mesure de répondre aux observations écrites de l'Autorité. Elle ne saurait statuer sur une décision d'irrecevabilité sans entendre ou appeler en cause les personnes visées par la plainte.

Les règles relatives à la nullité des actes pour vice de forme s'appliquent (art. 112 et s. CPC). Par ailleurs, en raison de l'effet dévolutif de l'appel, la cour se prononce uniquement sur les injonctions et les sanctions pécuniaires telles qu'elles sont portées dans la notification des griefs. En outre, n'ayant pas le pouvoir de notifier des griefs, elle doit renvoyer les parties devant l'Autorité lorsqu'elle annule ou réforme une décision d'irrecevabilité ou de non-lieu. Enfin, les articles 143 et s. CPC permettent à la cour d'ordonner en tout état de cause des mesures d'expertise, faculté dont elle a notamment usé pour recueillir des éléments statistiques afin de délimiter le marché d'un produit.

Elle peut aussi commettre une personne pour procéder à des constatations en application des articles 249 à 255 CPC.

B. Décision de la Cour d'appel

A RETENIR

La cour d'appel peut réformer ou annuler la décision de l'Autorité de la concurrence. Le contrôle exercé par la cour, lorsqu'elle est saisie d'une demande en annulation, s'apparente à celui qui est mis en œuvre dans le cas du recours pour excès de pouvoir de l'ordre administratif.

La cour d'appel contrôle la légalité externe et interne de la décision. Elle apprécie notamment si l'Autorité n'a pas outrepassé ses compétences, si elle s'est conformée aux règles de la CEDH (art. 6), aux règles de procédure et de forme définies par le Code de com-

merce, et s'assure que l'Autorité a respecté les droits de la défense. La cour vérifie également que l'Autorité n'a pas commis d'erreur de droit dans l'interprétation et l'application des articles L. 420-1, L. 420-2 et L. 420-5 et des articles 101 et 102 TFUE, ni d'erreur manifeste d'appréciation, en particulier lorsqu'elle inflige une sanction pécuniaire.

La cour annule la décision dans sa totalité et met fin aux poursuites lorsque la cause d'annulation atteint la procédure dans son ensemble, met irrémédiablement en cause les droits de la défense ou implique d'écarter du dossier tous les éléments de preuve. Si tel n'est pas le cas, la cour statue en fait et en droit à nouveau. Elle dispose alors de plusieurs options : soit elle renvoie à l'Autorité pour qu'elle reprenne la procédure et rende une décision ; soit elle statue à nouveau en l'état du dossier et sa décision remplace celle de l'Autorité ; soit elle statue à nouveau, mais demande auparavant une mesure d'expertise. L'annulation peut n'être que partielle.

Répondant à des parties qui prétendaient que la cour d'appel ne dispose que d'un pouvoir alternatif et non cumulatif d'annulation ou de réformation, la Cour d'appel de Paris a précisé que, après avoir annulé la décision, elle a le pouvoir de se prononcer, conformément à l'article L. 464-2 du Code de commerce, sur les pratiques dont l'Autorité est saisie. Cette prérogative, issue de la combinaison des articles L. 464-8 du code précité et 561 du Code de procédure civile, de statuer, en fait et en droit, sur les griefs notifiés, ne saurait être confondue avec le pouvoir de réformation mentionné par l'article L. 464-8, la cour se prononçant à partir des éléments du dossier et sans considération de la décision de l'Autorité qu'elle a précédemment annulée. Elle peut ainsi déterminer la sanction qui doit être infligée à une entreprise pour le seul fait susceptible d'être retenu alors que l'Autorité a prononcé une sanction unique pour l'ensemble des pratiques en cause.

La réformation de la décision de l'Autorité est soumise à une procédure de plein contentieux. La Cour d'appel se livre à une nouvelle appréciation des éléments de l'affaire en fait et en droit. Sa décision se substitue totalement ou partiellement à celle de l'Autorité. Elle dispose alors de tous les pouvoirs de l'article L. 464-2. Dans l'exercice de sa compétence de pleine juridiction, la Cour d'appel de Paris n'est pas liée par le communiqué sanctions du 16 mai 2011 mais peut volontairement décider de s'y conformer. Elle ne peut néanmoins aggraver les sanctions ou injonctions prononcées par l'Autorité que si le recours a été introduit par la partie saisissante ou le ministre de l'Économie. Elle a également la possibilité d'ajourner le prononcé de la sanction pécuniaire. La réformation de la décision de l'Autorité ne prend effet qu'à compter de la notification de l'arrêt d'appel et ne modifie pas rétroactivement la situation juridique de la société condamnée à publier une décision, ni ne retire son caractère exécutoire à la mesure de publication ordonnée. Des entreprises qui n'ont pas exercé de recours contre la décision de l'Autorité de la concurrence ne peuvent bénéficier de la réformation de celle-ci par la Cour d'appel de Paris.

À l'instar de l'Autorité de la concurrence, la Cour d'appel de Paris peut ordonner la publication d'un communiqué dans les journaux, mais ne peut prononcer la dissolution d'un GIE, ou en règle générale annuler des conventions. Elle ne peut pas non plus accorder de dommages-intérêts. Il lui est enfin impossible de connaître d'un grief qui n'aurait pas été soumis à l'Autorité de la concurrence.

C. Notification et publication de la décision de la Cour d'appel

A RETENIR

Les décisions de la Cour d'appel de Paris ou de son premier président sont notifiées par lettre recommandée avec demande d'avis de réception aux parties à l'instance par le greffe, à l'Autorité de la concurrence et au ministre de l'Économie, lorsqu'il n'est pas partie à l'instance.

L'Autorité de la concurrence veille à l'exécution des décisions et les fait publier sur son site internet (art. R. 464-28 C. com.). Il a été jugé que la décision de la cour d'appel peut en outre faire l'objet d'un communiqué de presse afin qu'elle soit portée à la connaissance du public.

SECTION 2 POURVOI EN CASSATION

A RETENIR

Le cas échéant, un pourvoi en cassation est formé contre l'arrêt de la Cour d'appel de Paris dans le délai d'un mois suivant sa notification (art. L. 464-8, al. 4, C. com.). Le pourvoi n'est ouvert qu'aux parties à l'instance devant la cour d'appel. Tel est le cas notamment de l'intervenant volontaire.

En revanche, une entreprise participante à une entente ne peut exercer de recours incident en se prévalant de la cassation intervenue au profit d'une autre alors que l'existence d'un grief identique d'entente ne caractérise pas une indivisibilité lui permettant de se prévaloir de la cassation. Avant 2004, le ministre de l'Économie ne pouvait se pourvoir s'il n'avait pas été partie à l'instance devant la cour, la notion de partie s'entendant de celle qui a introduit un recours. En effet, la règle selon laquelle le ministre peut former un recours devant la Cour d'appel de Paris même s'il n'a pas été partie à la procédure devant l'Autorité ne s'appliquait pas au pourvoi en cassation. Dans un premier temps, la loi de simplification du droit du 9 décembre 2004 a modifié cette règle, l'article L. 464-8 du Code de commerce prévoyant que le ministre peut dans tous les cas former un pourvoi contre l'arrêt de la Cour d'appel de Paris. Le texte a été complété par l'ordonnance du 13 novembre 2008 qui ouvre la voie du pourvoi à l'Autorité de la concurrence contre les décisions de la Cour d'appel de Paris qui réforment ou annulent ses décisions. Elle est ainsi recevable à se pourvoir en cassation d'un arrêt d'appel ayant censuré une décision du Conseil de la concurrence appliquant le droit européen, telle qu'un arrêt statuant sur une demande de sursis à exécution sur le fondement des articles 101 ou 102 TFUE.

Toutes les décisions de la cour sans exception peuvent faire l'objet d'un pourvoi devant la Chambre commerciale de la Cour de cassation. Le pourvoi ne peut porter que sur des moyens exposés précédemment dans la déclaration d'appel. Selon l'article 619 du CPC, les moyens nouveaux ne sont pas recevables devant la Cour de cassation, à moins que ce soient des moyens de pur droit ou nés de la décision attaquée. Tel n'est pas le cas du grief tiré de la présence du rapporteur au délibéré.

La Cour de cassation doit respecter le principe du contradictoire. Aussi la Cour européenne des droits de l'Homme a-t-elle considéré que le premier volet du rapport du

conseiller-rapporteur transmis à l'avocat général de la Cour de cassation doit être communiqué aux parties sous peine de violer l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme.

Le contrôle de la Cour de cassation porte sur l'application des règles de procédure et de fond. En cas de renvoi après cassation, la Cour d'appel de Paris, seule compétente pour connaître du droit des pratiques anticoncurrentielles, est à nouveau saisie. Elle doit cependant être autrement composée.

CHAPITRE IV Sanctions civiles

SECTION 1

Action en nullité des conventions et clauses prohibées

SECTION 2

Action en réparation

I. Conditions

- A. Faute
- B. Préjudice
- C. Lien de causalité

II. Procédure

- A. Preuve
- B. Qualité de débiteur
- C. Sursis à statuer
- D. Prescription
- E. Action de groupe

CHAPITRE IV Sanctions civiles

L'Autorité de la concurrence dispose d'un pouvoir de décision strictement défini par les articles L. 462-6 et L. 464-2 du Code de commerce.

A RETENIR

Investie du pouvoir de prononcer des mesures conservatoires, des injonctions, ou des sanctions pécuniaires, l'Autorité n'a pas compétence pour indemniser les victimes de pratiques anticoncurrentielles, ou prononcer la nullité d'accords contraires aux articles L. 420-1 ou L. 420-2 du Code de commerce. La victime de pratiques anticoncurrentielles qui souhaite obtenir réparation du préjudice subi devra saisir les juridictions de l'ordre judiciaire pour être indemnisée ou obtenir l'annulation de la convention.

Une spécialisation des juridictions au profit de huit tribunaux judiciaires et tribunaux de commerce a été instituée pour l'application du droit de la concurrence (art. L. 420-7 et R. 420-3 C. com.), de même que pour les pratiques restrictives de l'article L. 442-6 du Code de commerce (art. L. 442-6, III, D. 442-3 et D. 442-6 C. com.), ces règles de compétence impératives s'appliquant même en matière de référé. Ainsi, un juge incompetent au fond pour connaître de pratiques anticoncurrentielles et restrictives de concurrence ne peut être saisi sur requête pour ordonner des mesures d'instruction visant à établir la preuve de telles pratiques. La Cour d'appel de Paris est seule compétente pour connaître des appels contre les jugements de ces juridictions spécialisées. La fin de non-recevoir fondée sur l'article L. 420-7 du Code de commerce peut être soulevée même lorsque les règles afférentes aux pratiques anticoncurrentielles sont invoquées comme simple moyen de défense ou à titre accessoire.

En matière de pratiques restrictives, où la spécialisation des juridictions est également de rigueur, la Cour de cassation a posé le principe selon lequel la compétence de la Cour d'appel de Paris est limitée aux recours exercés contre les jugements rendus par des juridictions spécialisées. Lorsque des juridictions de première instance non spécialisées se sont prononcées, la compétence pour connaître des recours exercés contre ces jugements revient aux cours d'appel de leur ressort, qui devront cependant relever d'office l'excès de pouvoir commis par le juge de première instance et annuler sa décision, en statuant, le cas échéant, sur les prétentions fondées sur d'autres textes. Cette jurisprudence a été transposée aux règles de spécialisation en matière de pratiques anticoncurrentielles.

Une clause attributive de juridiction ne s'applique pas à un litige fondé sur les articles L. 420-1 ou L. 420-2, en raison du caractère d'ordre public que revêt l'attribution de compétence aux tribunaux spécialisés prévue par l'article L. 420-7 du Code de commerce. Dans les relations internationales, en revanche, la Cour de cassation a estimé qu'une clause attributive de juridiction dérogeant aux règles de compétence fixées aux articles [7 et 8 du règlement 1215-2012] pouvait s'appliquer à un différend relatif à la responsabilité encourue du fait d'une infraction au droit de la concurrence, mais à la condition qu'elle se réfère expressément aux pratiques anticoncurrentielles. Après avoir interrogé la Cour de justice sur ce point, la Haute juridiction a ultérieurement limité la portée de cette condition aux ententes : en matière d'abus de position dominante, la clause s'applique même si elle ne se réfère pas à la responsabilité encourue du fait d'une infraction

au droit de la concurrence. En effet, à la différence du comportement anticoncurrentiel visé aux articles 101 TFUE ou L. 420-1 du Code de commerce - qui n'est en principe pas directement lié à la relation contractuelle entre un membre de l'entente et un tiers à l'égard duquel l'entente produit ses effets -, un abus peut se matérialiser dans les relations contractuelles qu'une entreprise dominante noue au moyen et à travers ses conditions contractuelles. Le comportement anticoncurrentiel, plus prévisible dans les rapports directement entretenus par les parties au contrat contenant la clause attributive de concurrence, a donc moins besoin d'être visé par celle-ci en cas d'abus. La Cour d'appel de Paris adopte une approche plus nuancée : selon elle, l'applicabilité de la clause est fonction non de la nature du comportement allégué (entente ou abus de position dominante), mais du lien entre ce comportement et le contrat qui contient la clause attributive de compétence. Ainsi, lorsqu'une partie demande la nullité de la décision de rompre que lui a notifiée son cocontractant, au motif que celle-ci se fonde sur un article des conditions générales qui serait contraire aux règles de concurrence, il y a lieu de constater que les pratiques dénoncées ne sont pas manifestement étrangères au rapport contractuel dans le cadre duquel la clause attributive de compétence a été conclue et que celle-ci est donc applicable.

À côté des juridictions civiles ou commerciales, les juridictions administratives jugent les actions en responsabilité relevant de leur compétence. Enfin, les juridictions pénales compétentes au titre du délit de participation frauduleuse, personnelle et déterminante à une entente ou un abus de domination peuvent également connaître des actions civiles liées à ces délits. En pratique, l'essentiel de la jurisprudence concerne cependant les actions en responsabilité devant la juridiction commerciale.

SECTION 1

Action en nullité des conventions et clauses prohibées

A RETENIR

Seules les juridictions civiles sont compétentes pour annuler des clauses prohibées au titre de l'article L. 420-3 du Code de commerce.

En application de ce texte, la convention se rapportant à une pratique anticoncurrentielle prohibée peut être annulée même si tous les contractants n'y ont pas participé ou n'en ont pas eu connaissance. La nullité peut ainsi frapper les statuts d'une société constituée pour une durée de 99 ans afin d'exploiter une surface commerciale de distribution sous une enseigne déterminée, qui imposent que le président de la société ou son conjoint soient détenteurs du droit d'usage de cette enseigne et qui ne peuvent être modifiés qu'à l'unanimité, s'ils ont pour objet ou pour effet de porter atteinte aux principes de la liberté contractuelle et de la liberté de la concurrence. L'article L. 420-1 étant d'ordre public, la nullité encourue est la **nullité absolue**. Elle peut être invoquée par les participants à l'infraction. Alors que la jurisprudence considérait jusqu'à présent que la nullité de l'entente entraîne celle de la convention consécutive avec un tiers qui avait connaissance de l'illicéité de ces pratiques, la Cour de cassation a récemment estimé que la nullité prévue par l'article L. 420-3 du Code de commerce ne vise que l'accord anticoncurrentiel et ne

s'étend pas au marché public conclu ultérieurement aux conditions tarifaires résultant de l'entente. Le délai de prescription de l'action en nullité relève de l'article 2224 du même code : il est de cinq ans et court à compter de la décision de condamnation de l'Autorité de la concurrence, qui fixe la date certaine de découverte de l'entente.

SECTION 2

Action en réparation

Le principe d'un droit à réparation des victimes de pratiques anticoncurrentielles, qui a été consacré par les arrêts *Courage et Manfredi* de la Cour de justice, est reconnu depuis longtemps en droit français.

A RETENIR

Les juridictions civiles sont compétentes par voie d'exception en matière de pratiques anticoncurrentielles et peuvent, sur le fondement de l'article L. 420-3, constater la nullité de tout engagement, convention ou clause contractuelle se rapportant à une pratique prohibée par l'article L. 420-1 ou L. 420-2. En cas de violation du droit de l'Union par les autorités européennes, les juridictions nationales saisies d'une action en dommages-intérêts par une entreprise victime d'un refus de vente illicite, doivent, en application de l'article 16 du règlement 1-2003, constater cette violation.

Selon la Cour de cassation, cette action fondée sur l'ordre public économique, dont la cause est différente d'une action visant à préserver l'équilibre des relations contractuelles entre les parties, entraîne la nullité absolue des pratiques prohibées. En raison de son caractère d'ordre public, l'article L. 420-3 peut être invoqué par toute personne qui y a intérêt au jour de la saisine.

Les relations entre l'action civile et l'action sur le fondement du droit de la concurrence n'ont pas toujours été faciles à définir car une faute concurrentielle n'était pas nécessairement considérée une faute civile. Selon la Cour de cassation, le juge judiciaire n'était pas lié par les constatations de fait figurant dans la décision de l'Autorité de la concurrence pour statuer sur la demande de dommages et intérêts introduite dans la même affaire. Cette solution, remise en cause en matière d'action de groupe par la loi Hamon du 17 mars 2014, est demeurée valable en droit commun de la réparation des dommages anticoncurrentiels jusqu'à la transposition de la directive 2014/104 du 26 novembre 2014 par l'ordonnance 2017-303 du 9 mars 2017.

Les actions civiles ne sont pas nécessairement aisées à mettre en œuvre. En pratique, elles se heurtent à deux séries de difficultés. Les premières sont liées à l'ensemble des moyens de défense à l'action fondés sur le droit de la procédure et de la responsabilité civile : prescription, faute de la victime et *passing on defense* notamment. Les secondes tiennent aux difficultés de preuve qui dérivent de la difficulté de concilier le droit des victimes à indemnisation et la volonté des autorités de concurrence de protéger les demandeurs à la clémence. La question fondamentale du *private enforcement* en France, comme dans beaucoup d'autres pays actuellement, consiste dans la recherche d'un difficile équilibre entre le *public enforcement*, traditionnellement privilégié dans les pays continentaux, et

le *private enforcement*, favorisé dans les pays anglo-saxons, et aujourd'hui en plein développement en Europe, afin de préserver l'efficacité du système existant tout en évitant de soumettre les entreprises à un double système répressif.

La **directive 2014-104 du 26 novembre 2014** se donne pour objectif de lever les obstacles aux actions en réparation. Le texte énonce une série de mesures destinées à faciliter l'introduction d'actions en dommages et intérêts par les victimes de pratiques anticoncurrentielles : pouvoir pour les juridictions nationales d'enjoindre aux entreprises de divulguer des éléments de preuve quand les victimes exercent leur droit à réparation (art. 5) ; preuve automatique de l'infraction résultant de la décision de l'autorité nationale constatant l'infraction (art. 9) ; responsabilité solidaire des entreprises qui ont enfreint le droit de la concurrence par un comportement conjoint (art. 11). La directive consacre également la théorie de la *passing on defense*, qui permet au défendeur à l'action d'invoquer la répercussion, par le demandeur, du surcoût résultant de l'infraction, à charge pour lui de le prouver. Lorsque le demandeur est un acheteur indirect, il bénéficiera, sous certaines conditions, d'une présomption réfragable de répercussion du surcoût par le vendeur intermédiaire (art. 14, paragr. 2). Enfin, pour faciliter la tâche du demandeur, l'article 17 autorise les juridictions nationales à quantifier le montant de la réparation, si besoin est avec l'aide d'une autorité nationale de concurrence, dans les cas où cette opération sera pratiquement impossible ou excessivement difficile sur la base des éléments de preuve disponibles.

La France, qui devait transposer le texte avant le 27 décembre 2016, ne s'est exécutée que le 9 mars 2017, par une ordonnance pour la partie législative et un décret pour la partie réglementaire du Code de commerce. Les dispositions de l'ordonnance sont entrées en vigueur le 11 mars 2017. Néanmoins, ses dispositions relatives à la production et à la communication de pièces, comme celles du décret, sont applicables aux instances introduites à compter du 26 décembre 2014, date d'entrée en vigueur de la directive.

A RETENIR

La victime de pratiques anticoncurrentielles qui souhaite obtenir réparation du préjudice devra démontrer que les trois conditions classiques de la responsabilité sont remplies : la faute, le préjudice et le lien de causalité entre la faute invoquée et le préjudice subi. Cette tâche est sensiblement allégée par les présomptions posées par les nouveaux articles du Code de commerce issus de l'ordonnance du 9 mars 2017, qui transpose en droit français la directive 2014-104 du 26 novembre 2014. En revanche, il n'est pas nécessaire qu'elle ait dénoncé les pratiques à l'Autorité de la concurrence.

I. Conditions

PLAN

Le succès d'une action en réparation suppose la réunion de trois conditions :

- une faute ;
- un préjudice ;
- un lien de causalité.

A. Faute

A RETENIR

Aux termes du nouvel article L. 481-1 du Code de commerce, tout comportement constitutif d'une violation du droit européen ou interne de la concurrence caractérise une faute. La France a choisi de ne pas limiter le champ de l'action aux ententes et abus de position dominante : les victimes peuvent demander réparation des préjudices causés par un abus de dépendance économique, une pratique de prix abusivement bas, une exclusivité d'importation dans les collectivités d'outre-mer ou une exclusivité obtenue par une centrale de réservation au détriment d'une entreprise de transport de personnes au moyen de véhicules légers.

En pratique, il convient de déterminer l'incidence de la décision rendue dans le cadre de la procédure de concurrence sur la caractérisation de la faute. Trois cas doivent être distingués, selon que la procédure de concurrence a donné lieu à des engagements, à une transaction ou à une condamnation pure et simple sans recours à la procédure d'engagements ou de transaction.

Lorsque l'entreprise poursuivie, conformément à l'article L. 464-2, I, du Code de commerce, accepte d'entrer dans une procédure d'engagements, elle ne reconnaît pas avoir commis une pratique anticoncurrentielle. Si l'évaluation préliminaire qui permet le contrôle du caractère approprié des engagements ne constitue pas un acte d'accusation au sens de l'article 6, paragraphe 1, CEDH, une décision d'engagements ne met pas pour autant l'entreprise à l'abri de poursuites judiciaires devant le juge de droit commun. La partie qui s'estime lésée par le comportement en cause n'est pas privée de son intérêt à agir en réparation de son préjudice, puisque la procédure intervient sans constat d'infraction ou d'absence d'infraction, mais devra supporter seule la totalité de la charge de la preuve de la faute devant le juge de l'indemnisation. Le juge civil pourra toutefois tenir compte des éléments contenus dans la décision d'engagements et les considérer comme un indice ou un commencement de preuve afin d'apprécier le caractère anticoncurrentiel des pratiques en cause.

Traditionnellement, une non-contestation des griefs, qui conduisait à une sanction pécuniaire réduite, était considérée comme une simple mesure de coopération à la procédure n'emportant pas juridiquement reconnaissance de culpabilité. Toutefois, un arrêt de la Cour de cassation assez ambigu du 29 mars 2011 avait semblé remettre en cause cette solution. Selon la Cour, la non-contestation des griefs par certaines parties limitait le champ de la discussion pour les autres à la seule question de leur participation à l'entente poursuivie, ce qui, implicitement, tendait à identifier la non-contestation à une reconnaissance de l'infraction. **La Cour d'appel de Paris a adopté une solution médiane : tout en admettant que la procédure de non-contestation de griefs ne constitue ni un aveu ni une reconnaissance de culpabilité, elle estime que l'arrêt confirmatif de la Cour d'appel de Paris, qui retient la mise en œuvre d'une entente illicite, établit l'existence d'une faute civile commise par l'entreprise condamnée.** La loi Macron du 6 août 2015 a depuis lors substitué à la procédure non-contestation des griefs une procédure de transaction. Le nouveau mécanisme, qui repose comme par le passé sur la non-contestation des griefs, ne devrait pas affecter les solutions anciennes. Il est donc vraisemblable que

des victimes d'infractions seront conduites à invoquer l'arrêt de la Cour de cassation pour faire valoir qu'une non-contestation des griefs vaut reconnaissance de l'infraction, et donc de la faute, lorsqu'elles engageront une action en responsabilité.

Jusqu'à une date récente, la France, contrairement à d'autres pays, n'admettait pas que la condamnation dans une procédure de concurrence suffise à établir la faute dans une action civile. La Cour de cassation considérait en effet les décisions de l'Autorité de la concurrence comme des décisions administratives ne liant pas le juge : celui-ci pouvait décider de ne pas condamner une entreprise pour des pratiques qualifiées d'entente par l'Autorité de la concurrence. En pratique, les juges du fond estimaient toutefois dans la majeure partie des cas que la condamnation par l'Autorité de la concurrence caractérisait ou, au moins, faisait présumer la faute. La jurisprudence administrative déduisait plus volontiers de la condamnation administrative l'existence d'une faute. Ces règles ont changé avec la transposition de la directive 2014-104 du 26 novembre 2014 par l'ordonnance du 9 mars 2017. **En vertu du nouvel article L. 481-2 du Code de commerce, les décisions définitives d'une autorité nationale de concurrence qui constatent une infraction constituent une preuve irréfragable de l'existence de l'infraction devant une juridiction du même État membre.** Cependant, si la décision est invoquée devant la juridiction d'un autre État membre, elle ne constituera qu'un moyen de preuve de l'infraction. Enfin, les juridictions nationales ne peuvent adopter une solution qui irait à l'encontre d'une décision de condamnation prononcée par la Commission. Cette solution s'appliquait déjà dans le cadre de l'action de groupe. La loi Hamon du 17 mars 2014 a en effet prévu dans ce cas que les décisions constatant les manquements au droit de la concurrence, une fois devenues définitives, valent présomption irréfragable de la preuve de l'existence des manquements du professionnel (C. consom., art. L. 623-24).

B. Préjudice

A RETENIR

Selon l'article L. 481-3 du Code de commerce, le préjudice réparable comprend « notamment » la perte réalisée, le gain manqué, la perte de chance et le préjudice moral. La perte résulte selon le texte du surcoût correspondant à la différence entre le prix du bien ou du service effectivement payé par l'acheteur et celui qui l'aurait été en l'absence de commission de l'infraction, sous réserve de la répercussion totale ou partielle de ce surcoût qu'il a éventuellement opérée sur son contractant direct ultérieur, ou de la minoration résultant d'un prix plus bas que lui a payé l'auteur de l'infraction. Le gain manqué peut procéder de la diminution du volume des ventes liée à la répercussion partielle ou totale du surcoût que l'acheteur a été amené à opérer sur ses contractants directs ou de la prolongation certaine et directe des effets de la minoration des prix qu'il a dû pratiquer.

Selon la Cour de cassation, la victime de pratiques anticoncurrentielles a droit à l'indemnisation non seulement de la perte directe et immédiate de volume d'affaires du fait de la pratique anticoncurrentielle, mais aussi de la perte certaine due à un effet différé de la pratique, consistant dans la baisse du volume d'affaires induite par l'absence de fidélisation de la clientèle détournée.

Par ailleurs, le fait que l'entreprise qui se prétend victime de pratiques anticoncurren-

telles ait pu acquérir des parts de marché non négligeables n'implique pas l'absence de préjudice, dès lors que son entrée sur le marché peut avoir été retardée en raison des barrières artificielles résultant des pratiques incriminées, en l'absence desquelles son développement aurait pu être plus important. Les règles du droit commun de la responsabilité civile exigent que le dommage soit certain, direct et personnel. Une société holding n'est pas recevable à agir en réparation au titre de la perte de chance subie par sa filiale, mais seulement d'un préjudice qu'elle a personnellement subi. Le dommage peut être contemporain des pratiques anticoncurrentielles, voire postérieur à celles-ci, mais dans ce dernier cas, il relève d'un degré d'évidence plus complexe à établir.

Alors qu'avant la transposition de la directive, l'acheteur devait démontrer qu'il n'avait pas répercuté les surcoûts causés par l'entente sur ses propres clients («*passing on defense*»), il bénéficiera désormais d'une présomption simple de non-répercussion de ce surcoût (art. L. 481-4). L'acheteur direct ou indirect pourra également être indemnisé du surcoût qu'il prétend avoir subi, à charge pour lui d'en établir l'existence et l'ampleur (art. L. 481-5). Ainsi, avant la transposition, il a été jugé qu'un maître d'ouvrage victime du dol résultant des concertations et échanges d'informations entre soumissionnaires concurrents préalables à un appel d'offres pouvait demander réparation du préjudice correspondant au surcoût des travaux par rapport au prix réel déterminé par le libre jeu de la concurrence, à la condition qu'il n'ait pas eu connaissance des manœuvres dolosives avant de signer le décompte général et définitif des travaux. Le surcoût peut être évalué au regard des prix obtenus dans le cadre d'un marché passé ultérieurement et présentant des similitudes importantes avec celui en cause. Les différences entre l'évaluation du surcoût effectuée par l'Autorité de la concurrence et celle, beaucoup plus élevée, de l'expert mandaté par la victime ne traduit pas nécessairement une erreur grossière d'appréciation de ce dernier dès lors que contrairement à lui, l'Autorité n'avait pas pour mission de déterminer un surprix précis par marché concerné mais seulement de donner un ordre de grandeur à l'échelle d'une entente qui a concerné l'ensemble du territoire. En l'absence de preuve d'un surcoût, le maître d'ouvrage ne peut prétendre à aucune indemnisation, notamment lorsque les travaux ont été entièrement et correctement exécutés. Le nouvel article L. 481-5 allège la charge probatoire de l'acheteur indirect en posant une présomption simple de répercussion lorsqu'il démontre que (i) le défendeur a commis une infraction au droit de la concurrence (ii) qui a entraîné un surcoût pour l'acheteur direct, (iii) à qui il a acheté les biens ou services concernés par l'infraction. Enfin, l'auteur du comportement anticoncurrentiel ne peut minorer l'étendue de sa responsabilité en invoquant la faute de la victime, lorsque celle-ci a été commise pour contrer son comportement.

L'article R. 481-1 nouveau autorise le juge, après avoir recueilli les observations des parties, à solliciter l'Autorité de la concurrence afin d'obtenir des orientations sur l'évaluation du préjudice dont il est demandé réparation. L'Autorité dispose d'un délai de deux mois pour communiquer ses observations au juge, au-delà duquel, à défaut de réponse, l'instance reprend. Les méthodes d'évaluation utilisées sont généralement des méthodes comparatives (avant/après ou par *benchmark*), de simulation et par les coûts. Lorsque la méthode contrefactuelle d'évaluation du préjudice dite «avant-après» est mise en œuvre, elle doit reposer non sur des données hypothétiques, mais sur les prix réels du

marché et tenir compte des facteurs de prix exogènes à l'impact de l'entente. Son application ne doit pas, notamment, conduire à occulter que les parties à l'entente ont présenté des offres inférieures au prix jugé « concurrentiel ». L'étendue de la réparation de la victime de pratiques anticoncurrentielles est déterminée au regard de la seule ampleur de son préjudice et non en fonction de la gravité des fautes imputées à l'auteur du dommage. Elle doit ainsi tenir compte des incidences négatives de sa propre politique commerciale. Aux termes de l'article L. 481-8, les dommages et intérêts sont évalués au jour du jugement, en tenant compte de toutes les circonstances qui ont pu affecter la consistance et la valeur du préjudice depuis le jour de la manifestation du dommage, ainsi que de son évolution raisonnablement prévisible. Ainsi, pour comparer le niveau des prix nominaux pratiqués au cours des périodes infractionnelle et non-infractionnelles, un expert peut valablement corriger ses évaluations en tenant compte d'un coefficient d'érosion monétaire. De même, l'indemnisation de la perte de chance subie par la victime de pratiques anticoncurrentielles dans le secteur de la téléphonie mobile du fait de l'indisponibilité du capital doit être actualisée au taux de rémunération du capital des activités mobiles tel que calculé par l'Arcep.

C. Lien de causalité

A RETENIR

La faute doit être le facteur déterminant dans la production du dommage, la jurisprudence retenant généralement de préférence la théorie de la causalité adéquate plutôt que celle de l'équivalence des conditions.

Il a ainsi été jugé que le lien de causalité entre le refus d'approvisionner un tiers au réseau et la perte de chiffre d'affaires et de marge sur les produits contractuels est établi par le juge qui relève la nécessité de mettre en place des circuits d'approvisionnement parallèle et la création de sociétés ad hoc sur les territoires concernés. De même, le lien de causalité entre la faute et le préjudice invoqué est constitué lorsque le juge démontre qu'en raison du comportement abusif la victime n'a pu proposer son service sur le marché ou du moins pas à des prix compétitifs ou dans les délais escomptés. En revanche, il n'existe pas de relation de cause à effet entre la faute commise par un opérateur dominant, consistant dans l'imposition d'obligations d'exclusivité et de non-concurrence à des distributeurs, et le préjudice invoqué par son concurrent lorsqu'il est établi qu'indépendamment de cette faute, ce dernier avait déjà fait le choix de se doter de son propre réseau de distribution. De même, la collectivité victime d'une entente ne peut demander la réparation du préjudice lié à l'indisponibilité des sommes affectées à son désendettement si elle n'établit pas le lien de causalité entre la pratique anticoncurrentielle et son endettement.

Par ailleurs, alors que certaines décisions avaient retenu qu'un préjudice s'infère nécessairement de pratiques d'éviction mises en œuvre par des entreprises en position dominante, le nouvel article L. 481-7 réserve le bénéfice de la présomption aux seules victimes d'ententes. La Cour d'appel de Paris a retenu que le préjudice personnel d'un concurrent direct des parties à l'entente est établi lorsque la décision de l'Autorité de la concurrence, confirmée par la Cour d'appel de Paris, a démontré l'existence non seulement de l'objet anticoncurrentiel de la pratique, mais également de ses effets anticoncur-

rentiels. De même, la décision de la Commission, confirmée par la Cour de justice, suffirait à établir la preuve de la faute ainsi que du lien de causalité direct entre les pratiques anticoncurrentielles et le préjudice de la victime.

II. Procédure

PLAN

Nous examinerons successivement :

- les questions de preuve ;
- la qualité de débiteur ;
- le sursis à statuer ;
- la prescription ;
- l'action de groupe.

A. Preuve

A RETENIR

La victime de pratiques anticoncurrentielles peut-elle utiliser dans le cadre de la procédure d'indemnisation devant les juridictions judiciaires des pièces obtenues dans le cadre de la procédure de la concurrence ? Ou cette utilisation constitue-t-elle un cas de divulgation, au sens de l'article L. 463-6 du Code de commerce, d'informations concernant une autre partie ou un tiers susceptible d'engager la responsabilité pénale de son auteur ?

La Cour de cassation avait semblé cantonner l'usage des pièces couvertes par le secret de l'instruction, même après la clôture de la procédure de concurrence, au cas où ces pièces étaient nécessaires à l'exercice des droits de la défense de la partie qui les produisait (Cass. com., 19 janv. 2010, Semavem, LawLex10136). En d'autres termes, seul le défendeur à la procédure de concurrence aurait pu les invoquer. Une telle restriction paraissait à la fois inutile et injustifiée. Dès lors que l'instruction s'était traduite par une décision de l'Autorité de la concurrence, le secret de l'instruction n'avait plus besoin d'être protégé. En outre, toute victime a le droit d'obtenir réparation de son préjudice, et plus particulièrement en droit de la concurrence, où les actions privées en dommages-intérêts constituent des mesures de mise en œuvre des règles de concurrence.

Plus compréhensifs que la Haute juridiction, les juges du fond ont reconnu à la victime le droit de solliciter de l'Autorité de la concurrence la production de documents dans leur version non confidentielle afin qu'ils soient utilisés dans une procédure d'indemnisation. Cette possibilité a également été admise pour des pièces d'une procédure d'engagements susceptibles de permettre au demandeur en indemnisation d'exercer ses droits. Allant encore plus loin, le même tribunal a considéré que la communication des pièces ne constitue pas une divulgation au sens de l'article L. 463-6 dès lors qu'elle intervient entre les mêmes parties que devant l'Autorité et que ces pièces sont connues de la partie qui invoque la divulgation, a fortiori lorsqu'elle en est l'auteur. La Cour d'appel de Paris estime également que ne caractérise pas une violation du secret de l'instruction la production, par le défen-

deur à l'action en réparation, d'éléments de preuve qu'il a obtenus au cours d'une procédure devant l'Autorité de la concurrence dans le cadre d'un litige avec un autre opérateur. La règle a été étendue au demandeur à l'action qui produit des pièces issues du dossier de l'Autorité de la concurrence qu'il détient de manière licite, lorsqu'elles sont nécessaires au succès de sa prétention.

L'ordonnance du 9 mars 2017 a modifié la rédaction de l'article L. 463-6 : il exempte désormais de toute poursuite au titre de la divulgation illicite la production d'un document dans le cadre d'une action en réparation dans les conditions prévues aux articles L. 483-1 et suivants, c'est-à-dire dans le respect de la protection due aux secrets d'affaires et aux pièces des procédures de clémence ou de transaction. En outre, en vertu de l'article L. 483-8, un juge peut désormais ordonner la communication ou la production des documents issus du dossier concurrence lorsque la procédure est close par une décision de l'Autorité de la concurrence.

Le droit français ne garantit pas d'immunité dans l'action civile à l'entreprise qui participe à un programme de clémence. Si l'exonération totale ou partielle ne la protège pas des actions civiles, l'Autorité de la concurrence veille cependant à ce que l'attractivité des programmes de clémence ne soit pas affaiblie par le développement des actions privées. L'article L. 462-3 du Code de commerce permettait ainsi à l'Autorité de transmettre à toute juridiction judiciaire saisie d'une action en réparation les éléments qu'elle détenait, en lui réservant toutefois la faculté de ne pas y donner une suite favorable. Aussi, un juge consulaire saisi d'une action en dommages-intérêts a-t-il pu enjoindre à l'Autorité de la concurrence de communiquer les pièces en sa possession, obtenues dans le cadre d'une procédure de clémence.

Afin de préserver l'efficacité du *public enforcement* par rapport au *private enforcement*, le législateur a modifié l'article L. 462-3 pour exclure expressément du champ d'application de la transmission les documents recueillis dans le cadre d'une procédure de clémence ou ceux déjà à la disposition des parties à l'instance. Cette dernière précision permettait à l'entreprise se prétendant victime de pratiques anticoncurrentielles de communiquer elle-même au juge judiciaire les pièces du dossier concurrence en sa possession, sans encourir les sanctions de l'article L. 463-6 du Code de commerce, à condition d'établir leur nécessité pour la défense de ses droits. **Le nouvel article L. 483-5 interdit désormais au juge d'ordonner la communication ou la production de pièces issues de la procédure de clémence ou de transaction et lui impose, lorsque de telles pièces sont utilisées par une partie, de les écarter des débats.** Néanmoins, le juge peut demander la communication à une partie ou à une autorité de concurrence des documents dont il est allégué qu'ils sont couverts par cette interdiction afin de s'assurer personnellement et hors la présence des parties qu'il s'agit effectivement d'une pièce issue de la procédure de clémence ou de transaction (art. L. 462-3 modifié).

Lorsqu'une partie prétend qu'une pièce demandée est couverte par le secret des affaires, le juge ouvre les débats hors la présence du public ou peut, de manière non contradictoire, limiter la communication ou la production de la pièce à certains de ses éléments, restreindre l'accès à cette pièce et adapter la motivation de sa décision aux nécessités de la protection du secret des affaires, sans préjudice de l'exercice des droits de la défense (art. L. 483-2). La procédure d'instruction des demandes de communica-

tion de pièces couvertes par le secret professionnel est régie par les articles R. 483-2 à R. 483-10 du Code de commerce, introduits par le décret du 9 mars 2017. Selon ces textes, le juge entend le détenteur de la pièce, qui doit en avoir fourni une version confidentielle intégrale, une version non confidentielle et un résumé ainsi qu'un mémoire précisant, pour chaque information ou partie du document en cause, les motifs qui lui confèrent le caractère d'un secret des affaires. Le juge ordonne la communication ou la production intégrale de la pièce lorsqu'il considère qu'elle n'est pas de nature à porter atteinte à un secret des affaires et la refuse si tel n'est pas le cas. Lorsqu'il considère que la communication de la pièce est de nature à porter atteinte à un secret des affaires mais qu'elle est nécessaire à la solution du litige ou à l'exercice des droits de la défense, le juge l'ordonne selon les modalités qu'il fixe.

La décision qui rejette la demande de communication n'est susceptible de recours qu'avec la décision au fond. Celle qui ordonne la communication peut faire l'objet d'un recours en annulation ou réformation devant le premier président de la Cour d'appel de Paris (art. R. 483-7). Pour garantir l'efficacité du maigre droit de communication accordé aux demandeurs à l'action en réparation, le nouvel article R. 483-14 issu du décret du 9 mars 2017 prévoit une amende pouvant atteindre 10 000 euro à l'encontre de toute personne qui refuse de se conformer à une injonction de communication de pièces, détruit des pièces pertinentes, ou ne respecte pas des obligations imposées par une injonction protégeant des informations confidentielles.

B. Qualité de débiteur

A RETENIR

En vertu de l'article L. 481-9, toutes les entreprises qui ont concouru à une infraction au droit de la concurrence sont solidairement responsables du préjudice causé au demandeur.

Dans leurs rapports internes, ces entreprises contribuent à la dette à proportion de la gravité de leurs fautes respectives et de leur rôle causal dans la réalisation du dommage. La règle de la responsabilité solidaire ne s'applique pas aux PME au sens de l'article 51 de la loi LME si trois conditions sont réunies : i) leur part de marché sur le marché pertinent est inférieure à 5 % pendant toute la durée de la commission de la pratique anticoncurrentielle ; ii) l'application de l'article L. 481-9 risquerait de compromettre irrémédiablement leur viabilité économique et ferait perdre toute valeur leurs actifs ; iii) elles ne sont pas les instigatrices de la pratique anticoncurrentielle, n'ont pas contraint d'autres personnes à y participer ou n'ont pas précédemment commis une telle pratique constatée par une décision d'une autorité de concurrence ou une juridiction de recours (art. L. 481-10).

De même, les bénéficiaires d'une immunité ne seront responsables qu'à l'égard de leurs contractants directs ou indirects et, à l'égard d'autres parties lésées, uniquement lorsqu'une réparation intégrale ne pourra être obtenue auprès des autres entreprises impliquées dans l'infraction (art. L. 481-11). Par ailleurs, le montant de leur contribution ne pourra excéder le montant du préjudice que l'infraction a causé à leurs contractants directs ou indirects (art. L. 481-12).

Lorsque le demandeur a transigé avec l'un des codébiteurs solidaires, l'article L. 481-13 prévoit qu'il ne pourra réclamer aux autres codébiteurs que le montant de son préjudice diminué de la part du préjudice imputable au codébitéur partie à la transaction. Ces derniers ne pourront pas non plus réclamer au codébitéur qui a transigé une contribution à la somme qu'ils ont payée à cette victime.

Enfin, selon le juge administratif, des sociétés membres d'un cartel ne peuvent échapper à leur responsabilité au motif qu'elles n'auraient aucun lien de droit avec le demandeur à l'action. En effet, elles peuvent être tenues responsables de l'effet d'ombrelle causé par leurs pratiques, c'est-à-dire de l'effet inflationniste de celles-ci sur les prix des entreprises extérieures au cartel, avec lesquelles le demandeur a commercé.

C. Sursis à statuer

A RETENIR

Le Tribunal de commerce de Paris a estimé que le juge, saisi d'une action en dommages-intérêts au titre de pratiques anticoncurrentielles, devait surseoir à statuer tant que la décision de l'Autorité de la concurrence n'était pas devenue définitive.

Une telle obligation ne se conçoit qu'en cas d'exercice d'une *follow-on* action, qui permet aux demandeurs de bénéficier d'une présomption de faute en cas de condamnation et ne saurait être étendue à la *stand-alone* action, qui présente l'inconvénient de leur imposer la charge de la preuve de la faute. La demande de sursis à statuer à l'action en dommages-intérêts exercée par la victime de pratiques anticoncurrentielles n'est pas davantage justifiée lorsque l'Autorité de la concurrence, la Cour d'appel de Paris et la Cour de cassation ont consacré l'infraction dans l'affaire en cause et que le recours pendant devant la Cour de cassation ne peut, en l'absence de contrôle exercé sur les faits, avoir d'influence sur la solution du litige. En revanche, le juge est tenu de surseoir à statuer lorsque l'action en dommages-intérêts concerne des pratiques jugées anticoncurrentielles par une décision de la Commission, qui fait l'objet d'un recours en annulation devant le Tribunal de l'Union.

D. Prescription

A RETENIR

Comme l'article 2224 du Code civil, le nouvel article L. 482-1 du Code de commerce fixe la prescription de l'action à cinq ans.

Selon ce texte, le délai commence à courir du jour où le demandeur a connu ou aurait dû connaître de façon cumulative : (i) les actes ou faits imputés à une personne physique ou morale formant une entreprise ou un organisme au sens de l'article L. 464-2 et le fait qu'ils constituent une pratique anticoncurrentielle ; (ii) le fait que cette pratique lui cause un dommage ; et (iii) l'identité de l'un des auteurs de cette pratique. Selon le juge, la prescription ne commence à courir qu'à la date de la décision de l'autorité de concurrence, qui porte à la connaissance de la victime les faits commis par l'auteur du comportement anticoncurrentiel et non de celle de l'engagement de la procédure, qui, si

elle révèle l'existence d'une infraction, ne permet pas de connaître l'identité des contrevenants, ni les modalités de fonctionnement de l'entente et sa dimension géographique et temporelle. Le délai de cinq ans s'applique aussi à l'action récursoire d'une entreprise contre un autre co-auteur de l'entente : dans cette hypothèse, il court à partir du jour où elle a été poursuivie par l'une des victimes de la pratique.

La prescription ne court pas tant que la pratique anticoncurrentielle n'a pas cessé. Elle ne court pas davantage à l'égard des victimes du bénéficiaire d'une exonération totale de sanction pécuniaire en application d'une procédure de clémence tant qu'elles n'ont pas été en mesure d'agir à l'encontre des auteurs de la pratique anticoncurrentielle autres que ce bénéficiaire.

La prescription est notamment interrompue par la demande en justice, même en référé (C. civ., art. 2241). Toutefois, jusqu'à la loi Hamon, il était de jurisprudence constante que dans le cadre de la procédure de concurrence, la saisine de l'Autorité de la concurrence ne s'identifiait pas à une citation en justice susceptible d'interrompre la prescription de l'action en indemnisation présentée devant le juge civil, les deux actions étant nécessairement distinctes. La loi Hamon du 17 mars 2014 a entendu modifier radicalement cette règle classique. L'article L. 462-7 modifié prévoyait ainsi que «l'ouverture d'une procédure devant l'Autorité de la concurrence, une autorité nationale de concurrence d'un autre État membre de l'Union européenne ou la Commission européenne interrompt la prescription de l'action civile», étant précisé que «l'interruption résultant de l'ouverture de cette procédure produit ses effets jusqu'à la date à laquelle la décision de ces autorités ou, en cas de recours, de la juridiction compétente est définitive». L'ordonnance du 9 mars 2017 modifie de nouveau ce texte pour préciser que l'interruption de la prescription s'applique tant à l'action civile qu'à l'action indemnitaire engagée devant une juridiction administrative sur le fondement de l'article L. 481-1 et qu'elle peut avoir pour origine «tout acte tendant à la recherche, à la constatation ou à la sanction de pratiques anticoncurrentielles par l'Autorité de la concurrence, une autorité nationale de concurrence d'un autre Etat membre de l'Union européenne ou la Commission européenne». L'interruption produira désormais ses effets jusqu'à la date à laquelle la décision de l'autorité de concurrence compétente ou de la juridiction de recours ne peut plus faire l'objet d'une voie de recours ordinaire, ce qui paraît exclure le pourvoi en cassation.

La saisine du tribunal, en cas de désistement d'instance non motivé par l'incompétence du tribunal saisi, ou la saisine visant à la réparation d'un préjudice moral, ne peut avoir pour effet d'interrompre la prescription de l'action en réparation d'un préjudice matériel.

E. Action de groupe

Après trente ans de débats et de tentatives infructueuses, la loi Hamon a finalement introduit l'action de groupe en droit français, même si son champ d'application et ses possibilités de mise en œuvre apparaissent en définitive limités au regard des projets qui avaient été élaborés.

A RETENIR

L'action de groupe peut désormais être utilisée comme moyen de *private enforcement* du droit de la concurrence en vue de réparer le préjudice causé aux consommateurs par des pratiques anticoncurrentielles (art. L. 623-1 C. consom.).

La conduite des actions de groupe est confiée par la loi aux **associations de défense des consommateurs représentatives au niveau national et agréées** en application de l'article L. 811-1 du Code de la consommation. Les actions de groupe ne pourront donc pas être introduites par un particulier ou un avocat. En particulier, les PME, qui sont souvent les premières victimes des pratiques anticoncurrentielles en qualité d'acteur intermédiaire, ne pourront pas saisir les juridictions. L'action de groupe est portée devant un tribunal de grande instance. Le projet de loi initial prévoyait que certains TGI soient spécialement désignés, mais cette restriction a finalement été supprimée dans le texte définitif.

Si le juge estime l'action fondée et que la responsabilité du professionnel est engagée, il détermine les préjudices susceptibles d'être réparés pour chaque consommateur ou chacune des catégories de consommateurs constituant le groupe qu'il a défini, et ordonne par un premier jugement les mesures adaptées pour informer de sa décision les consommateurs potentiellement lésés par le comportement dénoncé. Ceux-ci doivent alors manifester leur intention de rejoindre le groupe (opt-in) dans un délai fixé par le juge, compris entre deux et six mois.

Ces consommateurs sont indemnisés par l'entreprise dont la responsabilité est engagée, et le juge statue par jugement séparé en cas de difficulté.

L'article L. 623-24 du Code de la consommation précise que «lorsque les manquements reprochés au professionnel portent sur le respect des règles définies au titre II du Livre IV du Code de commerce ou des articles 101 et 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, la responsabilité du professionnel ne peut être prononcée dans le cadre de l'action mentionnée à l'article L. 623-1 que sur le fondement d'une décision prononcée à l'encontre du professionnel par les autorités ou juridictions nationales ou de l'Union européenne compétentes, qui constate les manquements et qui n'est plus susceptible de recours pour la partie relative à l'établissement des manquements». La condition d'épuisement des voies de recours a été critiquée, compte tenu de la durée des procédures devant les juridictions de contrôle, que ce soit au niveau national ou européen.

Le législateur consacre donc l'option du «*follow-on*» : s'ils sont constatés dans une décision de l'autorité nationale de concurrence ou de la Commission relative à une infraction au droit de la concurrence, les manquements du professionnel sont réputés établis de manière irréfragable pour la reconnaissance de sa responsabilité dans le cadre de l'action de groupe. Toutefois, celle-ci n'exclut pas la possibilité de saisir dans un premier temps le juge, plutôt que l'Autorité de la concurrence, pour obtenir une décision constatant une infraction aux règles de concurrence, sur laquelle pourra s'appuyer ultérieurement l'action de groupe (*stand-alone* action).

L'article L. 623-25 du Code de la consommation prévoit que l'action de groupe est soumise à un délai de prescription de cinq ans à compter de la date à laquelle la déci-

sion constatant le manquement du professionnel au droit de la concurrence est devenue définitive, conférant ainsi un caractère interruptif à la procédure devant une autorité nationale de concurrence ou la Commission.

Telle qu'elle est actuellement conçue, l'action de groupe est susceptible de soulever des difficultés importantes. En premier lieu, des concours d'actions sont possibles : rien n'interdit à un consommateur d'intenter, parallèlement à l'action de groupe, une action à titre personnel devant un juge civil ou pénal, sauf si les mêmes faits ont déjà fait l'objet d'un «jugement en responsabilité» dans le cadre d'une action de groupe (art. L. 623-30 C. consom.). En outre, le décret 2014-1081 du 24 septembre 2014 n'organise pas véritablement le concours d'actions entre différentes associations agréées. En second lieu, la quantification du préjudice subi par chaque consommateur risque de donner lieu à des débats complexes et techniques. Il faudra certainement plusieurs années avant que la jurisprudence ne détermine les principes et méthodes applicables, à l'image de la lente construction du droit de l'indemnisation des pratiques anticoncurrentielles sur le fondement du droit commun.

Il est vraisemblable que dans un premier temps, avant que les différents acteurs - associations agréées, magistrats et entreprises - ne se soient approprié cette nouvelle procédure et que son régime n'ait été éventuellement assoupli, les entreprises courront avant tout le risque de subir un préjudice d'image en cas d'action de groupe dirigée contre elles.

L'action de groupe a en effet vocation à évoluer sous l'impulsion de la pratique et du droit européen, qui devraient permettre de corriger les imperfections du système actuel. La Commission a publié une Communication «vers un cadre horizontal européen pour les recours collectifs» le 11 juin 2013, préconisant l'adoption de principes communs pour les actions de groupe par les droits nationaux des États membres.

CHAPITRE V Sanctions pénales

A RETENIR

Le Code de commerce punit d'un emprisonnement de quatre ans et d'une amende de 75 000 euro le fait, pour toute personne physique, de prendre frauduleusement une part personnelle et déterminante dans la conception, l'organisation ou la mise en œuvre de pratiques visées aux articles L. 420-1, L. 420-2 et L. 420-2-2 (art. L. 420-6).

La seule tentative d'entente ne suffit pas à caractériser le délit d'action concertée tendant à limiter l'exercice de la libre concurrence. L'infraction prévue à l'article L. 420-6 du Code de commerce est constituée alors même que les actions concertées n'ont pas été déterminantes dans l'attribution d'un marché. Il suffit, en effet, qu'une entente illicite soit constatée. Il n'est pas requis que l'ensemble du marché soit affecté.

La participation doit être personnelle. Cette condition, qui exclut toute responsabilité du fait d'autrui, interdit de poursuivre une personne absente aux réunions litigieuses et non responsable de la société en cause. De même, à défaut de délégation de pouvoirs, un salarié ne peut pas au nom de son entreprise prendre une part déterminante à une entente au sens de l'article L. 420-6 du Code de commerce. La part déterminante prise

à l'infraction est caractérisée lorsqu'une personne signe et dépose sciemment une offre sur un marché faussé par des offres de couverture qu'elle a elle-même sollicitées, ou signe et dépose une offre de couverture, ou donne des instructions en ce sens. Il doit y avoir passage à l'acte : l'intention délictueuse ne suffit pas.

La participation frauduleuse à une action concertée constitue un délit qui se prescrit à compter du moment où le prévenu a cessé d'y prendre part.

PARTIE II

Concentrations

A RETENIR

L'institution, au sein du droit de la concurrence, d'un contrôle direct des opérations de concentration, ne représente en réalité que le dernier stade d'une évolution. Avant d'être soumise à des règles propres, la concentration est en effet généralement contrôlée par l'intermédiaire des règles traditionnelles du droit de la concurrence relatives aux ententes et abus de position dominante. Celles-ci sont susceptibles de saisir la concentration, soit dans son processus - l'opération de concentration -, soit dans son résultat - le degré de concentration du marché.

La réticence à instituer un contrôle des opérations de concentration s'explique essentiellement par le préjugé économique favorable dont bénéficie la concentration. Les économistes considèrent en effet traditionnellement que la grande entreprise est souvent dans une meilleure situation que la petite à la fois pour tirer parti du progrès technique et diminuer ses coûts. Ils admettent toutefois généralement qu'un taux élevé de concentration favorise des comportements parallèles conscients dans le domaine des prix et objectifs de production et que, par conséquent, la concentration, lorsqu'elle est importante, est un facteur potentiel de non-concurrence. Tout ceci explique qu'il ait fallu attendre 1989 dans l'Union européenne, pour qu'un contrôle spécifique des opérations de concentration soit institué.

PLAN

Nous distinguerons :

- le droit européen des concentrations (Titre I) ;
- le droit français des concentrations (Titre II).

TITRE I

Droit européen

Mis en chantier à la fin des années 1970, le premier règlement européen sur le contrôle des concentrations n'a été adopté que le 21 décembre 1989 et est entré en vigueur le 21 septembre 1990. À la différence du Traité CECA, le Traité CE ne prévoyait pas de contrôle de la concentration. L'explication de cette lacune est généralement trouvée dans le fait que l'économie du Marché commun était dans les années 1950-1960 faiblement concentrée dans les secteurs autres que ceux du charbon et de l'acier, surtout par comparaison avec celle de ses plus grands concurrents, en particulier les États-Unis. En attendant de disposer de moyens d'action spécifiques, les autorités européennes se sont tournées vers les moyens de contrôle existants. Dans le célèbre arrêt *Continental Can*, elles ont considéré qu'une opération de concentration, même non agressive, peut être constitutive d'un abus de position dominante dès lors qu'elle a pour effet de ren-

forcer de façon substantielle la position de l'entreprise initiatrice. Puis, l'arrêt BAT et Reynolds a admis que l'article 101 du Traité puisse également, sous certaines conditions, être utilisé pour contrôler une prise de participation minoritaire dans le capital d'une société concurrente.

Ces moyens de contrôle indirects de la concentration étaient en réalité beaucoup plus destinés à inciter les États membres à accepter l'institution d'un contrôle spécifique qu'à réaliser un contrôle alternatif. L'adoption du règlement européen s'est en effet heurtée à la volonté des États membres de conserver intactes leurs prérogatives dans un domaine jugé essentiel du point de vue de la politique économique, sinon concurrentielle. Au cours de l'élaboration du règlement sur le contrôle des concentrations, les rivalités de pouvoir l'ont emporté sur les préoccupations techniques au point que la solution qui aurait peut-être semblé la plus efficace a souvent été sacrifiée à celle qui apparaissait comme la plus acceptable. Évidente s'agissant de la détermination du domaine de contrôle, la volonté de compromis se manifeste également dans la définition des conditions d'exercice de celui-ci.

La réforme du contrôle des concentrations est intervenue en 2004 avec le règlement 139-2004, entré en vigueur le 1er mai 2004 en même temps que le règlement 1-2003.

La réforme avait pour principal objectif de doter l'Europe de dispositions législatives adaptées à l'élargissement futur de l'Union en évitant la superposition des contrôles. Selon l'exposé des motifs, le nouveau règlement devait permettre «un contrôle effectif de toutes les concentrations en fonction de leur effet sur la structure de concurrence dans la Communauté et qui soit le seul applicable à de telles concentrations».

Le principe du «guichet unique», mis en place dès 1989, évitait déjà aux entreprises parties à une concentration de dimension européenne d'avoir à notifier leur opération dans les différents États membres qui pouvaient être concernés : pour de telles opérations, la compétence de l'Union était en effet exclusive. En 1997, de nouveaux seuils ont été ajoutés aux seuils originaires afin de saisir des concentrations, moins importantes en valeur absolue, mais ayant un impact significatif dans trois États membres au moins. Les rédacteurs du règlement de 2004 sont encore allés plus loin. Désormais, les entreprises parties à une opération sans dimension européenne (pour laquelle la Commission n'est, par conséquent, pas compétente), mais qui est susceptible d'être notifiée aux autorités nationales d'au moins trois États membres, peuvent également demander à bénéficier du guichet unique de la Commission. Pour que le renvoi joue, l'accord des États membres concernés est toutefois nécessaire.

Parallèlement à l'élargissement du champ d'application du contrôle, le règlement 139-2004 modifie l'appréciation substantielle des opérations de concentration : la création ou le renforcement d'une position dominante ne constitue plus qu'un cas parmi d'autres de l'atteinte à la concurrence ; les gains d'efficacité, ignorés dans la version précédente, constituent un facteur compensateur.

Après les consultations publiques de 2009 et 2013 qui lui ont permis de conclure à l'absence de nécessité de refondre le règlement 139-2004, la Commission a adopté le 9 juillet 2014 un Livre blanc «intitulé «Vers un contrôle plus efficace des concentrations dans l'UE» qui porte sur les améliorations possibles des règles de l'Union relatives aux

concentrations et va dans le sens d'un allègement de la procédure et l'introduction de plus de souplesse. Elle y propose notamment de changer les modalités du contrôle des prises de participations minoritaires qui ne confèrent pas le contrôle mais exercent une influence sur la concurrence, de faciliter le renvoi des affaires entre les États membres et la Commission, de simplifier les procédures, notamment en excluant certaines opérations ne posant pas de problème du champ d'application du contrôle des concentrations, et, enfin, de favoriser la coopération entre États membres afin d'éviter les décisions divergentes en cas de procédures parallèles. Ces propositions n'ont toutefois pas été suivies d'effets, aucune modification du règlement Concentrations n'étant intervenue depuis lors. Le 7 octobre 2016, la Commission a de nouveau lancé une consultation publique portant sur l'efficacité des seuils de contrôlabilité uniquement fondés sur le chiffre d'affaires, l'adoption d'un traitement encore plus simplifié des concentrations ne posant pas de problèmes de concurrence et le fonctionnement du mécanisme de renvoi des affaires.

PLAN

Nous distinguerons :

- le domaine du contrôle (Chapitre 1) ;
- l'exercice du contrôle (Chapitre 2) ;
- la procédure de contrôle (Chapitre 3).

CHAPITRE I **Domaine du contrôle**

SECTION 1

Localisation des effets anticoncurrentiels

SECTION 2

Champ d'application *ratione personae*

SECTION 3

Champ d'application *ratione materiae*

I. Notion de concentration

- A. Fusion d'entreprises indépendantes
- B. Prise de participation au capital
- C. Entreprise commune de plein exercice

II. Restrictions accessoires

- A. Conditions
- B. Typologie

III. Dimension européenne

- A. Seuils de contrôle
- B. Entreprises concernées
- C. Computation du chiffre d'affaires

SECTION 4

Articulation avec les droits nationaux

I. Modulation de la compétence européenne

- A. Renvoi préalable à la notification à la demande des parties
- B. Renvoi postérieur à la notification à la demande des États

II. Exceptions à la compétence européenne

SECTION 5

Contrôle indirect

CHAPITRE I Domaine du contrôle

PLAN

Le domaine du contrôle se définit :

- *ratione loci* ;
- *ratione personae* ;
- *ratione materiae* ;
- par rapport aux droits nationaux ;
- en tenant compte des autres règles européennes éventuellement applicables.

SECTION 1

Localisation des effets anticoncurrentiels

A RETENIR

Seules les concentrations de dimension européenne, c'est-à-dire dont les parties réalisent notamment un chiffre d'affaires d'une certaine importance dans l'Union, relèvent de la compétence de la Commission. Comme en matière d'ententes ou d'abus de position dominante, la localisation de l'effet anticoncurrentiel constitue un critère d'application du contrôle.

Une opération réalisée par des entreprises dont le siège social et l'activité de production sont localisés à l'extérieur de l'Union est soumise au règlement sur le contrôle des concentrations lorsqu'elle entrave significativement la concurrence dans le marché intérieur. Tel est le cas de la fusion entre deux sociétés américaines, mais qui exercent leur activité dans le monde entier, et qui affecte de ce fait le territoire de l'Union et de l'EEE. À l'inverse, lorsque l'entreprise commune, objet de la concentration, n'exerce des activités qu'au Japon, l'opération ne relève pas du contrôle européen. Le juge européen adopte, dans le domaine du contrôle des concentrations, le critère de l'effet qualifié qu'il a pourtant expressément rejeté en matière d'ententes où, il est vrai, le comportement des entreprises joue un rôle plus important dans l'incrimination. Pour qu'une opération relève de la compétence des autorités européennes, il faut et il suffit qu'elle produise un effet immédiat, substantiel et prévisible, sur le territoire de l'Union.

SECTION 2

Champ d'application *ratione personae*

A RETENIR

La concentration se réalise, aux termes de l'article 3, par l'acquisition du contrôle soit par une ou plusieurs entreprises, soit par une ou plusieurs personnes contrôlant une entreprise. La notion de personne recouvre, selon la Communication sur la compétence, les organismes tant de droit public que de droit privé et les personnes physiques.

Une personne physique peut ainsi participer à une prise de contrôle conjoint par l'intermédiaire du contrôle d'une holding servant de véhicule à l'opération, dès lors qu'elle exerce une autre activité économique que celle consistant dans le contrôle conjoint de la société cible. De même, l'État ou un organisme de droit public peut participer à une prise de contrôle conjoint d'une entreprise qu'il détenait auparavant à titre exclusif.

SECTION 3

Champ d'application *ratione materiae*

PLAN

Nous examinerons successivement :

- la notion de concentration ;
- les restrictions accessoires soumises au contrôle des concentrations ;
- la dimension européenne de l'opération.

I. Notion de concentration

A RETENIR

Selon l'article 3, paragraphe 1, du règlement 139-2004 du 20 janvier 2004, une concentration est réputée réalisée lorsqu'un changement durable du contrôle résulte :

- a) de la fusion de deux ou de plusieurs entreprises ou parties de telles entreprises, ou
- b) de l'acquisition, par une ou plusieurs personnes détenant déjà le contrôle d'une entreprise au moins, ou, par une ou plusieurs entreprises, du contrôle direct ou indirect de l'ensemble ou de partie d'une ou de plusieurs autres entreprises, que ce soit par prise de participations au capital ou achat d'éléments d'actifs, contrat ou tout autre moyen.

Le droit européen allie, pour caractériser la concentration, une définition de moyen et une définition de résultat. Le règlement isole d'abord, en se référant au moyen juridique employé, les opérations qui affectent la structure des entreprises, à savoir les fusions, quelle que soit leur forme. Il s'attache ensuite au résultat de l'opération, l'acquisition du contrôle d'une ou plusieurs entreprises. Dans ce cas, la forme juridique de l'acquisition est indifférente : elle peut être directe ou indirecte, concerner l'ensemble ou seulement une partie de l'autre entreprise et s'effectuer par prise de participation, achat d'actifs,

contrat ou «tout autre moyen». Le contrôle est défini très largement à l'article 3, paragraphe 2, comme «la possibilité d'exercer une influence déterminante sur l'activité d'une entreprise ». Selon le Tribunal, l'acquisition du contrôle au sens formel est seule pertinente, et non son exercice effectif : lorsque l'acquisition du contrôle exclusif de fait de l'entreprise cible a lieu au moyen d'une première transaction, les transactions ultérieures par lesquelles l'acquéreur obtient des actions supplémentaires de cette entreprise ne sont pas déterminantes pour acquérir le contrôle. En revanche, la restructuration interne d'un groupe d'entreprises ne peut caractériser une concentration car elle n'entraîne pas une modification de la qualité du contrôle d'une entreprise.

L'article 3, paragraphe 1, point b) du règlement définit la concentration comme l'acquisition du contrôle d'une ou plusieurs entreprises, par une ou plusieurs personnes détenant déjà le contrôle d'une entreprise ou par une ou plusieurs entreprises. En principe, le contrôle est donc acquis par les personnes ou entreprises titulaires ou bénéficiaires de droits qui confèrent un contrôle. Toutefois, l'acquisition du contrôle peut être indirecte : le pouvoir réel d'exercer les droits que confère une participation contrôlante peut être détenu par une entreprise qui n'en est pas le détenteur officiel. Selon le juge européen, le contrôle acquis par des entreprises sur une autre peut être attribué à leur actionnaire exclusif, leurs actionnaires majoritaires, ou aux actionnaires les contrôlant en commun bien qu'ils ne puissent pas siéger au conseil d'administration de l'entreprise cible, dès lors que ces entreprises se conforment en toute hypothèse à leurs décisions. D'autres critères, tels que l'actionnariat, les relations contractuelles, les sources de financement ou les liens familiaux, peuvent être pris en considération pour établir l'existence d'un contrôle indirect.

La Communication sur la compétence recense plusieurs moyens de contrôle. L'influence déterminante d'une entreprise sur une autre peut ainsi être réalisée par prise de participation, acquisition d'actifs ou par contrat. Pour réaliser une prise de contrôle, le contrat doit conduire à un contrôle de la gestion et des ressources équivalant à celui obtenu par l'acquisition d'actions ou d'éléments d'actifs et se caractériser par une durée extrêmement longue (sans possibilité de dénonciation anticipée par la partie octroyant les droits contractuels). Tel n'est pas le cas du contrat de franchise qui ne donne pas au franchiseur le contrôle des actifs du franchisé, la seule relation de dépendance inhérente à un contrat de franchise ne suffisant pas à établir le contrôle. En revanche, l'opération par laquelle une entreprise reprend tous les actifs, baux, équipements et stocks, personnel, utilisation de la marque, qui constituent l'activité d'une autre entreprise dans un État membre, constitue une concentration même si l'acquéreur exploite les magasins en qualité de franchisé, dans la mesure où cette qualité ne l'empêche pas de conserver le contrôle des activités et de leur évolution, notamment lors de la sélection des produits, de la fixation des prix de vente et du changement de concept.

Le contrôle qui découle de la possibilité d'exercer une influence déterminante sur l'activité d'une entreprise peut s'exercer sur l'ensemble ou seulement une partie de l'autre entreprise. Tout changement permanent du contrôle d'actifs, auxquels peut être rattaché un chiffre d'affaires, constitue une concentration. De même, l'externalisation qui s'accompagne du transfert à une entreprise du contrôle exclusif de certains actifs de production, ainsi que du personnel associé, ou du transfert de clientèle éligible en contrepartie d'une rémunération obtenue par le biais d'une participation aux bénéfices relève du contrôle

des concentrations.

Pour relever du contrôle des concentrations, l'opération doit entraîner un **changement durable du contrôle** de l'entreprise et de la structure du marché. Une modification temporaire du contrôle est insuffisante. La conclusion d'accords pour une durée déterminée n'empêche pas cependant une modification durable du contrôle dès lors que la durée de l'accord est suffisamment longue. La question du caractère durable de la modification de contrôle se pose dans le cas de concentrations qui se réalisent en plusieurs étapes. Lorsque des entreprises se regroupent dans le but d'acquérir une autre entreprise et concluent un accord entre elles en vue de se répartir les actifs ainsi acquis, seule la seconde opération constitue une concentration dès lors que la répartition des actifs doit être effective dans les six mois de leur acquisition. En revanche, lorsqu'une première phase, purement transitoire et d'une durée relativement courte, au cours de laquelle trois opérateurs acquièrent la totalité du capital-actions d'une entreprise, est suivie d'une seconde phase où l'un de ces opérateurs cède ses actions aux deux autres au terme d'un délai préétabli, il y a concentration unique avec prise de contrôle en commun par les deux actionnaires restants.

Selon le considérant 20 du règlement, il convient de traiter comme une **concentration unique** «des opérations qui sont étroitement liées en ce qu'elles font l'objet d'un lien conditionnel ou prennent la forme d'une série de transactions sur titres effectuées dans un délai raisonnablement bref». En outre, selon la communication consolidée sur la compétence, «le principe selon lequel des opérations multiples peuvent être assimilées à une opération de concentration unique dans les conditions décrites ci-dessus ne s'applique que s'il en résulte une prise de contrôle d'une ou de plusieurs entreprises par la ou les mêmes personnes ou entreprises. Premièrement, il peut en être ainsi lorsqu'une activité ou une entreprise individuelle est acquise par le biais de plusieurs opérations juridiques. Deuxièmement, la prise de contrôle de plusieurs entreprises - qui, en tant que telle, pourrait être assimilée à des concentrations distinctes - peut être considérée, par les liens qu'elle fait apparaître, comme constituant une concentration unique».

Si une conditionnalité de fait ou de droit peut permettre d'assimiler des opérations multiples à une concentration unique, elle n'est pas toujours suffisante. Selon le juge de l'Union (TUE, 26 oct. 2017, Marine Harvest, aff. T-704-14, LawLex171732), dans l'hypothèse de la prise de contrôle d'une entreprise unique par le biais de plusieurs opérations juridiques, la question pertinente pour savoir si ces opérations constituent une concentration unique, n'est pas celle du moment auquel l'acquisition de la totalité des actions d'une entreprise cible a eu lieu, mais celle du moment auquel l'acquisition du contrôle a eu lieu : lorsque l'acquisition du contrôle exclusif de fait de l'entreprise cible a lieu au moyen d'une seule première transaction, les transactions ultérieures par lesquelles l'acquéreur obtient des parts supplémentaires de cette entreprise ne sont plus pertinentes pour acquérir le contrôle, de sorte qu'on ne peut considérer qu'il existe un ensemble de transactions qui réalisent une concentration unique.

Des cessions d'actions ayant lieu simultanément entre le même vendeur et le même acquéreur, et ayant pour objet la prise de contrôle exclusif de quatre sociétés juridiquement distinctes, mais exerçant la même activité économique ou la prise de contrôle en série par laquelle une entreprise acquiert le contrôle d'un autre opérateur à la condition

que celui-ci prenne simultanément le contrôle d'autres entreprises ont ainsi été considéré comme une seule et même concentration. Une opération de concentration peut également se réaliser, au sens de l'article 3, paragraphe 1, en présence d'une pluralité de transactions juridiques formellement distinctes, dès lors qu'elles ne seraient pas réalisées les unes sans les autres. Tel est le cas lorsque plusieurs contrats ayant pour effet de transformer en une entreprise de plein exercice contrôlée conjointement par les parties, une organisation commerciale commune constituée de onze entreprises juridiquement autonomes, sont conclus. Même si deux concentrations ne sont pas concomitantes, elles peuvent constituer une seule et même opération, lorsqu'elles sont consignées dans le même acte le même jour, les parties ayant en outre désiré que l'une n'intervienne pas sans l'autre ou lorsqu'un lien conditionnel relie les deux prises de contrôle parallèles effectuées le même jour par le même acquéreur de deux entreprises appartenant à des vendeurs distincts, dès lors que l'acquéreur n'aurait pas procédé à ces acquisitions à ce prix sans la perspective du profit attendu de la combinaison de leurs deux activités. Aux termes de l'article 5, paragraphe 2 du règlement, différentes opérations de concentration individuelles intervenues au cours de deux années entre les mêmes parties doivent être considérées comme une opération unique entre les deux groupes de sociétés intervenant à la date de la dernière transaction. En revanche, lorsqu'une concentration concernant les mêmes marchés, mais pas les mêmes parties, a été notifiée un jour après une autre opération, il y a lieu d'appliquer la règle de priorité «premier arrivé, premier servi», de sorte que la première opération sera appréciée indépendamment de la seconde, en prenant comme point de départ la structure de marché existant au jour de sa notification.

PLAN

Une opération de concentration peut résulter :

- soit de la fusion d'entreprises indépendantes ;
- soit d'une prise de participation au capital ;
- soit de la création d'une entreprise commune de plein exercice.

A. Fusion d'entreprises indépendantes

Une concentration est réputée réalisée, lorsque le changement de contrôle résulte de la fusion de deux ou de plusieurs entreprises ou parties de telles entreprises. L'article 3, paragraphe 1, du règlement fait tomber dans son champ d'application toutes les opérations de fusion, qu'il s'agisse de fusion-absorption, de fusion par création d'une société nouvelle ou de fusion de fait. Le texte ne précise plus, comme le règlement de 1989, que la fusion doit avoir lieu entre deux entreprises antérieurement indépendantes et n'exclut donc plus, au moins en théorie, les fusions intragroupe de son champ d'application.

1. Fusion par création d'une société nouvelle

La concentration est réalisée lorsque deux ou plusieurs entreprises fusionnent, créent une nouvelle entreprise et disparaissent en tant que personnes morales distinctes. Tel est le cas d'une fusion complète entre les parties qui leur permet, au sein d'une nouvelle entité, d'acquérir le contrôle exclusif d'un ensemble de coopératives.

2. Fusion-absorption

La fusion peut également résulter de l'absorption d'une entreprise par une autre, dont la personnalité juridique subsiste, alors que l'entreprise absorbée cesse d'exister en tant que personne morale indépendante. Une fusion-absorption qui se traduit par la création d'une entité nouvelle constitue une concentration. Il en va de même de l'opération par laquelle une entreprise en absorbe une autre puis change de dénomination. En revanche, l'opération par laquelle l'entreprise cible fusionne avec une filiale de l'entreprise acquéreuse, et passe ainsi sous le contrôle de celle-ci, ne constitue pas une fusion mais une prise de contrôle au sens de l'article 3, paragraphe 1, b), du règlement 139-2004.

3. Fusion-scission

Le règlement s'applique aux cas de déconcentrations ou de scissions d'entreprises communes même si l'opération de scission a été imposée par la loi. Ainsi, l'opération par laquelle une entreprise commune est scindée en deux entreprises distinctes, revenant chacune aux deux sociétés mères, s'analyse en deux opérations de concentration.

4. Fusion de fait

Même si elle n'en remplit pas les conditions juridiques, une opération peut être qualifiée de fusion dès lors qu'elle conduit au même résultat économique. Ainsi, même en l'absence de recours à une forme juridique, la combinaison des activités d'entreprises jusqu'alors isolées, qui conduit à la création d'une unité économique, peut être qualifiée de concentration. Toute gestion économique unique et permanente d'entités indépendantes peut conduire à la constatation d'une fusion de fait. La conclusion d'accords de groupe en vertu desquels les sociétés qui y adhèrent fonctionnent collectivement comme une entité économique unique ou les opérations fondées sur un même document contractuel, économiquement interdépendantes et d'application simultanée, qui réunissent trois opérateurs indépendants au sein d'un seul ensemble économique caractérisent ainsi, même en l'absence de participations croisées, une concentration.

B. Prise de participation au capital

PLAN

Une prise de participation au capital peut conduire à :

- l'acquisition d'un contrôle exclusif ;
- l'acquisition d'un contrôle en commun ;
- un changement de la qualité du contrôle.

1. Contrôle exclusif de droit ou de fait

A RETENIR

L'opération entraînant le contrôle exclusif d'une entreprise par une autre, moyennant l'acquisition de la totalité du capital, constitue une concentration. La Communication sur la compétence distingue le contrôle exclusif de droit, qui découle de l'acquisition de la majorité des droits de vote, du contrôle exclusif de fait, exercé par l'actionnaire minoritaire principal en raison du niveau de sa participation, de la structure historique

des votes à l'assemblée générale et de la position des autres actionnaires.

Le contrôle exclusif n'exige donc pas nécessairement la détention d'une participation supérieure ou égale à 50 %, mais peut aussi être la conséquence d'une prise de participation minoritaire. Ainsi, en cas de dispersion du capital, le détenteur de plus de 30 % des parts qui est assuré d'avoir la majorité des voix lors des futures assemblées ou du pouvoir de nommer les membres du conseil d'administration de la société cible en détient le contrôle exclusif. De même, le contrôle exclusif appartient à l'entreprise minoritaire qui a le droit de gérer les activités et déterminer la politique commerciale d'une société dont elle décide le budget, le plan d'entreprise et l'encadrement supérieur sans être soumise au contrôle du conseil de surveillance. En revanche, l'acquisition d'une participation de 49,9 %, avec une option d'achat des 51,1 % restants dans un délai donné, ne suffit pas à conférer à l'acquéreur le contrôle exclusif de la société, dès lors que l'exercice de l'option reste incertain.

Lorsque la participation est inférieure à 30 %, l'exclusivité du contrôle peut résulter de facteurs aussi différents que la détention du pouvoir de gestion par la société mère de l'acquéreur, le contrôle de plus de 50 % des voix, la possibilité d'exercer les droits afférents à des bons de souscription, l'existence d'un contrôle en commun provisoire, la faible participation des actionnaires aux assemblées générales et la dispersion de l'actionnariat ou la détention d'un droit de veto. Une opération est considérée comme une prise de contrôle exclusif lorsqu'aux termes d'accords juridiquement contraignants, un contrôle exclusif sera nécessairement substitué au contrôle en commun exercé pendant la période de démarrage, compte tenu du nombre de voix aux assemblées générales des actionnaires, une dispersion de l'actionnariat, ou lorsque la prise de participation s'accompagne de la faculté d'exercer des droits afférents à des bons de souscription d'actions. Une loi interdisant à un opérateur de détenir la majorité absolue des droits de vote n'est pas incompatible avec l'acquisition d'un contrôle exclusif de fait.

Enfin, l'opération par laquelle deux entreprises fondent une entreprise commune ne leur confère pas le contrôle en commun de celle-ci en dépit d'une participation égalitaire de 50 % dès lors que, par le jeu de clauses contractuelles, l'une des deux fondatrices perdra toute influence sur la conduite de l'entreprise commune trois ans après la mise en œuvre de l'accord.

2. Contrôle en commun

A RETENIR

Le contrôle en commun existe lorsque les sociétés mères sont obligées de s'entendre sur les décisions stratégiques de l'entreprise contrôlée. Peu importe que la participation au capital de l'entreprise commune soit également ou inégalement répartie.

Une prise de participation minoritaire peut conférer à un opérateur une influence déterminante au sein d'une entreprise commune, et donc un contrôle en commun, dès lors que l'inégalité de la participation au capital est compensée par des mécanismes tels que des droits de souscription préférentielle en cas d'augmentation du capital ou la nomination

des membres du conseil d'administration de l'entreprise commune. En revanche, l'opération par laquelle deux entreprises fondent une entreprise commune ne leur confère pas le contrôle en commun de celle-ci en dépit d'une participation égalitaire de 50 % dès lors que, par le jeu de clauses contractuelles, l'une des deux fondatrices perdra toute influence sur la conduite de l'entreprise commune trois ans après la mise en œuvre de l'accord.

Selon la Communication sur la compétence, le contrôle en commun d'une entreprise peut résulter de la parité des droits de vote ou de représentation dans les organes de décision, de l'existence de droits de veto, notamment lorsqu'ils vont au-delà de la protection normale des intérêts des actionnaires minoritaires, ou de l'exercice en commun des droits de vote, en particulier lorsque les sociétés mères sont tenues de s'entendre pour les décisions stratégiques. L'existence d'un contrôle en commun de la société cible peut aussi se déduire des procédures décisionnelles existant en son sein.

3. Changement de la qualité du contrôle

A RETENIR

Le règlement 139-2004 vise non seulement les opérations de concentrations qui confèrent un contrôle exclusif ou en commun, mais aussi celles qui résultent d'une modification du contrôle. Il en est ainsi en cas de passage d'un contrôle exclusif à un contrôle en commun ou, inversement, d'un contrôle commun à un contrôle exclusif à la suite de l'opération.

La Cour de justice considère qu'une concentration n'est réputée réalisée à l'issue du changement de la nature du contrôle exercé sur une entreprise existante, qui, antérieurement exclusif, devient conjoint, que si l'entreprise commune issue d'une telle opération accomplit de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome. La modification de la qualité du contrôle est également réalisée en cas de cession par l'un des trois actionnaires d'une société de ses actions aux deux autres lorsque la cession s'accompagne de la prise de contrôle en commun par ces derniers ou encore en cas d'acquisition par une société d'une participation de 50 % dans le capital d'une autre, lorsque l'autre moitié est détenue par une société tierce avec laquelle elle exerce déjà un contrôle conjoint sur une autre entreprise. En revanche, le passage d'un contrôle conjoint exercé par trois actionnaires détenant tous des droits de veto, à un contrôle exercé par quatre actionnaires dénués d'intérêts communs et dont aucun ne détient un pouvoir de blocage, ne peut s'analyser en une concentration.

C. Entreprise commune de plein exercice

Sous l'empire du règlement 4064-89, deux conditions cumulatives devaient être réunies pour retenir la qualification d'entreprise commune concentrative : le caractère de «plein exercice» et une absence de coordination du comportement concurrentiel des sociétés fondatrices. Le règlement du 30 juin 1997, qui a modifié le règlement 4064-89, a abandonné cette distinction et défini l'entreprise commune concentrative, comme celle qui exerce «de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome».

Selon l'article 3, paragraphe 4, du règlement 139-2004 du 20 janvier 2004, «la création d'une entreprise commune accomplissant de manière durable toutes les fonctions d'une

entité économique autonome constitue une concentration au sens du paragraphe 1, point b)». Pour être soumise au contrôle des concentrations, l'entreprise commune doit, selon la Communication sur la compétence, être de «plein exercice». La coordination du comportement des fondateurs est désormais sans incidence sur la qualification de l'entreprise commune elle-même, mais peut être appréciée par la Commission, dans le cadre du contrôle des concentrations, au regard de l'article 101 TFUE.

1. Qualification

A RETENIR

Pour être de «plein exercice», l'entreprise commune «doit posséder un personnel d'encadrement», «avoir accès à toutes les ressources nécessaires», accomplir «de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome» et «jouer un rôle actif sur le marché» indépendamment de ses sociétés mères. Si ces conditions sont satisfaites, l'entreprise commune relève du contrôle des concentrations, les éléments de coordination présents étant appréciés au regard des règles relatives aux ententes.

Dans le cas contraire, la création de l'entreprise commune est évaluée dans le cadre de l'article 101 TFUE.

a. Ressources suffisantes

L'entreprise commune doit avoir les moyens d'assumer ses fonctions. Tel est le cas lorsqu'elle dispose des actifs immobilisés et éléments du passif liés à ses activités, des droits de propriété intellectuelle et droits voisins, du personnel technique commercial et administratif indispensables à son bon fonctionnement, des ressources mobilières et immobilières nécessaires, des contrats des sociétés mères avec les clients, de ses propres services de vente et marketing, ou de capitaux et de ressources financières importantes. Elle ne doit pas être tributaire de ses sociétés mères, dont l'assistance doit se limiter à une phase initiale normale de lancement. Ainsi, une entreprise commune n'est pas une entité économique autonome lorsque l'accord ne permet pas d'envisager un transfert des capitaux et du savoir-faire nécessaires pour exercer son activité à l'issue d'une période de démarrage, alors qu'elle utilise le personnel, les locaux et l'équipement de conditionnement d'une de ses sociétés mères. En revanche, le fait que les sociétés fondatrices conservent la propriété des ressources de l'entreprise commune qu'elles ont constituée par intégration de leurs activités ne fait pas obstacle à la qualification d'entreprise commune de plein exercice si elles se sont retirées du marché.

b. Fonctionnement durable

L'entreprise commune doit pouvoir fonctionner de manière durable. Ainsi, l'entreprise commune dont la pérennité est assurée, en l'absence de clause de dissolution anticipée, constitue une entreprise de plein exercice contrairement à celle qui sera dissoute dès la réalisation de ses objectifs, dans un délai de trois ans. Lorsque son traité de constitution ne fixe pas de durée de vie, une entreprise commune peut donc être considérée comme étant de plein exercice. Toutefois, l'accord peut limiter la durée d'existence de l'entreprise dès lors que la période visée est suffisante pour entraîner un changement durable dans la structure des entreprises concernées. Il importe peu également que, pendant une durée

de trois ans, l'une des entreprises fondatrices demeure l'unique client de l'entreprise commune.

c. Autonomie fonctionnelle

Pour être considérée comme une entreprise commune de plein exercice, l'entreprise doit exercer toutes les fonctions d'une entité économique autonome, sans toutefois qu'il soit nécessaire qu'elle jouisse d'une autonomie pour ce qui concerne l'adoption des décisions stratégiques. L'entreprise commune est de plein exercice lorsque sa création, qui résulte de la modification de l'activité et de la structure organisationnelle d'une entreprise commune préexistante, lui permet d'acquérir une indépendance opérationnelle et commerciale vis-à-vis de ses sociétés mères grâce, notamment, à la création d'un poste de président et d'un conseil d'administration spécifique au sein duquel chaque société fondatrice nommera un nombre égal de dirigeants. Il en va de même lorsque l'entreprise commune définit sa propre politique d'achat ou fabrique et vend une vaste gamme de produits, même si elle est liée à ses sociétés mères par des accords d'approvisionnement et d'assistance. L'entreprise commune est en revanche dépourvue d'autonomie fonctionnelle lorsqu'elle ne reprend qu'une fonction spécifique de ses mères sans accéder au marché. Il en est ainsi lorsqu'elle exerce des fonctions auxiliaires, totalement ou à titre principal, pour le compte des sociétés mères ou lorsqu'elle a pour seule fonction effective la qualité de vendeur des produits des entreprises fondatrices, sans personnel propre.

d. Indépendance à l'égard des fondateurs

L'autonomie suppose que l'entreprise commune ne dépende pas de ses entreprises fondatrices, qui ne doivent pas demeurer présentes sur le marché. Les sociétés fondatrices peuvent cependant agir en qualité d'intermédiaires pour le compte de l'entreprise commune dès lors qu'elles se sont retirées du marché et lui ont transféré les tâches opérationnelles et administratives et la charge des risques commerciaux. De même, des entreprises communes approvisionnées presque totalement par leurs sociétés fondatrices ne perdent pas leur autonomie dès lors que ces relations commerciales ne vont pas au-delà de la pratique normale dans le secteur concerné caractérisé par une forte intégration verticale, que les liens d'exclusivité d'approvisionnement noués avec elles ne correspondent qu'à 6 % du chiffre d'affaires ou que la société mère constitue l'unique client uniquement durant la période de démarrage. Il importe peu également que les sociétés mères aient conservé la propriété des ressources que l'entreprise commune utilise. Il est enfin possible que l'entreprise commune livre une partie de sa production aux entreprises fondatrices si ces livraisons sont relativement faibles, l'essentiel de sa production étant directement vendue au consommateur final ou si ces ventes ne concernent qu'une période initiale au terme de laquelle d'autres opérateurs seront susceptibles de devenir ses clients.

2. Probabilité de coordination

Si le risque de coordination du comportement concurrentiel entre entreprises fondatrices ou entre ces dernières et l'entreprise commune ne conditionne plus la qualification de l'opération, il continue d'être apprécié dans le cadre du contrôle des concentrations pour mieux évaluer les risques anticoncurrentiels attachés à la création d'une entreprise commune de plein exercice.

A RETENIR

La coordination susceptible de faire tomber l'entreprise commune sous le coup de l'article 101 TFUE s'apprécie d'abord et pour l'essentiel dans les rapports entre fondateurs, la coordination entre les entreprises fondatrices et l'entreprise commune n'étant prise en considération que dans la mesure où elle permet ou renforce la coordination entre fondateurs. Pour entraîner une restriction de concurrence, la création de l'entreprise commune doit avoir pour objet ou effet la coordination du comportement des entreprises fondatrices, ou la coordination doit être la conséquence probable de la création de l'entreprise commune. La coordination peut notamment résulter de la présence des fondateurs sur un même marché de produits et géographique, de l'existence de liens de coopération, de la présence des fondateurs sur les marchés situés en amont ou aval de celui de l'entreprise commune ou sur un marché voisin.

Par marché voisin, on entend un marché présentant des caractéristiques communes avec celui sur lequel intervient l'entreprise commune, du point de vue des technologies, des clients, des fournisseurs des concurrents, du point de vue réglementaire ou géographique. Le risque de coordination existe en particulier lorsque l'entreprise commune est le principal client ou fournisseur des entreprises fondatrices. Il est plus faible lorsque les fondateurs sont situés sur des marchés voisins de celui de l'entreprise commune, sauf si la concurrence potentielle est susceptible d'être aisément actualisée.

En revanche, le risque de coordination entre fondateurs est quasi inexistant si l'entreprise commune exerce de nouvelles activités que n'exerçaient pas les fondateurs ou lorsque ceux-ci se retirent du marché de l'entreprise commune et à la condition que les sociétés mères ne demeurent pas des concurrents potentiels de l'entreprise commune. Ainsi, lorsque l'entreprise commune intervient sur un marché géographique distinct de celui où interviennent ses sociétés fondatrices, tout risque de coordination anticoncurrentielle avec ces dernières est exclu. Un engagement de non-concurrence des fondateurs à l'égard de l'entreprise commune est considéré à cet égard comme un indice déterminant du caractère définitif de leur retrait.

De même, le risque de coordination est très faible lorsque seul l'un des fondateurs demeure présent sur le même marché que l'entreprise commune. Tel est le cas lorsque l'une des sociétés mères assure la direction de l'entreprise commune et que l'autre fondateur ne conserve aucun intérêt stratégique sur le marché concerné.

De façon plus générale, la Commission applique un **seuil de sensibilité** aboutissant à exclure le risque de coordination lorsque les fondateurs ne maintiennent qu'une présence limitée sur le marché de l'entreprise commune ou sur un marché proche ou lorsque cette présence n'aurait en toute hypothèse qu'un faible effet sur la concurrence dès lors que le marché se caractérise par une forte croissance et de faibles barrières à l'entrée et/ou du fait de la faiblesse de la part de marché contrôlée par les entreprises fondatrices sur le marché concerné ou les marchés amont, aval ou connexe.

EXEMPLES

Quand le risque de coordination est-il exclu ?

- lorsque, bien qu'actionnaires de cette entreprise depuis sa création, les sociétés mères concurrentes ont toujours agi de façon indépendante ;
- lorsque les sociétés mères se font déjà peu concurrence sur leurs marchés respectifs avant la création en raison d'autres accords d'entreprise commune antérieurs ;
- en cas d'engagements pris par les fondateurs, tels qu'une cession de participation dans le capital d'une entreprise concurrente, le non-exercice des droits de vote attachés à la participation dans le capital d'un concurrent ou la renonciation à une exclusivité de distribution.

II. Restrictions accessoires**A. Conditions**

L'article 6 du règlement 139-2004 dispose que «la décision déclarant la concentration compatible est réputée couvrir les restrictions directement liées et nécessaires à la réalisation de la concentration». La Commission a adopté une **Communication relative aux restrictions accessoires**, destinée à permettre aux entreprises d'apprécier si leurs accords revêtent un caractère accessoire.

A RETENIR

Seules les restrictions directement liées et nécessaires à l'opération de concentration suivent l'opération principale, les autres relevant éventuellement des articles 101 ou 102 TFUE.

PLAN

Une restriction peut être qualifiée d'accessoire si elle est :

- connexe ;
- nécessaire ;
- proportionnée.

1. Connexité

Pour être directement liée à la réalisation de l'opération, la restriction doit être étroitement liée à la concentration et se rapporter, d'un point de vue économique, à la transaction principale. Elle doit avoir pour objet d'assurer la transition entre l'ancienne et la nouvelle structure de l'entreprise après l'achèvement de l'opération de concentration. Les accords qui garantissent la continuation de l'activité pendant et après la réalisation de la concentration ne sont pas détachables de l'opération proprement dite. Il en est ainsi de l'engagement pris par le vendeur de ne pas apporter de modifications à la conduite de ses affaires eu égard à ses pratiques habituelles, dans l'intervalle compris entre la conclusion de l'accord et la réalisation de la cession ou de la clause de l'accord préparatoire à la créa-

tion de l'entreprise commune, par laquelle les entreprises fondatrices s'engagent à ne pas effectuer unilatéralement de changements dans la conduite des affaires faisant l'objet de l'opération. Plus généralement, des accords ne sont directement liés à l'opération que s'ils sont finalisés ou conclus au moment de sa soumission à l'appréciation de la Commission. Tel n'est pas le cas des restrictions acceptées par le vendeur pour une période antérieure à la réalisation de la concentration.

2. Nécessité

La restriction accessoire doit être nécessaire, c'est-à-dire qu'en son absence, l'opération ne pourrait pas se réaliser ou s'effectuerait dans de moins bonnes conditions. Les restrictions nécessaires visent en principe à protéger la valeur des biens transférés ou conservés, à maintenir l'approvisionnement ou les débouchés, à faciliter le transfert d'activités ou à permettre le démarrage de la nouvelle entité. Pour être nécessaire, la protection doit en principe bénéficier à l'acquéreur et non au vendeur.

3. Proportionnalité

La restriction, par sa durée et son champ d'application, ne doit pas aller au-delà de ce qui est nécessaire à la réalisation de l'opération de concentration. Ainsi, des engagements de non-concurrence ne caractérisent des restrictions accessoires que s'ils sont limités dans le temps, dans l'espace et dans leur portée tant matérielle que personnelle. Les accords de licence, qui accompagnent souvent la réalisation de la concentration, sont en règle générale considérés comme nécessaires et proportionnés, même si leur durée n'est pas limitée. Les accords d'approvisionnement sont, en revanche, plus rarement qualifiés de restrictions accessoires par la Commission, qui refuse de les examiner simultanément à l'opération de concentration. Ainsi, les engagements mutuels d'approvisionnement et de fourniture qui vont au-delà de ce qui est nécessaire à la réalisation de l'opération de concentration ne sont pas des restrictions accessoires et sont soumis aux dispositions de l'article 101 TFUE. De même, l'accord de distribution exclusive conclu entre l'une des fondatrices et l'entreprise commune, renouvelable à son échéance, ne peut être assimilé à une restriction accessoire, dès lors qu'il excède par sa durée ce qui est nécessaire pour assurer la transition d'une situation de dépendance à une situation d'autonomie.

B. Typologie

De façon générale, les restrictions sont liées et nécessaires à la concentration lorsqu'elles visent à assurer la protection de l'acquéreur. Ainsi, une clause de non-sollicitation limitée matériellement, dans le temps et dans l'espace, constitue une restriction accessoire, à condition qu'elle protège les seuls intérêts de l'acquéreur. Lorsque les restrictions sont cependant stipulées en faveur du vendeur, elles ne sont accessoires que si leur portée et/ou leur durée est plus limitée que celles prévues en faveur de l'acquéreur.

1. Clause de non-concurrence/Accord de confidentialité

A RETENIR

Les clauses de non-concurrence constituent des restrictions accessoires lorsqu'elles sont limitées dans le temps, dans l'espace et matériellement (Communic. Comm. CE 2005-C 56-03 du 5 mars 2005). La durée ne doit pas être supérieure à trois ans et la

clause porter sur un fonds de commerce et le transfert d'un savoir-faire. Dans le cas contraire, la durée ne doit pas excéder deux ans.

Toutefois, la clause peut être d'une durée supérieure si le secteur en cause est caractérisé par des cycles de vie inhabituellement longs ou une forte fidélité à la clientèle. Les clauses de non-concurrence ne peuvent porter sur des actifs ou des droits de propriété intellectuelle qui bénéficient d'une protection spécifique. Elles doivent être limitées aux produits et services qui sont l'objet de l'activité du vendeur. Dans le cas d'une entreprise commune, la clause de non-concurrence est accessoire uniquement lorsqu'elle s'applique pendant la période où chaque partie détient une participation de contrôle dans l'entreprise commune et ne peut s'étendre au-delà de la durée de vie de l'entreprise commune. Enfin l'engagement des sociétés mères de ne pas prendre de participations dans le capital de sociétés concurrentes de l'entreprise commune constitue une restriction accessoire nécessaire à l'opération de concentration dès lors qu'elle remplit les conditions de licéité d'une clause de non-concurrence.

La clause de confidentialité doit, également, pour être qualifiée de restriction accessoire concerner un savoir-faire technique et non de simples informations commerciales d'ordre général, être limitée aux produits et services qui constituent l'activité de l'entreprise acquise et s'appliquer uniquement sur le territoire correspondant.

2. Accord de licence

A RETENIR

Les accords de licence de droits de propriété intellectuelle caractérisent des restrictions directement liées et nécessaires à l'opération lorsqu'ils représentent l'équivalent économique d'un transfert de ces droits et permettent au cessionnaire de prendre possession des actifs acquis.

Il en est de même des accords irrévocables entre une entreprise commune et ses fondatrices portant sur des activités qui demeurent exercées par la fondatrice ou qui expriment la réalité du retrait des entreprises fondatrices du marché de l'entreprise commune. En revanche, l'accord qui interdit au cédant pour une durée indéterminée d'utiliser un terme générique comme dénomination sociale ou qui porte sur des technologies extérieures à l'opération ne peut être qualifié de restriction accessoire.

3. Obligation d'achat et de livraison

A RETENIR

Un accord d'approvisionnement, de fourniture ou de distribution constitue une restriction accessoire lorsqu'il permet d'assurer la continuité de l'approvisionnement et que sa durée est limitée à cinq années et à l'acquéreur de prendre pleine possession des actifs cédés.

Tel est le cas de l'accord de fourniture exclusive conclu entre les fondatrices et l'entreprise commune alors qu'il serait difficile de trouver des sources alternatives d'approvisi-

ment et que les tiers peuvent continuer à être approvisionnés. La durée de la clause ne doit pas excéder le temps nécessaire à garantir l'autonomie progressive de l'entreprise. Toutefois, une durée supérieure à cinq ans peut être admise en présence de circonstances exceptionnelles. En revanche, l'accord qui peut être indéfiniment renouvelé ne peut être qualifié de restriction accessoire.

III. Dimension européenne

PLAN

Pour établir la dimension européenne de l'opération, il convient :

- de tenir compte des seuils de contrôle fixés par le règlement ;
- d'identifier les entreprises concernées ;
- d'appliquer les règles de computation du chiffre d'affaires.

A. Seuils de contrôle

A RETENIR

Les seuils définis dans le règlement européen ne représentent pas un indice de la nocivité de l'opération de concentration mais constituent avant tout un critère de répartition des compétences. Seules les grandes concentrations qui sont de dimension européenne relèvent de la compétence des autorités européennes.

Cette spécificité d'objectif explique deux aspects particuliers des seuils inscrits dans le règlement. C'est en effet pour assurer une plus grande certitude quant à la détermination de la compétence et éviter les discussions entourant généralement la définition du marché pertinent que les autorités européennes ont préféré se référer à un seuil calculé en fonction du chiffre d'affaires et non des parts de marché détenues par les entreprises. De plus, afin de mieux mesurer les incidences d'une opération de concentration sur la structure de la concurrence du marché intérieur en général, elles ne se sont pas contentées de seuils définis en valeur absolue mais ont affecté ceux-ci d'indices de localisation.

L'article 1er, paragraphe 2, du règlement 139-2004 du 20 janvier 2004 définit ainsi deux séries de seuils positifs, dont le dépassement entraîne la qualification d'opération de dimension européenne, et un seuil négatif dont le franchissement implique au contraire l'exclusion de celle-ci.

Une concentration est de dimension européenne lorsque, cumulativement :

- le chiffre d'affaires total réalisé sur le plan mondial par l'ensemble des entreprises concernées représente un montant supérieur à 5 milliards d'euro, et
- le chiffre d'affaires total réalisé individuellement dans l'Union par au moins deux des entreprises concernées représente un montant supérieur à 250 millions d'euro.

Lorsque la concentration n'atteint pas ces seuils, elle est néanmoins de dimension européenne si, cumulativement :

- le chiffre d'affaires total réalisé sur le plan mondial par l'ensemble des entreprises

concernées représente un montant supérieur à 2,5 milliards d'euro ;

- dans chacun d'au moins trois États membres, le chiffre d'affaires total réalisé par toutes les entreprises concernées est supérieur à 100 millions d'euro ;

- dans chacun d'au moins trois États membres, le chiffre d'affaires total réalisé individuellement par au moins deux des entreprises concernées est supérieur à 25 millions d'euro, et le chiffre d'affaires total réalisé individuellement dans l'Union par au moins deux des entreprises concernées représente un montant supérieur à 100 millions d'euro.

En exigeant que l'opération de concentration de dimension européenne ait un impact significatif dans trois États membres au moins, la Commission contourne l'opposition de certains États qui, dans le souci de préserver leur sphère de compétence, étaient jusqu'alors très hostiles à un abaissement des seuils inscrits dans le règlement : leur réduction a pu ainsi être présentée comme ayant avant tout pour objet d'améliorer l'efficacité du contrôle en supprimant les plurinotifications et en instituant un véritable « guichet unique ».

Même si ces seuils sont franchis, l'opération n'est pas de dimension européenne dès lors que « chacune des entreprises concernées réalise plus des deux tiers de son chiffre d'affaires total dans l'Union à l'intérieur d'un seul et même État membre ».

B. Entreprises concernées

A RETENIR

La définition des entreprises concernées est purement instrumentale : il s'agit des entreprises, formes juridiques ou entités économiques, dont le chiffre d'affaires reflète l'ampleur économique réelle de l'opération. En cas d'acquisition d'un contrôle exclusif les entreprises concernées sont la société acquéreuse et la société cible ; dans le cas d'une prise de contrôle en commun, les entreprises concernées sont, d'une part, chacune des sociétés qui acquièrent le contrôle et, d'autre part, la société cible, dès lors qu'il s'agit d'une société préexistante antérieurement indépendante des acquéreurs.

L'interposition d'une société holding entre les acquéreurs et la société cible ne s'oppose pas à ce que ceux-ci soient considérés comme les entreprises concernées.

Le chiffre d'affaires de l'entreprise concernée est celui du groupe auquel cette entreprise appartient. Il s'obtient, selon l'article 5, paragraphe 4, du règlement, en ajoutant (1) au chiffre d'affaires des entreprises directement intéressées par l'opération (2) celui des entreprises contrôlées et contrôlantes ainsi que (3) celui de l'ensemble des autres entreprises contrôlées par les entreprises contrôlantes de même que (4) celui des entreprises dans lesquelles les entreprises directement intéressées, les entreprises contrôlées, les entreprises contrôlantes et les autres entreprises contrôlées par les contrôlantes disposent d'un contrôle en commun.

Le contrôle résulte de la détention, directe ou indirecte, de plus de la moitié du capital, du pouvoir d'exercer plus de la moitié des droits de vote, du pouvoir de désigner plus de la moitié des dirigeants ou du droit de gérer les affaires de l'entreprise. Un contrat de franchise ne suffit pas à établir une relation de contrôle lorsque la relation de dépen-

dance économique qui en découle ne confère pas au franchiseur un contrôle de fait sur ses franchisés.

Enfin, il résulte de la pratique décisionnelle de la Commission que les entreprises contrôlantes incluent non seulement les contrôlantes directes mais également l'ensemble des entreprises contrôlant ces dernières aux différents niveaux de la chaîne de contrôle.

C. Computation du chiffre d'affaires

A RETENIR

Le chiffre d'affaires total comprend, au sens de l'article 5, paragraphe 1, du règlement 139-2004, «les montants résultant de la vente de produits et de la prestation de services réalisées par les entreprises concernées au cours du dernier exercice et correspondant à leurs activités ordinaires».

Le texte vise les ventes dans le cadre de l'activité normale de l'entreprise, hors produits financiers ou exceptionnels. En particulier, il y a lieu de tenir compte des commissions obtenues en raison de l'activité d'agence exercée par les entreprises concernées et de la valeur totale des transactions en cas d'activité de négoce. Le chiffre d'affaires s'entend net, c'est-à-dire après déduction des remises, de la TVA et autres impôts directement liés au chiffre d'affaires. Il ne tient pas compte des transactions intragroupe. Des règles spécifiques de calcul du chiffre d'affaires s'appliquent dans le cas des établissements de crédit, établissements financiers et entreprises d'assurances.

L'article 5, paragraphe 2, du règlement dispose que «lorsque l'acquisition consiste en parties, constituées ou non en entités juridiques, d'une ou plusieurs entreprises, seul le chiffre d'affaires se rapportant aux parties qui sont l'objet de la transaction est pris en considération dans le chef du ou des cédants». Dans le cas d'une cessation partielle d'activités de l'un des participants à l'opération de concentration, il doit être tenu compte uniquement du chiffre d'affaires se rapportant aux parties de l'entreprise effectivement acquises pour apprécier la dimension de l'opération projetée. La cessation partielle d'activités étant assimilable à une cession partielle, il faut que l'abandon d'activité ait été réalisé antérieurement à l'opération de concentration pour que la déduction de chiffre d'affaires puisse être effectuée.

Sur le plan comptable, le calcul du chiffre d'affaires suppose qu'en l'absence de circonstances exceptionnelles, telles que des cessions ou acquisitions postérieures à la vérification des comptes ou des fermetures d'usines, seuls les comptes officiels vérifiés relatifs au dernier exercice puissent être utilisés pour la détermination du chiffre d'affaires total des parties à une concentration lors de l'appréciation de sa dimension européenne ou nationale, même si de nouvelles normes comptables sont entrées en vigueur au jour de la notification.

Pour les produits, il est aisé de calculer le chiffre d'affaires car il suffit de mettre en évidence chaque acte impliquant un transfert de propriété. Lorsqu'il s'agit de services, l'opération est plus délicate, la vente du service pouvant s'effectuer à travers des intermédiaires. Tel n'est pas le cas de l'activité de distribution de l'électricité dont le chiffre d'affaires doit être déterminé à partir du seul montant total des ventes dans la mesure où

il s'agit d'une activité commerciale avec transfert de propriété, et non d'un service vendu par l'intermédiaire d'autres prestataires en contrepartie d'une commission.

SECTION 4

Articulation avec les droits nationaux

I. Modulation de la compétence européenne

A RETENIR

À l'instar du règlement 1-2003, le règlement 139-2004 prévoit un système de renvoi qui permet de réattribuer les affaires à l'autorité la mieux appropriée.

La procédure de renvoi présente cependant un caractère exceptionnel dès lors que la compétence européenne est clairement définie par les seuils de chiffre d'affaires posés à l'article 1er. Il ne s'agit pas, en outre, pour les entreprises de pratiquer le forum shopping et de se fixer sur l'autorité la plus favorable. La Commission et les autorités des États membres disposent donc d'une large marge d'appréciation pour décider de renvoyer une affaire qui relève de leur compétence initiale ou accepter d'examiner celles qui n'en relèvent pas. Une communication définit les conditions du renvoi. L'attribution doit se faire à l'autorité la plus appropriée pour examiner l'opération compte tenu notamment des instruments et de l'expertise dont elle dispose, du lieu probable où se feraient ressentir les effets de la concentration et du risque d'appréciations contradictoires. La fragmentation des affaires sous l'effet des renvois doit être évitée afin de maintenir autant que possible un guichet unique. Les parties peuvent présenter une demande de renvoi avant la notification (Règl. 139-2004, art. 4, paragr. 4 et 5). Le renvoi postérieur à la notification est effectué par les États membres, soit de leur propre initiative, soit sur invitation de la Commission (Règl. 139-2004, art. 9 et 22).

PLAN

Le renvoi peut s'effectuer :

- soit, préalablement à la notification, à la demande des parties ;
- soit, postérieurement à la notification, à la demande d'un Etat.

A. Renvoi préalable à la notification à la demande des parties

1. Renvoi à un État membre

Lorsque les parties envisagent de demander un renvoi en prénotification d'une concentration de dimension européenne à un État membre, elles déposent un mémoire motivé, après avoir vérifié si ce renvoi est susceptible d'être prononcé compte tenu des critères décrits dans la Communication sur le renvoi des affaires. **Deux conditions sont requises pour mettre en œuvre le renvoi de l'article 4, paragraphe 4, du règlement 139-2004 : la concentration doit (a) affecter la concurrence de manière significative sur un ou plusieurs marchés, (b) qui doivent être situés à l'intérieur d'un État membre et constituer un marché distinct.** Les parties ne sont pas tenues d'établir le caractère néfaste

des effets produits sur la concurrence, mais doivent indiquer les marchés affectés. Elles doivent également apporter la preuve du caractère national ou infranational des marchés géographiques en cause. La nécessité de mener une enquête coordonnée et de prononcer des mesures correctives peut constituer un obstacle à sa réattribution à une autorité nationale.

2. Renvoi à la Commission

Le renvoi de l'examen de l'opération de concentration à la Commission peut également être demandé par les parties, lorsque la concentration sans dimension européenne est notifiée aux autorités d'au moins trois États membres (Règl. 139-2004, art. 4, paragr. 5). La demande de renvoi n'est recevable que si aucun État membre compétent pour examiner l'opération n'a exprimé son désaccord. La Commission est la mieux placée pour connaître d'une telle concentration lorsque le ou les marchés affectés dépassent le territoire national ou que l'effet économique essentiel est lié à de tels marchés.

B. Renvoi postérieur à la notification à la demande des États

1. Renvoi de la Commission à un État membre

L'article 9 du règlement 139-2004 organise, par dérogation au principe de compétence exclusive de la Commission pour examiner les concentrations de dimension européenne, une procédure de renvoi devant les autorités d'un État membre. Dans les quinze jours ouvrables qui suivent la réception de la copie du formulaire de notification de l'opération aux autorités européennes, un État membre peut demander le renvoi à ses propres autorités de contrôle.

Deux cas doivent être distingués :

- soit la concentration menace d'affecter de manière significative la concurrence sur un marché situé à l'intérieur de cet État membre qui présente toutes les caractéristiques d'un marché distinct ;
- soit la concentration affecte la concurrence sur un marché situé à l'intérieur de cet État membre qui présente toutes les caractéristiques d'un marché distinct et qui ne constitue pas une partie substantielle du marché intérieur.

Dans le premier cas, si la Commission considère qu'un marché distinct existe et que la menace d'atteinte à la concurrence est réelle, elle peut, soit rétablir elle-même la concurrence sur le marché concerné, soit renvoyer tout ou partie du cas aux autorités nationales en vue de l'application de leur propre législation sur la concurrence. Dans le second, elle est tenue d'effectuer le renvoi si les critères juridiques sont respectés.

Le marché géographiquement «distinct», au sens de l'article 9, paragraphe 7, s'entend de celui sur lequel les conditions de la concurrence sont suffisamment homogènes et différentes de celles régnant sur les territoires voisins. La définition du marché distinct tient compte «de la nature et des caractéristiques des produits ou services concernés, de l'existence de barrières à l'entrée, des préférences des consommateurs, ainsi que de l'existence, entre le territoire concerné et les territoires voisins, de différences considérables de parts de marché des entreprises ou de différences de prix substantielles».

La Commission prend sa décision de renvoi ou de refus de renvoi dans un délai de vingt-cinq jours à compter de la notification si elle n'a pas engagé de procédure. Dans le cas contraire, le délai est fixé à soixante-cinq jours si elle n'a pas entrepris de démarches préparatoires en vue de l'adoption de mesures destinées à préserver ou rétablir une concurrence effective. Le renvoi aux autorités compétentes de l'État membre est tacitement adopté en l'absence de décision dans ce délai.

Les autorités nationales compétentes ne peuvent prendre que les mesures strictement nécessaires pour préserver ou rétablir une concurrence effective sur le marché concerné. En outre, le renvoi devant les autorités d'un État membre n'affecte pas l'efficacité des engagements pris dans les autres États membres lors de l'adoption de la décision européenne d'approbation, en raison de la dimension nationale des marchés de produits concernés et du caractère marginal des importations parallèles.

La décision de renvoi ou de refus de renvoi, qui affecte la situation juridique des tiers, peut faire l'objet, sur le fondement de l'article 263 TFUE, d'un recours en annulation.

Plus la dimension du marché de référence est étroite, plus le renvoi a de chances d'être accordé. Tel est le cas lorsque le marché est local ou régional, ou est caractérisé par des circonstances particulières. Le renvoi peut toutefois également être octroyé lorsque l'opération de concentration concerne tout le territoire d'un État membre.

2. Renvoi d'un État membre à la Commission

Selon l'article 22, paragraphe 1, du règlement 139-2004, une concentration de dimension nationale peut être renvoyée à la Commission à la demande d'un ou plusieurs États membres si l'opération de concentration, sans dimension européenne, menace d'affecter de manière significative la concurrence sur leur territoire tout en affectant le commerce entre États membres. La demande de renvoi devant la Commission émane d'un État membre, lorsqu'elle provient d'un gouvernement, d'un ministère ou encore des autorités nationales de la concurrence. Dans une affaire où le renvoi était demandé par plusieurs autorités nationales mais auquel une autre s'opposait, la Commission a estimé qu'il n'y avait pas lieu de s'écarter de la compétence initiale, même si les instruments, l'expertise de la Commission et le lieu probable des effets de la concentration désignaient cette dernière comme la mieux à même d'examiner la concentration et que les avantages généraux d'une procédure de guichet unique ne pouvaient être obtenus, dès lors que le renvoi aurait impliqué de lourdes charges administratives pour la partie notificante.

Une fois le renvoi effectué, l'État membre ne peut plus ni contrôler le déroulement de l'examen de la Commission, ni délimiter le champ de ses investigations. La seule limite à l'intervention de la Commission est de nature géographique. Elle ne peut prendre les mesures strictement nécessaires au rétablissement de la concurrence que sur le territoire des États à la demande desquels elle est intervenue. En outre, compte tenu des difficultés qui entourent les mesures de déconcentration, lorsque la concentration a déjà été réalisée au moment où la Commission est appelée à statuer, elle peut décider de ne pas assortir sa décision d'incompatibilité de mesures de déconcentration et inviter les parties à proposer des mesures appropriées avant d'arrêter sa décision.

La Commission peut se prononcer sur une demande de renvoi d'une concentration de di-

mension nationale avant de répondre à une question relative à la dimension européenne ou nationale de l'opération afin de ne pas enfermer dans un délai de dix jours l'examen de cette dernière question comme le prévoit l'article 22, paragraphe 3, du règlement.

II. Exceptions à la compétence européenne

Sous la pression des États membres, les autorités européennes ont accepté de renoncer à leur compétence exclusive à l'égard de certaines concentrations de dimension européenne pour permettre aux États de «prendre les mesures appropriées pour assurer la protection d'intérêts légitimes autres que ceux pris en considération par le règlement» (Règl. 139-2004, art. 21, paragr. 3). Cette limite à la compétence européenne est strictement encadrée. Les mesures prises par les États doivent être compatibles avec les principes généraux et les autres dispositions du droit européen.

A RETENIR

Trois catégories d'intérêts sont de plein droit reconnues comme intérêts légitimes : la sécurité publique, la pluralité des médias et les règles prudentielles. Tout autre intérêt doit être soumis à la Commission qui est seul juge de sa compatibilité avec le droit européen.

SECTION 5

Contrôle indirect

La doctrine est divisée sur la question de savoir si, malgré l'intervention du règlement, la jurisprudence antérieure de la Cour de justice, qui appliquait les articles 101 et 102 TFUE à des opérations de concentration, conserve toute sa validité. En ce qui concerne les principes, il ressort nettement des dispositions du règlement que ses rédacteurs ont voulu soustraire du domaine d'application des articles 101 et 102 TFUE, non seulement les opérations de concentration tombant dans le champ d'application du règlement, mais également celles qui lui échapperaient en raison de leur défaut de dimension européenne. De fait, l'article 21, paragraphe 1, dispose que «le présent règlement est seul applicable aux opérations de concentration telles que définies à l'article 3», c'est-à-dire indépendamment du fait qu'elles dépassent ou non les seuils définis à l'article 1er. Le texte ajoute que les règlements d'application des articles 101 et 102 TFUE ne sont pas applicables, sauf en ce qui concerne les entreprises communes qui n'ont pas de dimension européenne et qui ont pour objet ou pour effet la coordination du comportement concurrentiel d'entreprises qui restent indépendantes. En sens inverse, on relève que la jurisprudence antérieure de la Cour de justice n'est en aucune façon affectée par le règlement qui s'y réfère même dans l'exposé des motifs (considérant 6), et il semble que seule une modification du Traité pourrait entraîner l'exclusion des opérations de concentration du champ d'application de ces textes. Théoriquement, les articles 101 et 102 TFUE demeurent donc applicables aux opérations de concentration après l'entrée en vigueur du règlement 139-2004.

CHAPITRE II Exercice du contrôle

SECTION 1

Bilan concurrentiel

I. Marché concerné

- A. Principes
- B. Marché de produits ou de services
- C. Marché géographique

II. Effets non coordonnés

- A. Concentrations horizontales
- B. Concentrations non-horizontales

III. Effets coordonnés / Position dominante collective

IV. Effets compensateurs

V. Théorie de l'entreprise défaillante

SECTION 2

Exonération

I. Gains d'efficacité

II. Mesures correctives

- A. Engagements structurels
- B. Engagements comportementaux
- C. Clause de réexamen

SECTION 3

Incompatibilité de l'opération / Déconcentration

CHAPITRE II Exercice du contrôle

A RETENIR

Le système de contrôle des concentrations, qui incorpore un principe de faveur, apparaît très différent de celui applicable en droit des ententes. Alors que l'entente, illicite par principe, peut être exemptée, la concentration, licite par principe, peut être déclarée incompatible. L'autorisation n'est pas la conséquence d'une exemption, mais repose sur un bilan dynamique, dont les parties peuvent modifier le résultat en cours de contrôle.

La pratique reflète parfaitement la différence des systèmes de contrôle : sur 5876 concentrations notifiées entre 1990 et juin 2015, seules 24, soit moins de 0,5 % du total des opérations, ont finalement été interdites. En matière de concentrations, le contrôle n'est pas conçu comme réalisé par une autorité administrative passive et sanctionnatrice mais active et incitatrice. En outre, il a été largement transféré aux parties elles-mêmes qui, grâce à leurs engagements et aux mesures correctives qu'elles déterminent, sont pratiquement toujours en mesure de «sauver» leur opération en la modifiant.

L'article 2, paragraphe 3, du règlement pose une interdiction pure et simple des concentrations restrictives de concurrence : «Les concentrations qui entraveraient de manière significative une concurrence effective dans le Marché commun ou une partie substantielle de celui-ci, notamment du fait de la création ou du renforcement d'une position dominante, doivent être déclarées incompatibles avec le Marché commun». Aucune autre disposition du règlement n'attribue à la Commission de pouvoir d'exemption : dès lors que les seuils de contrôle sont franchis et qu'une atteinte significative à la concurrence est constatée, un principe d'incompatibilité pure et simple s'applique.

Cette conclusion est relativisée par l'article 2, paragraphe 1, du règlement qui énonce les différents indices à prendre en considération lors de l'appréciation d'une opération de concentration. À côté d'indices purement concurrentiels tendant à apprécier le pouvoir de marché des entreprises concernées - position sur le marché, puissance économique et financière, possibilités de choix des utilisateurs, accès aux sources d'approvisionnement ou aux débouchés, existence en droit ou en fait de barrières à l'entrée, évolution de l'offre et de la demande des produits et services concernés, intérêts des consommateurs intermédiaires et finals - le règlement fait référence à «l'évolution du progrès technique et économique», à condition que celle-ci soit à l'avantage des consommateurs et ne fasse pas obstacle à la concurrence.

A RETENIR

La Commission ne s'est pas saisie immédiatement de la possibilité offerte par le texte pour substituer un véritable bilan économique au bilan purement concurrentiel du paragraphe 3. À l'origine, le surcroît d'efficacité qu'une concentration était susceptible d'entraîner, soit représentait un élément défavorable dans l'appréciation (puisqu'il était susceptible de renforcer une situation de domination), soit n'était mentionné qu'à titre indicatif. Cette position s'est modifiée avec l'adoption des Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales, qui disposent désormais que «[la Commission] peut décider que, sur la base des gains d'efficacité que l'opération procure-

rait, il n'y a pas lieu de déclarer la concentration incompatible avec le Marché commun en vertu de l'article 2, paragraphe 3, du règlement sur les concentrations».

Le bilan établi par la Commission n'est pas statique puisque les parties peuvent modifier leur opération en cours de contrôle. Une analyse concurrentielle négative peut désormais être compensée à la fois par les gains d'efficacité attachés à l'opération, et par les mesures correctives proposées par les parties.

PLAN

Nous examinerons successivement :

- le bilan concurrentiel de l'opération qui peut conduire à son interdiction éventuelle ;
- les possibilités d'exonération offertes aux entreprises en cas de bilan négatif.

SECTION 1

Bilan concurrentiel

A RETENIR

Dans sa version originale, le règlement sur le contrôle des concentrations prohibait la création ou le renforcement d'une position dominante ayant pour effet d'entraver de manière significative la concurrence. Désormais, l'interdiction vise directement l'entrave à la concurrence, la création ou le renforcement d'une position dominante - qui continuent d'être spécifiquement visés - ne représentant plus qu'une hypothèse, parmi d'autres, d'entrave à la concurrence. L'analyse par les effets tend ainsi, progressivement, à se substituer à l'analyse par les structures.

En conséquence, même si la part de marché des entreprises parties à la concentration continue de jouer un rôle essentiel, d'autres critères sont aujourd'hui pris en considération. **Dans les Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales et non horizontales, la Commission tient ainsi compte du degré de concentration du marché sur lequel l'opération intervient.** Elle estime qu'il est peu probable qu'une concentration horizontale soulève des problèmes de concurrence sur un marché dont l'IHH à l'issue de l'opération de concentration est inférieur à 1000, ou compris entre 1000 et 2000 avec un delta inférieur à 250, ou supérieur à 2000 avec un delta inférieur à 150. En revanche, malgré l'existence de parts de marché combinées inférieures à 30 %, une concentration peut entraver la concurrence si les valeurs de l'IHH et les valeurs delta sont supérieures à celles définies en tant que premiers indicateurs de l'absence de problèmes de concurrence dans les lignes directrices. Une concentration non horizontale ne suscite pas de problème de concurrence lorsque l'IHH à l'issue de l'opération est inférieur à 2000. Selon le Tribunal, même si le dépassement des seuils de l'indice Herfindahl-Hirschmann (IHH) ne vaut pas présomption d'existence de problèmes concurrentiels, plus le dépassement est prononcé, plus il révèle de tels problèmes.

Les facteurs susceptibles de favoriser des effets non coordonnés ou unilatéraux (d'aug-

mentation des prix par réduction des quantités produites) peuvent être appréhendés directement, indépendamment de la référence à une position dominante, qui ne représente plus qu'un moyen de les produire. Selon la Commission, sur des marchés différenciés, les parts de marché, bien qu'elles fournissent une indication sur le pouvoir de marché des parties, ne reflètent pas nécessairement l'interaction concurrentielle dans son ensemble, de sorte qu'il convient d'examiner les éléments laissant présager des hausses de prix avant d'analyser les facteurs faisant contrepoids.

Les **Lignes directrices sur les concentrations horizontales** établissent une liste, non exhaustive, de tels facteurs :

- parties détenant des parts de marché élevées ;
- parties concurrentes proches ;
- clients ayant peu de possibilités de changer de fournisseur ;
- concurrents peu susceptibles d'accroître leur production si les prix augmentent ;
- entité issue de la concentration en mesure de freiner l'expansion des concurrents grâce notamment au contrôle d'une ressource ou d'un circuit de distribution, à la détention d'un brevet ou d'une marque, ou à un surcroît de puissance financière ;
- opération éliminant un important moteur de la concurrence, telle qu'une entreprise vendant des produits innovants, même si sa part de marché est relativement faible.

EXEMPLES

Quand une concentration horizontale porte-elle significativement atteinte à la concurrence ?

- lorsqu'elle supprime la concurrence entre deux opérateurs proches sur un marché où il n'existe aucun facteur atténuant significatif, comme la présence de concurrents susceptibles d'imposer une discipline à l'entité issue de la concentration ou de clients capables d'exercer une pression directe sur sa politique de prix ;
- lorsqu'elle ne laisse subsister qu'un seul concurrent à même d'exercer une pression concurrentielle, qui serait cependant insuffisante pour influencer sur la capacité et la volonté éventuelle de l'entité issue de la concentration d'augmenter les prix, alors que le marché est caractérisé par l'existence de barrières à l'entrée élevées et l'absence de concurrents potentiels crédibles ;
- lorsqu'elle conduit à une hausse des prix probable de la part de la nouvelle entité, et, consécutivement, de ses concurrents, qui, après avoir conservé leurs clients existants, voire en avoir attiré de nouveaux suite à l'augmentation des prix de la nouvelle entité, seront incités à augmenter leurs prix à leur tour compte tenu de l'augmentation de la demande ;
- lorsqu'elle produit un ratio de concentration élevé en risquant d'entraîner une dégradation de la qualité du service offert et une augmentation des prix ;
- lorsqu'elle réduit les incitations à l'innovation sur un marché où les obstacles à l'entrée et au repositionnement sont relativement élevés, en réunissant deux proches concurrents exerçant l'un sur l'autre une pression concurrentielle forte alors qu'au-

cun autre opérateur ne possède de technologie éprouvée qui lui permettrait de devenir un concurrent crédible de la nouvelle entité dans un avenir proche.

De même, les Lignes directrices sur les concentrations non horizontales caractérisent des effets non coordonnés en cas de verrouillage du marché, c'est-à-dire d'entrave à l'accès des concurrents actuels ou potentiels aux sources d'approvisionnement ou aux débouchés, dans le but d'augmenter le prix facturé aux clients.

L'analyse par les effets incite naturellement à dépasser les effets immédiats de l'opération pour tenir compte des facteurs de propagation de la restriction de concurrence qu'elle entraîne. Une concentration peut ainsi entraîner un **effet «boule de neige»**, qui consiste pour les opérateurs exerçant leur activité à un niveau proche du seuil de la rentabilité à voir leur position concurrentielle s'affaiblir à l'issue de l'opération de concentration. Cet affaiblissement est incompatible avec le marché intérieur s'il concerne les concurrents des parties à l'opération, engendre une augmentation des coûts qui se répercute sur les prix et comporte un risque de monopolisation. Des **effets de réseau** peuvent apparaître dès lors que la valeur d'un produit augmente pour un utilisateur avec le nombre d'utilisateurs de ce même produit ou de produits compatibles. La concentration entre réseaux qui conduit à la création d'un réseau d'une taille si importante que la nouvelle entité pourra, soit augmenter les coûts de ses concurrents, soit appliquer des prix avantageux pour attirer les clients des réseaux concurrents, soit contrôler l'évolution technique, notamment en fixant ses propres normes de transmission de données, soit devenir l'infrastructure obligatoire, est incompatible avec le marché intérieur.

Par ailleurs, un effet restrictif vertical ou congloméral peut être le résultat d'une concentration horizontale. L'effet anticoncurrentiel de l'opération peut alors être dû, non pas à la concentration accrue du marché qui en résulte, mais à l'accroissement des barrières à l'entrée et à l'expansion ainsi qu'à la création d'un risque de dépendance à l'égard de la nouvelle entité, mise en mesure d'offrir ses services sous une forme groupée, et non plus à titre individuel. Il en va de même lorsque le marché de la distribution et celui de l'approvisionnement sont si étroitement interdépendants que, suivant un effet de spirale, la création d'une position dominante sur l'un se traduit par le renforcement ou la création d'une position dominante sur l'autre, lorsque l'opération limite les sources d'approvisionnement ou lorsque la présomption de position dominante qui pèse sur la nouvelle entité est corroborée par le renforcement de sa puissance d'achat. Selon la Commission, le dépassement, sur au moins quatre marchés de l'approvisionnement, du taux de menace, établi à 22 %, qui correspond, pour un fournisseur, au pourcentage de chiffre d'affaires réalisé auprès d'un client à partir duquel la perte de ce client représente une menace pour la survie de son entreprise, constitue un indice de sa dépendance économique à l'égard du distributeur. En revanche, le lien vertical créé par la concentration horizontale ne conduit ni à la création, ni au renforcement d'une position dominante sur le marché concerné lorsque la clientèle peut recourir à court terme à une source d'approvisionnement alternative ou qu'il existe des concurrents significatifs.

Dans la pratique décisionnelle actuelle, la définition du marché représente la première étape de l'analyse concurrentielle, toujours menée de façon prospective, en prenant en considération l'évolution prévisible des comportements et de la structure du marché.

L'analyse consiste à apprécier en quoi la concentration notifiée pourrait modifier les facteurs déterminant l'état de la concurrence sur un marché donné afin de vérifier s'il en résulterait une entrave significative à une concurrence effective et requiert d'imaginer les divers enchaînements de cause à effet, afin de retenir ceux dont la probabilité est la plus forte. En revanche, lorsqu'une autre concentration concernant les mêmes marchés, mais pas les mêmes parties, a été notifiée à la Commission un jour avant l'opération en cause, il n'y a pas lieu de tenir compte pour l'appréciation de cette dernière, de l'évolution future du marché résultant de la concentration notifiée ultérieurement. Selon la théorie économique et les Lignes directrices concentrations horizontales, la situation avant la concentration fournit des éléments contrefactuels pertinents, de sorte que lorsque la concurrence sur les prix avant la concentration est peu intense, il est peu probable qu'elle le devienne après l'opération et que les concurrents de la nouvelle entité soient encouragés à augmenter leur production suffisamment pour rendre le prix post-concentration non rentable pour la nouvelle entité.

Les indices favorisant les effets unilatéraux sont, dans un second temps, mis en balance avec des facteurs compensateurs tels que la puissance d'achat des clients ou le niveau relatif des barrières à l'entrée pour établir le bilan concurrentiel de la concentration. Lorsque l'opération intervient sur un marché concentré, la Commission apprécie l'existence éventuelle d'effets coordonnés. Enfin, les autorités européennes appliquent la théorie de l'entreprise défaillante dans le cas spécifique d'opérations de concentration visant à l'acquisition d'entreprises en difficulté.

PLAN

Pour apprécier l'impact d'une opération de concentration sur la concurrence, il faut :

- définir le marché concerné ;
- apprécier les effets non coordonnés sur le marché ;
- ou mesurer les effets coordonnés ;
- avant de tenir compte d'éventuels effets compensateurs ;
- ou d'appliquer exceptionnellement la théorie de l'entreprise défaillante.

I. Marché concerné

PLAN

Nous examinerons successivement :

- les principes gouvernant la définition du marché ;
- le marché de produits ou de services ;
- le marché géographique.

A. Principes

1. Relativité du marché

A RETENIR

La définition du marché concerné s'effectue selon des principes similaires à ceux du droit de la domination. Le marché ne représentant qu'un instrument de mesure du pouvoir de monopole, les autorités de la concurrence renoncent fréquemment à choisir entre différentes définitions du marché possibles après avoir constaté que, même en adoptant la délimitation la plus stricte, l'opération notifiée ne serait pas déclarée incompatible ou que, quel que soit le marché retenu, la nouvelle entité ne détiendrait pas une position dominante.

Par ailleurs, le fait que deux produits n'appartiennent pas au même marché n'exclut pas que l'un exerce une pression concurrentielle dans le cadre de l'appréciation de l'opération envisagée sous l'angle de la concurrence. Ainsi, même s'il n'y a pas lieu, que ce soit du côté de la demande ou du côté de l'offre, de considérer la musique légale et la musique illégale comme faisant partie du même marché de produits lors de la vente en gros de musique enregistrée, car la circonstance que la musique illégale puisse se substituer à la musique légale pour les utilisateurs finals ne signifie pas que musiques légale et illégale peuvent se substituer l'une à l'autre pour les clients directs des maisons de disques, à savoir les détaillants de musique sur supports physique et numérique, il n'en demeure pas moins que le piratage peut exercer une pression en dehors du marché sur les décisions de tarification et de production des maisons de disques dans le cadre de l'appréciation concurrentielle de la concentration.

La définition du marché retenue dans le cadre du contrôle des aides d'État ne lie pas les autorités de la concurrence, lorsqu'elles statuent sur la compatibilité d'une concentration avec le marché intérieur.

2. Définition du marché et élasticité de la demande

A RETENIR

Selon la Commission, un marché de produits «comprend tous les produits et/ou services que le consommateur considère comme interchangeables ou substituables en raison de leurs caractéristiques, de leur prix et de l'usage auquel ils sont destinés».

Le degré d'interchangeabilité ou de substituabilité s'apprécie au regard des caractéristiques des produits concernés (performances, prix...) telles que perçues par les utilisateurs. La distribution de fournitures de bureau par la filière contractuelle constitue un marché distinct, dès lors que, du côté de la demande, les entreprises clientes expriment une forte préférence pour l'achat de fournitures de bureau au moyen de contrats et soulignent l'impossibilité de changer de filière ainsi que l'absence d'intérêt à le faire.

A RETENIR

Cette approche descriptive est parfois complétée par une analyse économétrique. Parmi les méthodes existantes, les autorités européennes recourent principalement au

test quantitatif de l'élasticité croisée de la demande, qui consiste à mesurer le rapport existant entre la fluctuation du prix d'un produit et les ventes d'un autre.

Dès lors que l'augmentation du prix d'un bien entraîne l'accroissement des ventes d'un autre, ces deux biens sont substituables, le degré de substituabilité variant en fonction du taux d'élasticité croisée. Selon la Communication concernant la définition du marché, «la question posée est de savoir si les clients des parties se tourneraient vers des produits de substitution facilement accessibles [marché de produits] ou vers des fournisseurs implantés ailleurs [marché géographique], en cas d'augmentation légère (de 5 à 10 %), mais permanente, des prix relatifs des produits considérés dans les territoires concernés» (test du monopoleur hypothétique ou SSNIP - small but significant and non transitory increase in price). Selon cette méthode, un marché peut être défini comme le plus petit ensemble de produits et de territoires pour lequel une entreprise, à supposer qu'elle soit la seule à les proposer, jugerait rentable d'imposer une hausse de prix de 5 à 10 %.

Des produits appartiennent donc à des marchés différents, si, en cas d'augmentation du prix, la grande majorité des clients cesse de consommer le produit en cause. La substituabilité est, en outre, peu probable lorsque le choix des consommateurs est conditionné par d'autres critères que le prix. Ainsi, les magazines et les quotidiens relèvent de marchés distincts dans la mesure où ils traitent de l'actualité selon une méthode et des lignes éditoriales spécifiques et sont perçus de façon différente par les lecteurs qui, en cas d'augmentation du prix d'un magazine, se tournent prioritairement vers un autre magazine et non vers un quotidien. De même, le marché des destinations lointaines et celui des destinations proches doivent être distingués pour les vacances à forfait dans la mesure où une convergence très limitée des prix pour le consommateur final ne suffit pas pour les considérer comme des substituts effectifs compte tenu, notamment, de l'image plus exotique des destinations lointaines. Par ailleurs, le caractère graduel de l'augmentation des ventes d'un produit nouveau se substituant à un produit existant ne suffit pas, en lui-même, pour conclure à l'existence d'une pression concurrentielle significative du second sur le premier.

3. Définition du marché et élasticité de l'offre

A RETENIR

Pour définir le marché pertinent, les autorités européennes se réfèrent plus rarement à la substituabilité du côté de l'offre, qu'elles utilisent à titre de facteur complémentaire d'appréciation. Selon la Communication sur la définition du marché en cause, la substituabilité peut être analysée du point de vue de l'offre lorsqu'elle produit des effets équivalents à la substituabilité du point de vue de la demande en termes d'immédiateté et d'efficacité.

L'analyse du côté de l'offre, souvent pertinente pour définir le marché lorsque des entreprises offrent un choix de qualités ou de types pour un même produit, peut conduire à regrouper dans un seul marché tous les produits substituables pour la demande et pour l'offre, même si pour un acheteur final ou un groupe de consommateurs finals donné, ces différences de qualité ne les rendent pas substituables.

Deux produits ou services doivent être considérés comme substituables du point de vue de l'offre dès lors que les fournisseurs peuvent réorienter leur production vers les produits ou services en cause sans coût ou risque insupportables : si la substitution nécessite de lourds investissements, des délais trop longs ou des révisions stratégiques, aucune substituabilité ne pourra être constatée.

Il n'y a pas substituabilité du côté de l'offre entre les produits dès lors qu'ils sont fabriqués à partir de matières premières entièrement différentes, ou que leur fabrication nécessite la mise en œuvre de technologies et d'outils de fabrication distincts, de processus de production différents, d'installations spécifiques ou qu'ils impliquent des efforts de repositionnement en termes de marketing ou l'acquisition d'une expérience et d'un savoir-faire spécifiques.

De même, les difficultés de développement d'une nouvelle clientèle, ou de commercialisation d'un nouveau produit, la concentration de la production sur un segment ou les importants coûts de recherche et développement que l'entrée sur un marché en déclin impliqueraient diminuent la substituabilité de l'offre.

En revanche, lorsqu'il suffit de recourir à des procédés simples de transformation, l'offre est substituable.

4. Définition du marché et autoconsommation

A RETENIR

L'autoconsommation qui consiste pour une entreprise à produire un bien ou à se rendre un service nécessaire à son activité ne fait pas partie de l'offre sur un marché.

La notion de marché concerné suppose en effet qu'une concurrence effective puisse exister entre les produits qui en font partie. La Commission considère ainsi que le marché global de la restauration collective concédée ne saurait inclure la restauration collective exécutée par des collectivités en autogestion, dès lors que ces dernières ne représentent pas une alternative pour les clients recherchant une restauration collective fournie par un tiers

B. Marché de produits ou de services

A RETENIR

Trois familles de critères sont généralement utilisées pour identifier un marché de produits ou de services : la nature du produit ou du service, ses conditions d'utilisation et son mode de commercialisation.

1. Caractéristiques du produit ou du service

A RETENIR

Le marché de produits pertinent comprend tous les produits et/ou services considérés par le consommateur comme interchangeables ou substituables en raison de leurs caractéristiques, de leur prix et de l'usage auquel ils sont destinés.

- Caractéristiques techniques/Fonctions

Les qualités - caractéristiques physiques, composition, dimension, résistance, conditionnement - d'un produit constituent un facteur essentiel de définition du marché concerné dans la pratique des autorités européennes. Ainsi, les différents types d'appareils de traumatologie ne sont pas considérés comme substituables dès lors qu'ils varient d'une anatomie à l'autre et d'un type de fracture à l'autre. Au-delà des caractéristiques purement techniques du produit, la qualité du service offert - type de contenu, savoir-faire, nature de la prestation - représente un élément de différenciation. Pour définir les marchés affectés par une concentration dans le secteur aérien, la Commission retient ainsi l'approche conventionnelle par paire de villes «point d'origine - point de destination» («O&D»), toute combinaison d'un point d'origine et d'un point de destination étant considérée comme un marché distinct. Les autorités européennes tiennent aussi compte de qualités plus subjectives telles que l'image, la perception de la marque ou le goût du produit. Lorsqu'un produit remplit différentes fonctions, seule sa fonction principale doit être prise en considération.

Des **produits ou services complémentaires** peuvent, selon le cas, appartenir au même marché ou à des marchés distincts. En revanche, les différents paliers du même processus économique constituent des marchés distincts lorsque l'offre et la demande émanent d'opérateurs différents et portent sur des produits ou services spécifiques. Il en est ainsi des produits dérivés par rapport aux matières premières ou de certains produits non substituables mais uniquement compatibles entre eux. Au contraire, certains produits partiellement substituables appartiennent au même marché lorsqu'ils sont utilisés en complément l'un de l'autre. Tel est le cas des herbicides de pré- et de post-levée, utilisés tous les deux à des stades différents pour le traitement du maïs, du verre feuilleté et du verre trempé, que leur nature complémentaire réunit au sein du marché du verre sécurit pour automobiles, ou de la presse quotidienne et de la presse magazine, qui, malgré leur insubstituabilité, constituent des services complémentaires pour la vente d'espaces publicitaires.

- Prix

Le prix peut constituer une caractéristique du produit ou du service et permettre de mesurer sa substituabilité. Lorsque les prix sont homogènes pour un ensemble de produits similaires, ces produits appartiennent au même marché. Les marchés doivent en revanche être distingués, même pour des produits semblables, lorsque les prix diffèrent, obéissent à une politique de prix spécifique, ne concernent qu'une catégorie de consommateurs ou reflètent une faible substituabilité en raison de leur fixation initiale et de leur maintien à un niveau sensiblement supérieur à celui de produits utilisés dans le même domaine. Le prix peut toutefois s'avérer un indicateur imparfait. Lorsque l'un des produits en cause est monopolisé, son prix devient nécessairement supérieur à ce qu'il serait dans une situation de concurrence. Deux produits en principe non substituables peuvent ainsi acquérir ce caractère du fait de l'exercice du pouvoir de marché dont il s'agit de vérifier l'existence.

- Conditions de fabrication

Selon la Cour de justice (CJCE, 21 fevr. 1973, Europemballage Corporation, aff. 6-72,

LawLex024140), des produits appartiennent à des marchés distincts lorsqu'ils s'individualisent non seulement par leur utilisation mais encore par des caractéristiques particulières de production qui les rendent spécifiquement aptes à cette destination. Des marchés distincts peuvent être définis compte tenu des procédés de fabrication, des outils de production utilisés, ou des matières premières nécessaires à la production.

- Contraintes réglementaires

L'existence de contraintes réglementaires peut constituer un obstacle à la substitution entre produits ou services similaires et conduire les autorités de la concurrence à segmenter un marché. Il en est ainsi en cas d'obligation d'obtenir un agrément, une autorisation ou une homologation, ou d'application de procédures de contrôle particulières, d'exigences sanitaires, ou d'un processus de libéralisation.

2. Conditions d'utilisation

A RETENIR

Au-delà des caractéristiques du produit ou de ses fonctionnalités, ce sont les comportements des utilisateurs qui définissent les limites d'un marché. Les produits s'individualisent par leurs conditions d'utilisation. Des produits qui présentent des caractères objectifs similaires peuvent appartenir à des marchés distincts parce qu'ils correspondent à des usages différents. À l'inverse, des produits techniquement différents peuvent relever du même marché du seul fait de leur usage.

Les conditions d'utilisation permettent donc soit de regrouper différentes familles de produits au sein d'un même marché, soit de différencier des groupes d'utilisateurs situés au même stade du processus économique. Les caractéristiques physiques ou techniques d'un produit peuvent le rendre spécifiquement apte à une utilisation particulière. Il existe ainsi un marché distinct pour les vacances à forfait, dès lors que ce type de vacances continue d'être très populaire chez les familles avec enfants et les personnes âgées, et que la réservation par agence est plus rassurante pour d'autres catégories de consommateurs. Il en est également ainsi pour le marché des ressorts pneumatiques pour véhicules ferroviaires, dans la mesure où les clients ont pour pratique commune de les acheter de manière séparée. De même, le marché de la fourniture de gaz aux clients éligibles consommateurs finals est distinct de celui de la vente aux clients éligibles revendeurs dans la mesure où les consommateurs ont des besoins saisonniers liés aux conditions climatiques tandis que les besoins de gaz des industriels sont constants sur l'année. Les barres chocolatées, les tablettes de chocolat et les pralinés appartiennent à des marchés distincts, dès lors qu'ils correspondent à des profils de consommation différents. En revanche, les canettes pour boisson de différentes dimensions mais présentant le même diamètre standard appartiennent au même marché eu égard à l'absence de préférence des consommateurs pour une dimension particulière. Tel est également le cas des différents appareils sanitaires en céramique, dès lors que les consommateurs finals ont tendance à acheter une gamme complète de ces produits en cas de construction neuve ou même de travaux de rénovation. La réalité de l'économie est telle qu'il est en effet parfois plus avantageux pour une entreprise d'offrir plusieurs biens ou services ensemble à moindre coût que de les proposer séparément du fait des économies de champ (*economies of*

scope) qui en résultent.

3. Méthode de commercialisation

A RETENIR

Les autorités européennes déduisent parfois l'existence d'un marché de produits distinct de la seule spécificité du circuit de distribution. Un produit ou un service peut appartenir à un marché particulier dès lors qu'il fait l'objet de conditions de distribution spécifiques.

Il en est ainsi du gaz dont le canal de distribution (générateurs sur site/canalisation, camions-citernes ou bouteilles) fait varier le prix, des batteries de première monte, distribuées à un petit nombre de constructeurs dans un temps donné, et des batteries de rechange, commercialisées par le biais de réseaux de distribution, à un grand nombre de consommateurs ou de la musique téléchargeable, dont la distribution en ligne diffère de celle de la distribution physique de musique (tant dans le commerce traditionnel que dans le commerce électronique). La place dans les rayons des grandes surfaces, le stockage, la présence de personnel qualifié dans les points de vente physique, la spécialisation des établissements de vente, les services à rendre par le fournisseur, les aspects marketing et le coût lié à la création de la notoriété de la marque, la différence de taille et d'emballage des produits constituent autant de critères retenus par les autorités européennes pour définir un marché de produits distinct.

C. Marché géographique

1. Critères

A RETENIR

Le marché géographique sur lequel s'apprécie l'entrave à la concurrence se définit comme «un territoire sur lequel les entreprises concernées interviennent dans l'offre et la demande de biens et de services, sur lequel les conditions de concurrence sont suffisamment homogènes et qui peut être distingué des territoires voisins, en particulier en raison des conditions de concurrence sensiblement différentes de celles prévalant sur ces territoires».

La définition du marché géographique doit tenir compte «de la nature et des caractéristiques des produits ou services concernés, de l'existence de barrières à l'entrée, de préférences des consommateurs, ainsi que de l'existence, entre le territoire concerné et les territoires voisins, de différences considérables de parts de marché des entreprises ou de différences de prix substantielles» (Règl. 139-2004, art. 9).

La délimitation géographique du marché s'effectue de façon positive et négative. Négativement, le marché se définit par ses limites, obtenues grâce à l'identification des barrières à l'entrée. Le plus souvent, les autorités européennes se fondent sur des critères physiques ou économiques, tels que la **nature du produit**, les **coûts liés au transport**, le **temps d'accès à la zone de chalandise** de référence, ou l'existence d'une **réglementation administrative**. Parfois, elles complètent cette analyse par des **appréciations d'ordre**

psycho-sociologique en tenant compte de la langue et des préférences culturelles ou des usages locaux et des habitudes de consommation des utilisateurs.

L'**homogénéité** existe du point de vue de l'offre lorsque, dans une zone définie, les caractéristiques des produits, la réglementation administrative, les offreurs et le degré de maturité du marché sont identiques ou que le volume des échanges et le taux de substituable de l'offre sont importants. S'agissant de la demande, les autorités de concurrence tiennent compte en particulier des comportements de consommation, de l'organisation de la distribution, de la structure de la demande, des politiques d'approvisionnement et de l'importance des importations. L'absence de différence de prix entre les produits au sein d'une zone géographique donnée est considérée comme un indice essentiel de l'homogénéité de celle-ci.

2. Étendue

A RETENIR

Le marché géographique sur lequel s'apprécie la position dominante est, selon l'article 2, paragraphes 2 et 3, du règlement 139-2004, le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci, c'est-à-dire le plus souvent un marché national. Parfois, les autorités européennes dépassent le cadre national pour retenir un marché européen, voire mondial.

Le marché revêt une dimension mondiale lorsque les achats sont effectués dans le monde entier en fonction des disponibilités, des prix, de leurs exigences techniques et des demandes particulières du marché, lorsque les principaux fournisseurs sont présents dans chacune des principales régions économiques du monde, lorsque les conditions de vente et d'exploitation sont similaires dans le monde entier et les coûts de livraison négligeables proportionnellement au prix, ou lorsque les sources d'approvisionnement passent aisément d'une région à l'autre pour répondre aux modifications de la demande, indépendamment de la localisation. L'étendue du marché concerné se limite à l'Europe dès lors que les exonérations de taxe à l'importation dont bénéficient entre eux les pays d'Europe ou l'existence de droits de douane extérieurs à l'Union permettent de circonscrire cette zone. Il en est de même lorsque les parties détiennent d'importantes parts de marché dans de nombreux États membres, lorsque les courants d'échanges avec les autres régions du monde sont relativement faibles, lorsque la distribution est organisée à une échelle européenne, lorsque les écarts de prix absolus avec les autres régions du monde représentent plus de 30 %, lorsque les sites de production se situent principalement dans les différents pays de la zone Europe, lorsqu'il s'agit d'un produit normalisé vendu dans toute l'Europe à des prix comparables, lorsque le coût du transport constitue un obstacle aux importations dans l'EEE et que la qualité des produits concernés est différente dans l'Union et le reste du monde, lorsque les fournisseurs de pays extérieurs à l'EEE sont faiblement présents ou lorsque les clients tendent à produire en flux tendu, ce qui nécessite le maintien d'un stockage centralisé en Europe.

A RETENIR

Il n'existe d'un point de vue théorique aucune étendue géographique minimale. Le marché pourrait également être infranational, c'est-à-dire régional ou local.

II. Effets non coordonnés

Les effets non coordonnés sont la conséquence de concentrations horizontales ou non horizontales, une même opération pouvant, selon les aspects concernés, relever simultanément des deux catégories.

A. Concentrations horizontales

1. Notion

A RETENIR

Par concentrations horizontales, il faut entendre les opérations réalisées entre des concurrents existants ou potentiels sur le même marché. Ces concentrations portent atteinte à la concurrence car elles augmentent le pouvoir de marché des entreprises qui les réalisent, c'est-à-dire leur pouvoir d'augmenter les prix en diminuant les quantités produites.

Le pouvoir de marché de la nouvelle entité issue de la concentration variera en fonction des parts de marché cumulées des parties à l'opération et de la structure du marché sur lequel celle-ci se réalise.

Dans ses Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales, la Commission relève qu'une concentration horizontale peut porter atteinte à la concurrence, de deux manières principales : en supprimant d'importantes pressions concurrentielles qui pèsent sur une ou plusieurs entreprises, lesquelles auraient alors un pouvoir de marché accru, sans recourir à une coordination des comportements (effets non coordonnés) ; en changeant la nature de la concurrence de telle sorte que les entreprises qui, jusque-là, ne coordonnaient pas leur comportement, seraient dorénavant beaucoup plus susceptibles de le faire ou en rendant plus efficace la coordination entre des entreprises qui coordonnaient déjà leur comportement avant l'opération (effets coordonnés).

2. Parts de marché cumulées

Pour apprécier la compatibilité de l'opération, la Commission doit tenir compte de la «position sur le marché des entreprises concernées et de leur puissance économique et financière» (Règl. 139-2004, art. 2, paragr. 1, b)).

A RETENIR

Une part de marché supérieure à 50 % peut, en elle-même, constituer la preuve d'une position dominante.

Ainsi, la détention par les parties d'une part de marché cumulée de 50 à 60 % et l'écart important entre l'entité issue de la concentration et son plus proche concurrent dans un

secteur mature où les parts de marché et les niveaux de concentration sont des indicateurs fiables du pouvoir de marché, constitue un indice de probables effets non coordonnés générés par l'opération en raison de la création d'une position dominante. A plus forte raison, la concentration qui conduit au contrôle de plus de 90 % d'un marché déjà fortement concentré, ou de plus de 80 % d'un marché caractérisé par de fortes barrières à l'entrée, ou entraîne l'acquisition d'un monopole ou quasi-monopole sur un marché mature, ou conduit à réunir les deux seuls détenteurs d'installations insubstituables, est incompatible avec le marché intérieur. En l'absence de concurrence potentielle à court terme, l'opération qui fait de l'entreprise issue de la concentration le seul fournisseur du marché aboutit nécessairement à la création d'une position dominante.

A RETENIR

À l'inverse, une concentration qui conduit à la détention par le nouvel ensemble d'une part du marché inférieure à 25 % est présumée compatible avec le marché intérieur.

A fortiori, une concentration n'est pas susceptible de produire un effet anticoncurrentiel en l'absence de chevauchement ou d'addition de parts de marché. Entre 25 et 50 %, le risque d'atteinte à la concurrence demeure et dépend de l'existence ou non d'une pression concurrentielle sur le marché concerné.

A RETENIR

Toutefois, il n'existe, en principe, aucun seuil de part de marché au-delà ou en deçà duquel une concentration est nécessairement déclarée compatible ou incompatible.

En particulier, selon la Commission, la détention d'une part, même très importante, par l'entité issue de la concentration sur des marchés de petite valeur, ne reflète pas adéquatement son pouvoir de marché. Des parts de marché de plus de 80 % sur un marché contestable ou en présence de fortes pressions concurrentielles peuvent être admises dès lors qu'elles ne permettent pas à l'entité issue de l'opération d'agir indépendamment des concurrents sur le marché. De même, une concentration qui confère à la nouvelle entité une part de marché de plus de 50 % n'entraîne pas la création ou le renforcement d'une position dominante dès lors que les concurrents présents sur ce marché disposent de parts de marché significatives, qu'il existe un certain degré de substituabilité entre les produits concernés, ou que la concentration de l'offre est élevée dans chaque État membre. En revanche, si le renforcement de la position dominante qui résulte de la concentration n'est pas contrebalancé par une puissance d'achat compensatrice ou par la présence de concurrents suffisamment puissants, ou s'il intervient sur un marché caractérisé par des barrières à l'entrée élevées, il présente des risques pour la concurrence.

3. Structure du marché

Au-delà de l'importance de la part de marché contrôlée par les parties, les autorités européennes apprécient l'effet de l'opération sur la structure du marché dans son ensemble.

Une concentration peut entraîner la **disparition d'un opérateur** ou creuser un écart entre les différents opérateurs du marché, la nouvelle entité n'étant confrontée qu'à des adver-

saires de petite taille, non adossés à de grands groupes ou disposant de moyens limités qui, dans tous les cas, seront dans l'incapacité d'exercer un contrepoids. L'opération qui provoque l'élimination de l'unique ou du principal concurrent, du seul concurrent viable, d'un concurrent innovant, actuel ou potentiel ou qui détient la marque la plus solide, d'une relation de concurrence très étroite entre deux opérateurs, en particulier, s'ils se comportaient en concurrents actifs et agressifs en termes de prix, présente un risque pour la concurrence. Il en va de même de la concentration qui entraîne une diminution de l'incitation de la nouvelle entité à livrer concurrence, une fois l'opération réalisée, au point qu'elle sera plutôt encline à adopter des stratégies de fidélisation de sa clientèle que des stratégies de croissance. Risque également d'entraver la concurrence la concentration qui conduit à la **suppression d'une concurrence potentielle**, vecteur significatif de discipline entre les parties qui constituent chacune le concurrent le plus proche de l'autre, ou qui se traduit à la fois par l'élimination des fortes contraintes concurrentielles que les parties exerçaient l'une sur l'autre ainsi que par la réduction de la pression concurrentielle sur les autres concurrents. Tel est également le cas lorsque l'élimination d'un opérateur conduit à la création d'un quasi-monopole, d'un monopole ou d'un duopole - sauf si le marché connaît une forte pression concurrentielle -, ou à la disparition d'une source d'approvisionnement. En revanche, la concentration qui conduit à la disparition d'un opérateur qui ne peut être considéré ni comme un fixe de prix, ni comme ayant fait preuve d'innovation pour étendre son réseau, sur un marché où les clients peuvent facilement changer de fournisseur, n'est pas de nature à entraver la concurrence.

La **position de faiblesse des concurrents** présents sur le marché par rapport à celle de l'entité combinée constitue un facteur négatif d'appréciation. Ainsi, une opération peut être jugée anticoncurrentielle eu égard à la disproportion de la taille de la nouvelle entité par rapport à celle des opérateurs traditionnels sur le marché, indice fort de la création ou du renforcement d'une position dominante.

Enfin, les **barrières à l'entrée** auxquelles sont confrontés les entrants sur le marché ou que peuvent rencontrer les concurrents de l'entité combinée opérant déjà sur le marché sont de nature à renforcer l'impact anticoncurrentiel d'une opération. La puissance financière, l'avance technologique, le savoir-faire, les procédures de qualification, d'homologation ou de certification, les investissements de capacité ou publicitaires, les effets de gamme ou de portefeuille, l'existence de contrats d'exclusivité ou conclus à long terme, la détention de brevets, de marques notoires, ou de droits exclusifs, l'accès privilégié aux ressources, la concentration du marché, constituent pour la nouvelle entité autant d'avantages concurrentiels susceptibles de rendre la pénétration des concurrents plus difficile.

Indépendamment des avantages dont bénéficient les parties à l'opération, les autorités de contrôle tiennent compte de l'ensemble des facteurs de nature à amplifier son impact anticoncurrentiel : **existence de barrières réglementaires, maturité ou transparence du marché, inélasticité de l'offre ou de la demande, homogénéité des produits concernés, capacités limitées ou surcapacités**. Selon la Commission, une concentration qui conduit à une consolidation substantielle des capacités de production, même sur des marchés caractérisés par une surcapacité au niveau sectoriel, est susceptible d'entraîner des effets non coordonnés, en éliminant la pression concurrentielle qui prévalait entre les parties

avant la concentration.

B. Concentrations non-horizontales

A RETENIR

Les concentrations non horizontales peuvent être soit verticales, soit conglomerales. Les premières concernent des opérateurs situés à des niveaux différents de la chaîne de production. Les secondes regroupent des entreprises qui ne sont situées ni sur le même marché ni sur un marché amont et aval et sont le plus souvent le fait de fournisseurs de produits complémentaires ou appartenant à la même gamme.

Les concentrations non horizontales sont généralement moins attentatoires à la concurrence que les concentrations horizontales - elles n'éliminent pas la concurrence entre les parties à l'opération - et susceptibles d'entraîner d'importants gains d'efficacité.

Ces deux types de concentrations peuvent entraîner un verrouillage du marché, en cas de réduction ou de fermeture de l'accès des concurrents actuels ou potentiels aux sources d'approvisionnement (verrouillage du marché des intrants) ou aux débouchés (verrouillage de la clientèle) ou à des informations privilégiées. Les concentrations verticales peuvent aboutir à la création ou au renforcement de puissance d'achat ou à des situations de dépendance économique tandis que les concentrations conglomerales peuvent favoriser la mise en oeuvre d'effets de levier ou de couplage anticoncurrentiels.

1. Concentrations verticales

PLAN

Les concentrations verticales entraînent généralement trois types d'effets anticoncurrentiels :

- elles verrouillent le marché des intrants ;
- elles verrouillent l'accès à la clientèle ;
- elles donnent accès à des informations sensibles.

a. Verrouillage du marché des intrants

A RETENIR

Selon la Communication sur l'appréciation des concentrations non-horizontales, le verrouillage du marché des intrants se produit lorsque la nouvelle entité empêche l'accès aux produits ou services qu'elle aurait fournis si la concentration n'avait pas eu lieu. Le risque pour la concurrence réside dans les effets sur les prix de l'augmentation du coût des intrants pour les concurrents sur le marché aval.

Le verrouillage de l'accès aux intrants peut notamment prendre la forme :

- d'une restriction des approvisionnements, d'une augmentation des prix facturés au concurrent sur le marché aval, ou de l'existence de conditions moins favorables pour y accéder que celles qui prévaudraient sans la concentration ;

- de l'utilisation par la nouvelle entité de technologies incompatibles avec celles des concurrents, du refus de concéder des licences ;
- de la dégradation de la qualité des intrants.

L'effet de verrouillage ne peut se produire que si, sur le marché aval, l'intrant est important pour le produit concerné et si, sur le marché amont, l'entité verticalement intégrée possède un pouvoir de marché substantiel. La capacité d'évincer les concurrents sur le marché aval dépendra de l'aptitude de la nouvelle entité à agir sur la disponibilité générale des intrants en termes de prix ou de qualité.

L'incitation au verrouillage dépend du degré de rentabilité de la stratégie. Les parties à une concentration verticale seront incitées à verrouiller le marché des intrants si l'opération leur permet de limiter l'extension des capacités de leurs concurrents sur le marché aval, de différer la réalisation de tels projets ou d'empêcher l'entrée sur le marché de concurrents potentiels. Pour déterminer si elles ont intérêt à s'engager dans une telle stratégie, il y a lieu de mettre en balance les coûts et les profits qu'un verrouillage entraînerait. En revanche, elles ne seront pas tentées de mettre en œuvre une stratégie de verrouillage, lorsque les profits tirés de la fourniture des intrants à des tiers sont bien plus élevés que la marge dégagée par la vente des produits qui les incorporent ou lorsque les concurrents sur le marché aval représentent une part considérable des ventes de la division amont. La structure de la propriété de la nouvelle entité est susceptible d'exercer une influence sur l'incitation au verrouillage, de tels comportements étant moins rentables lorsque le fournisseur de l'intrant fait l'objet d'un contrôle conjoint avec un autre opérateur, avec lequel les bénéfices devront être partagés.

L'atteinte à la concurrence est significative lorsque l'éviction concerne soit des entreprises qui jouent un rôle important sur le marché aval, soit des concurrents potentiels qui se voient opposer des barrières à l'entrée. Le simple fait que la nouvelle entité ait la possibilité de verrouiller le marché peut suffire à dissuader ses concurrents potentiels. En revanche, le risque de disparition d'une source d'approvisionnement est écarté dès lors que les parties ne détiennent pas des parts de marché élevées et que leurs produits ne sont pas incontournables, que la nouvelle entité se trouve confrontée à des concurrents puissants disposant de sources alternatives d'approvisionnement, ou que le prix de l'intrant ne représente qu'une infime partie du prix du produit fini.

b. Verrouillage de l'accès à la clientèle

A RETENIR

La concentration entre un fournisseur et un client important sur le marché en aval peut conduire à la fermeture du marché en amont aux concurrents actuels ou potentiels, qui n'auront plus accès à une clientèle suffisante. Il en est ainsi de l'opération qui réunit l'un des deux principaux fabricants du marché et un client du fabricant concurrent avec lequel ce dernier réalise une part substantielle de ses ventes.

Le verrouillage de la clientèle peut revêtir différentes formes. Il peut se traduire par l'adoption par la nouvelle entité d'une politique d'achat préférentielle, exclusive, voire spéculative, qui permet au fabricant de remporter des marchés qu'il n'aurait pas obtenus sans la concentration, ou par la tentation de supprimer toute interopérabilité de sa plate-

forme de production avec les produits concurrents ou à utiliser son pouvoir de certification comme levier pour la vente de ses propres produits. Sur les marchés de la télévision, le verrouillage de la clientèle peut être total lorsqu'un télédiffuseur se voit refuser l'accès à un distributeur en aval et partiel lorsqu'un télédiffuseur autorise une chaîne de télévision sur sa plate-forme tout en diminuant la qualité visuelle de celle-ci, en rendant le contenu d'un concurrent moins aisément accessible sur sa plate-forme, notamment en plaçant les chaînes concurrentes plus loin sur la liste des chaînes ou le guide électronique de programmation.

En cas d'économies d'échelle, le verrouillage de la clientèle est susceptible de dissuader l'entrée de concurrents potentiels sur le marché amont dont l'attrait en termes de recettes sera réduit. Le verrouillage ne peut susciter des préoccupations de concurrence que si la concentration concerne un client qui dispose d'un pouvoir de marché substantiel sur le marché aval. Il ne peut y avoir d'atteinte significative à la concurrence lorsque les concurrents conservent des possibilités d'approvisionnement alternatif. Tel est le cas lorsque la base de clientèle demeure très large, la nouvelle entité ne représentant que 15 à 25 % du marché aval, lorsque la nouvelle entité ne peut opérer sur le marché de façon viable sans proposer les services de tiers ou lorsque les produits en cause appartiennent à deux catégories distinctes en termes techniques et commerciaux. Lorsque les opérateurs exercent leur activité à un niveau proche du seuil de la rentabilité, le verrouillage de la clientèle est sans effet sur la concurrence car une augmentation des coûts se traduirait plutôt par une intensification de la concurrence par les prix que par une monopolisation du marché. Enfin, l'augmentation des coûts des concurrents, sur le marché aval, n'est pas profitable à la nouvelle entité lorsque ceux-ci représentent une part considérable des ventes de la division amont.

c. Accès à des informations privilégiées

A RETENIR

L'accès d'une entreprise verticalement intégrée à des informations sensibles, notamment au travers de sa participation au conseil d'administration d'entreprises clientes de la division aval, crée un risque d'atteinte à la concurrence.

Elle est susceptible de permettre à cette dernière de présenter des offres plus compétitives, de verrouiller l'accès de ses concurrents à la clientèle, d'ajuster le positionnement de ses propres produits sur le marché, de renchérir les conditions faites au concurrent devenu son client et lui confère ainsi un avantage concurrentiel décisif. Tel n'est cependant pas le cas lorsque les données collectées sur les concurrents sont connues trop tard pour les exploiter en présentant de meilleures offres.

2. Concentrations conglomérales

A RETENIR

Une concentration conglomérale réunissant généralement des parties actives sur des marchés de biens et services complémentaires, les effets d'une concentration conglomérale sont le plus souvent considérés comme neutres, voire bénéfiques, par la doctrine économique.

La nouvelle entité peut, cependant, être tentée, par un effet de levier, d'exploiter sa position en pratiquant des ventes liées ou groupées, qui sont susceptibles de réduire la pression concurrentielle. Les pratiques de vente liée ou groupée, qui consistent à émettre des offres couplant plusieurs produits et/ou services différents, que les concurrents de la nouvelle entité sont dans l'impossibilité de répliquer, sont susceptibles de conférer à celle-ci un avantage significatif. Du point de vue de la demande, ce type de pratique crée un avantage tarifaire pour l'acquisition d'un ensemble de produits ou services appartenant à plusieurs marchés, par rapport à leur acquisition séparée. Plusieurs conditions doivent être réunies pour qu'une stratégie de couplage soit apte à verrouiller le marché. La nouvelle entité doit se servir de sa domination sur un marché comme levier sur le marché d'un produit complémentaire ; les concurrents ne doivent pas être en mesure de riposter commercialement, et l'entité doit être capable d'appliquer des hausses de prix unilatérales sur le long terme. Une stratégie de vente groupée pure, qui consiste pour l'entité issue de la concentration à imposer à ses clients l'achat d'un produit dont la notoriété est faible avec un produit incontournable, n'a de chances de réussite que si les produits en cause présentent un niveau élevé de complémentarité du point de vue de la demande, la seule offre d'une vaste gamme de produits ne suffisant pas à satisfaire la condition. Elle ne présente pas non plus d'intérêt commercial lorsqu'elle conduit les parties à la concentration à perdre des ventes substantielles auprès d'acheteurs d'un seul des produits.

III. Effets coordonnés / Position dominante collective

Une opération de concentration sur un marché concentré peut aboutir à la création d'une position dominante collective et accroître la probabilité de coordination des comportements des entreprises présentes sur le marché, qui pourront adopter une ligne d'action commune et augmenter leurs prix, sans conclure d'accord ou recourir à une pratique concertée.

A RETENIR

Une situation de marché oligopolistique suffit-elle pour autant à générer une position dominante collective, indépendamment de toute condition comportementale ? Le juge européen répond clairement par l'affirmative :

«Sur le plan juridique ou économique, il n'existe aucune raison d'exclure de la notion de lien économique la relation d'interdépendance existant entre les membres d'un oligopole restreint à l'intérieur duquel, sur un marché ayant les caractéristiques appropriées [...], ils sont en mesure de prévoir leurs comportements réciproques et sont donc fortement incités à aligner leur comportement sur le marché, de façon notamment à maximiser leur profit commun en restreignant la production en vue d'augmenter les prix.»

Selon la Commission, la coordination peut revêtir plusieurs formes, telles que le maintien des prix à un niveau supra-concurrentiel, la limitation de la production ou de la quantité de nouvelles capacités mises sur le marché, la répartition du marché par zone géographique ou sur la base d'autres caractéristiques de la clientèle, ou encore le partage des marchés dans les procédures d'appels d'offres.

La source d'une telle coordination peut soit être trouvée, comme en matière d'abus de position dominante dans les liens capitalistiques, financiers ou commerciaux qui unissent les entreprises concernées, soit être directement déduite de la structure du marché.

Certaines structures de marché sont plus favorables que d'autres à une coordination des comportements. Tel est le cas lorsque les structures de coût sont similaires, les positions symétriques, le marché est mature ou en surcapacité et la demande inélastique.

A RETENIR

Dans l'arrêt *Airtours* (TPICE, 6 juin 2002, aff. T-342-99, LawLex023474), les autorités européennes ont défini les trois conditions qui doivent être réunies pour que la coordination soit possible ou - ce qui revient au même - pour qu'une position dominante collective puisse être constatée : une transparence du marché et une homogénéité des produits suffisantes pour permettre à chaque membre de l'oligopole dominant de connaître, de manière suffisamment précise et immédiate, l'évolution du comportement des autres membres, afin de vérifier s'ils adoptent ou non la même ligne d'action (condition de détection) ; une incitation des membres de l'oligopole à ne pas s'écarter de la ligne d'action commune grâce à la mise en place de mécanismes de représailles ou de dissuasion (condition de dissuasion) ; une impossibilité de contestation de la ligne d'action commune par les concurrents actuels ou potentiels ou les consommateurs du fait de l'absence de contrepoids (condition de contestation).

Dans l'affaire *Impala* (CJCE, 10 juill. 2008, aff. C-413-06P, LawLex081117), la Cour de justice a réaffirmé la solution de l'arrêt *Airtours*, ajoutant que «la probabilité d'une coordination tacite est plus forte, si les concurrents peuvent facilement parvenir à une perception commune de la manière dont doit fonctionner la coordination, notamment des paramètres susceptibles de faire l'objet de la coordination envisagée» (condition de compréhension). En outre, selon la Cour, le juge européen, lorsqu'il apprécie l'existence d'une position dominante collective en appliquant les critères posés par l'arrêt *Airtours*, doit se garder de toute démarche mécanique consistant à apprécier séparément chacun des critères pris isolément, en ignorant le mécanisme économique global d'une hypothétique coordination tacite.

S'il est facile d'imaginer une coordination des comportements entre concurrents, des effets coordonnés peuvent également survenir en cas de concentration non horizontale du fait de la réduction du nombre de concurrents et de l'accroissement du degré de symétrie entre les entreprises que ces opérations sont susceptibles d'entraîner. En revanche, une concentration n'est pas de nature à produire des effets coordonnés lorsque, rompant les liens capitalistiques unissant deux groupes dans six filiales communes, elle rend plus difficile toute collusion tacite ou lorsque, en l'absence d'éléments établissant que les performances du marché sont déterminées par l'existence d'un mécanisme de répartition des clients entre quatre grands producteurs, il est peu probable qu'elle rende la coordination plus facile, plus stable ou plus efficace à un degré tel qu'elle pourrait entraver l'exercice d'une concurrence effective. De tels effets peuvent aussi être écartés sur un marché caractérisé par la diversité des produits et des appels à la concurrence non transparents sur lequel la conclusion d'un accord tacite sur des modalités de coordination apparaît improbable.

IV. Effets compensateurs

Les autorités européennes tiennent compte, dans leur appréciation, des caractéristiques du marché susceptibles d'atténuer l'impact anticoncurrentiel d'une opération de concentration :

- **nature du produit ou du service**, objet du marché ; le risque anticoncurrentiel induit par une concentration peut être compensé en présence d'un produit perçu par ses utilisateurs comme présentant des possibilités de changement simple et peu risqué de fournisseur ;
- **réglementations légales ou administratives** ; des procédures de passation de marché public peuvent ainsi garantir l'ouverture de l'accès à un type de marché déterminé ;
- **puissance d'achat** ou, plus largement, pouvoir de négociation des partenaires de la nouvelle entité ; même des entreprises dont les parts de marché sont très élevées peuvent voir leur pouvoir de marché contrecarré par celui de leurs fournisseurs ou clients ;
- **existence de concurrents actuels ou potentiels** ; la taille et l'intégration verticale des concurrents de même que l'excédent de leurs capacités de production, le degré de concurrence des marques distributeurs ou l'importance de la concurrence internationale constituent des indices de l'intensité de la concurrence ;
- **absence ou faiblesse des barrières à l'entrée** ; la perspective de l'entrée de nouveaux concurrents crée une contrainte pour les parties à la concentration ; encore faut-il que l'entrée soit probable, qu'elle puisse s'exercer en temps utile et qu'elle soit d'une ampleur suffisante pour compenser les effets anticoncurrentiels de l'opération ;
- **conditions économiques de fonctionnement du marché** ; un taux de croissance important du marché ou un degré élevé d'élasticité de la demande constituent des facteurs atténuant l'effet anticoncurrentiel.

V. Théorie de l'entreprise défaillante

La «*failing company defense*» a été introduite en droit antitrust américain par l'arrêt de la Cour suprême *Citizen* avant d'être reprise pour la première fois par les Merger Guidelines de 1992. Une concentration anticoncurrentielle peut bénéficier d'une dérogation à l'interdiction posée par la section 7 du Clayton Act si le défendeur établit que la société cible court un risque certain de cessation des paiements et ne peut être réorganisée et qu'aucune alternative moins restrictive de concurrence n'existe (rachat par une entreprise moins puissante ou non concurrente).

Bien qu'il ne soit pas toujours dénué d'ambiguïté, le raisonnement qui fonde la doctrine de l'entreprise défaillante ne s'inscrit pas dans le cadre d'un système d'exemption ou de rachat mais trouve sa place au sein d'une analyse purement concurrentielle : du fait des difficultés de l'entreprise cible, qui aurait de toute façon disparu du marché, le lien de causalité entre la concentration et l'atteinte à la concurrence est rompu. Dans ses Lignes directrices relatives à l'appréciation des concentrations horizontales, la Commission pose comme condition fondamentale à la compatibilité de la concentration que la détérioration de la structure de la concurrence qui se produirait après la concentration ne soit pas causée par cette opération. Une interdiction de la concentration ne se justifie

pas si la détérioration de la structure concurrentielle du marché serait aussi grave, voire pire, si l'opération ne se réalisait pas.

A RETENIR

L'admission de l'«argument de l'entreprise défaillante» est subordonnée à la réunion de trois conditions :

- disparition à brève échéance de l'entreprise acquise en l'absence de concentration ;
- absence d'alternative d'achat moins dommageable pour la concurrence ;
- disparition inévitable de l'entreprise défaillante du marché en l'absence de concentration ; le caractère inévitable de la disparition des actifs est établi dès lors que la part de marché de l'entreprise acquise serait reprise par l'entreprise acquéreuse en cas de disparition de la première, cette condition devant être appréciée sur une période raisonnable correspondant à la durée de cycle des produits sur le marché en cause et la reprise devant résulter directement de l'opération.

L'argument de la société défaillante doit être rejeté lorsqu'il n'est pas démontré que la disparition inévitable d'une entreprise permettrait à la société reprenneuse, à défaut de reprise dans le cadre d'une concentration, d'acquérir la même part de marché alors que l'opération notifiée renforcerait au contraire sa position dominante en lui permettant d'utiliser le potentiel d'une nouvelle enseigne.

SECTION 2

Exonération

PLAN

L'exonération d'une opération de concentration anticoncurrentielle peut être obtenue :

- lorsque des gains d'efficacité sont démontrés ;
- lorsque des mesures correctives sont adoptées.

I. Gains d'efficacité

A RETENIR

Le règlement sur le contrôle des concentrations ne comporte pas de possibilité d'exemption fondée sur des motifs extraconcurrentiels. L'article 2, paragraphe 1, b) prévoit bien que la Commission peut tenir compte dans son évaluation «de l'évolution du progrès technique et économique pour autant que celle-ci soit à l'avantage des consommateurs et ne constitue pas un obstacle à la concurrence». Mais la notion de progrès technique et économique ne représente que l'un des facteurs d'appréciation d'une analyse, de surcroît exclusivement présentée comme destinée à mesurer l'impact de l'opération sur la concurrence. Désormais, la Commission consacre, dans ses Lignes directrices relatives aux concentrations horizontales ou non horizontales, la théorie des gains d'efficacité.

À l'instar de l'«*efficiency defense*» américaine, la théorie des gains d'efficacité est fondée sur l'idée que les effets positifs d'une concentration en termes d'efficacité économique sont dans certaines hypothèses suffisants pour compenser ses effets anticoncurrentiels. Une concentration horizontale, bien qu'elle réduise le nombre d'entreprises présentes sur le marché, et facilite la collusion et l'interdépendance oligopolistique, permet aussi à l'entreprise initiatrice d'atteindre plus rapidement une taille optimale et de réaliser des économies d'échelle, lesquelles pourront ensuite être répercutées sur les consommateurs. Une concentration verticale ou conglomérale, si elle est susceptible d'éliminer des concurrents à chacun des stades du processus économique et de réduire ou supprimer toute concurrence potentielle, permet aux parties d'économiser des coûts de transaction et d'améliorer la recherche ou de financer leurs activités sur des marchés voisins.

Les gains d'efficacité désignent l'ensemble des synergies que la nouvelle entité est en mesure de réaliser à l'issue de l'opération. Les gains peuvent être quantitatifs (réduction des coûts de production, réalisation d'économies d'échelle, nouvelles techniques de fabrication) ou qualitatifs (nouveaux produits, produits améliorés...). En termes d'avantages pour les consommateurs, les gains d'efficacité se rapportant à des coûts fixes ont moins de chances d'être répercutés dans un délai raisonnable que les réductions de coûts marginaux qui affectent immédiatement les décisions touchant au rendement/prix de rentabilité optimal d'une société.

A RETENIR

Les gains d'efficacité sont pris en considération si trois conditions cumulatives sont réunies : ils doivent être à l'avantage des consommateurs, propres à la concentration et vérifiables. Ils doivent en outre être suffisants pour compenser l'atteinte anticoncurrentielle induite par la concentration.

Ainsi, selon la Commission, une concentration qui entraînerait une situation de quasi-monopole sur plusieurs marchés devrait présenter des gains d'efficacité d'un niveau particulièrement élevé. A l'inverse, de tels gains sont pris en considération lorsqu'ils font plus que contrebalancer les augmentations de prix estimées sur le marché concerné.

Selon le Tribunal, la condition relative au caractère vérifiable des gains d'efficacité n'implique pas que la partie notificante produise des données susceptibles d'être vérifiées de manière indépendante par un tiers ou des documents antérieurs à la concentration permettant d'évaluer de manière objective et indépendante l'étendue des gains d'efficacité générés par l'acquisition, mais signifie seulement que lorsque les données nécessaires pour permettre une analyse quantitative précise ne sont pas disponibles, il doit être possible de prévoir un effet positif sur les consommateurs, clairement identifiable et non marginal.

La notion de «répercussion» des gains d'efficacité sur les consommateurs ne saurait signifier que, si une concentration génère des baisses de coûts, il est probable que les parties répercutent ces baisses sur leurs clients, dès lors que la répercussion des baisses de coûts sur les clients n'empêche pas les parties de récupérer, par ailleurs, ces gains. En réalité, l'incitation à répercuter les gains d'efficacité sur les consommateurs est souvent liée à l'existence de pressions concurrentielles : il est peu probable qu'une telle répercus-

sion ait lieu si le pouvoir de marché de la nouvelle entité est très important. Les gains d'efficacité doivent également être la conséquence directe de l'opération, ce qui signifie qu'ils ne doivent pas pouvoir être obtenus au moyen d'alternatives moins anticoncurrentielles. Enfin, les gains d'efficacité doivent être dans la mesure du possible quantifiés.

A RETENIR

La charge de la preuve des effets positifs de l'opération incombe aux parties, mais la difficulté de la preuve varie selon le type de gains d'efficacité.

La Commission exige aussi que les gains d'efficacité interviennent en «temps utile», c'est-à-dire qu'ils ne soient pas trop éloignés dans le temps, sans préciser la notion. Selon le juge de l'Union, il ne peut être reproché à la Commission d'avoir fait part de ses doutes quant à l'extrapolation de données historiques antérieures à la concentration, dès lors qu'au vu de la multitude des changements structurels survenus au cours de la décennie, il est impossible de déduire d'une concentration survenue en 2002 la réalité d'un gain d'efficacité généré par une opération qui doit intervenir dix ans plus tard. Même s'ils remplissaient les trois critères des lignes directrices sur les concentrations horizontales (être vérifiables, propres à la concentration et répercutables sur les consommateurs), des gains d'efficacité ne sauraient être pris en considération dès lors qu'il subsiste une incertitude majeure quant au calendrier de leur mise en oeuvre.

II. Mesures correctives

Le contrôle européen des concentrations se résout très souvent par l'engagement des parties d'apporter des modifications à leur opération afin de la rendre compatible avec le marché intérieur. L'ensemble de ces modifications est désormais qualifié de «mesures correctives». Le règlement lui-même prévoit seulement que «[la Commission] peut assortir sa décision de conditions et charges destinées à assurer que les entreprises concernées respectent les engagements qu'elles ont pris à l'égard de la Commission en vue de modifier le projet initial de concentration» (art. 6 et 8). Selon le juge européen, la nature structurelle ou comportementale des engagements importe peu dès lors qu'ils rétablissent une structure de marché compétitive.

Pour être recevables, les engagements doivent résoudre les problèmes de concurrence soulevés par la Commission. Ils doivent être complets, efficaces et rapidement exécutoires.

A. Engagements structurels

A RETENIR

Les engagements structurels, qui sont généralement réputés plus efficaces du fait de leurs effets sur la structure du marché, sont traditionnellement préférés aux engagements comportementaux, plus fréquemment proposés par les parties. Selon la Commission, les plus efficaces sont les engagements de cession, qui permettent d'assurer l'émergence d'un nouveau concurrent ou de renforcer la position des concurrents actuels de la nouvelle entité. Ils sont faciles à mettre en oeuvre car ils ne nécessitent pas de surveillance *ex post*.

Les éléments cédés doivent toutefois constituer une activité viable et compétitive. Il en est ainsi de l'engagement de céder une unité de fabrication d'un produit qui englobe la force de vente et le service après-vente attachés à ce produit, ou une unité de recherche et de développement. La Commission peut même imposer la cession d'activités qui ne soulèvent pas de préoccupations de concurrence, mais qui sont nécessaires à la viabilité de l'ensemble cédé. L'activité doit pouvoir être exploitée de manière autonome sans l'assistance des parties à la concentration. La cession peut porter sur une combinaison d'actifs qui ne constituaient pas auparavant une activité unitaire, dès lors que chacun constitue déjà une activité viable, ou ne comprendre que des actifs de production et/ou de distribution et des marques. Les engagements de cession peuvent prendre la forme d'une licence à un tiers. Dans tous les cas, l'engagement de cession ne doit pas être hypothétique. Si la cession devait se révéler irréalisable, les parties doivent prévoir un engagement subsidiaire qui garantisse la réalisation de la condition.

L'acquéreur doit être approprié. Autrement dit, il doit être viable et indépendant, sans lien avec les parties à la concentration, et posséder des ressources financières, des compétences confirmées et la motivation nécessaire pour préserver et développer la capacité de l'activité cédée de concurrencer activement les parties et d'autres entreprises. La Communication concernant les mesures correctives pose des règles très précises afin de garantir la bonne exécution de la cession. Trois modalités sont envisagées :

- cession de l'activité dans un délai fixé après l'adoption de la décision, à un acquéreur approuvé par la Commission ;
- conclusion d'un accord contraignant avec un acquéreur non identifié, dit «acquéreur initial», approuvé par la Commission, avant la clôture de l'opération ;
- conclusion d'un accord contraignant avec un acquéreur identifié pendant la procédure de la Commission (règlement préalable).

La période de conclusion d'un accord contraignant comprend en principe une phase de recherche d'un acquéreur approprié (première phase de cession) d'une durée de six mois prolongée, en cas d'échec, d'une phase de trois mois au cours de laquelle un tiers est mandaté pour céder l'activité sans qu'un prix minimum soit fixé (phase d'intervention du mandataire chargé de la cession).

La cession de participations ou d'actifs, voire plus spécifiquement le retrait d'une entreprise commune ou d'une alliance, la cession de droits de propriété intellectuelle, ou de contrats peuvent, sous ces conditions, apporter une solution durable aux problèmes de concurrence identifiés. Tel est le cas par exemple, lorsque l'engagement de céder les activités de la société cible qui auraient donné lieu à des chevauchements très importants permet à l'acquéreur de l'activité cédée de se substituer à la pression concurrentielle exercée par la cible sur la partie notifiante.

B. Engagements comportementaux

A RETENIR

Les engagements comportementaux sont plus rares car ils impliquent souvent une surveillance permanente par les autorités de concurrence. Ils sont généralement

adoptés soit lorsque la cession ou la rétrocession est irréalisable, soit lorsque les atteintes portées à la concurrence par l'opération n'ont pas une cause structurelle.

Il en est ainsi de l'autorisation d'accès à des infrastructures ou à des débouchés, de la renonciation à des accords exclusifs, à certaines clientèles ou branches d'activités, de la résiliation d'accords de distribution, de fourniture de longue durée ou de licence, de la concession de licences, de l'augmentation des capacités de production, de la limitation dans l'exercice des droits de vote au sein de l'entreprise, du recours à un arbitre ou de la nomination d'un mandataire. Les parties à la concentration peuvent également s'engager, pour garantir une cession d'actifs, à ne pas concurrencer le futur cessionnaire, à ne pas divulguer certaines informations ou à l'inverse à en diffuser d'autres ou enfin, dans le secteur des télécommunications, à procéder au dégroupage de la boucle locale.

Les engagements comportementaux doivent, selon la Commission, être dans leurs effets équivalents à une cession. Leur durée doit être limitée dans le temps.

C. Clause de réexamen

A RETENIR

Quelle que soit leur nature, les engagements proposés par les parties ne sont pas immuables. Ils doivent être accompagnés d'une clause de réexamen qui va permettre, sur demande motivée des parties, une extension des délais ou une modification ou une suppression des engagements, si l'existence de circonstances exceptionnelles est établie.

Elle autorise aussi la Commission à exiger que les parties soumettent des propositions de modification des engagements validés, lorsque des difficultés d'exécution surviennent, ou s'il apparaît que les objectifs fixés auront plus de chances d'être atteints selon d'autres modalités que celles convenues.

Une telle clause ne porte pas en elle-même atteinte aux droits des tiers, qui ne disposent d'un recours que si elle est effectivement mise en œuvre, celui-ci devant être dirigé non contre la clause, mais contre la décision de modification d'engagements prise par la Commission.

SECTION 3

Incompatibilité de l'opération / Déconcentration

A RETENIR

La Commission peut, à l'issue de son analyse, prononcer une décision d'incompatibilité.

Selon l'article 8, paragraphe 3, du règlement 139-2004 du 20 janvier 2004, «lorsque la Commission constate qu'une concentration répond au critère défini à l'article 2, paragraphe 3, ou, dans les cas visés à l'article 2, paragraphe 4, ne répond pas aux critères de l'article 101, paragraphe 3, TFUE, elle prend une décision déclarant la concentration

incompatible avec le Marché commun». Il en est ainsi lorsque l'opération entraîne la disparition d'un opérateur sur un marché oligopolistique, permet d'accroître la clientèle de la nouvelle entité sur des marchés où le pouvoir d'action des clients est limité ou renforce sa puissance d'achat. De même, doit être déclarée interdite l'opération qui instaure une position dominante sur plus d'une dizaine de marchés en supprimant la relation concurrentielle très étroite existant entre deux opérateurs et en réduisant sensiblement le choix des prestations offertes aux clients, sans que les concurrents ne puissent influencer suffisamment le comportement de l'entité issue de la concentration, notamment en matière de prix. De même, l'incompatibilité sera prononcée si les engagements proposés par les parties ne suppriment pas les problèmes de concurrence. Tel est notamment le cas lorsque, malgré les engagements de cession d'activités pris par la partie notifiante, le repreneur ne constitue pas un acheteur approprié pour faire de l'activité cédée une force concurrentielle et qu'il n'est pas établi qu'il serait possible d'appliquer ces engagements en temps voulu, ni que ceux-ci seraient suffisamment exploitables et durables pour garantir que l'entrave à une concurrence effective qu'ils visent à corriger ne se concrétise pas dans un futur relativement proche. Les décisions d'incompatibilité demeurent en pratique relativement exceptionnelles.

Le paragraphe 4 du même texte autorise la Commission, si elle constate qu'une concentration a déjà été réalisée et qu'elle a été déclarée incompatible, ou qu'elle a été réalisée en violation d'une condition dont est assortie une décision prise en vertu du paragraphe 2 et indiquant que, faute de respecter cette condition, la concentration répondrait au critère énoncé à l'article 2, paragraphe 3, ou que, dans les cas visés à l'article 2, paragraphe 4, elle ne répondrait pas aux critères énoncés à l'article 101 TFUE, paragraphe 3, à ordonner :

- aux entreprises concernées la dissolution de la concentration ;
- toute autre mesure appropriée afin que les entreprises concernées dissolvent la concentration ou prennent des mesures visant à rétablir la situation antérieure à la réalisation de la concentration, comme requis dans sa décision. Lorsqu'une concentration incompatible a déjà été réalisée, la Commission peut donc ordonner, afin de rétablir une concurrence effective, la cession de l'ensemble des actifs de la société cible à un concurrent viable, indépendant, sans lien avec le groupe à l'origine de l'opération, et possédant l'expérience et les ressources financières nécessaires.

CHAPITRE III Procédure de contrôle

SECTION 1

Notification préalable obligatoire

- I. Obligation de notification
- II. Obligation d'information
- III. Obligation de suspension

SECTION 2

Examen de l'opération

- I. Pouvoirs d'enquête de la Commission
- II. Droits des parties notifiantes
 - A. Communication des griefs
 - B. Droit d'être entendu
 - C. Droit d'accès au dossier
 - D. Droit de retrait du projet notifié
- III. Droits des tiers
- IV. Consultation du Comité consultatif

SECTION 3

Issue de la procédure

- I. Décision de compatibilité ou d'incompatibilité
- II. Mesures provisoires
- III. Amende

SECTION 4

Voies de recours

- I. Recours en annulation
- II. Sursis à exécution

CHAPITRE III Procédure de contrôle

L'importance des conséquences économiques des décisions intervenant en matière de concentration explique les caractères spécifiques de la procédure de contrôle définie par le règlement du 20 janvier 2004 et le règlement-procédure du 7 avril 2004 qui le complète. Le contrôle institué est un contrôle préalable subordonné à des délais extrêmement brefs et effectué par un organe administratif, la Commission, agissant sous le contrôle du juge européen.

A RETENIR

Afin d'assurer l'application uniforme du droit européen, la Commission a compétence exclusive pour mettre en œuvre le règlement 139-2004 sous réserve des conséquences civiles qui, comme en matière d'ententes et d'abus de position dominante, relèvent des droits nationaux.

Toutes les opérations de concentration dépassant certains seuils doivent être notifiées aux autorités européennes et la décision de la Commission ne peut intervenir en principe plus de cinq mois après la notification de l'opération. De surcroît, la procédure n'est engagée qu'à la suite d'un examen préliminaire (dit de phase I) qui clôt en réalité la plupart des instances. Enfin, une procédure officieuse peut se dérouler préalablement à la procédure officielle, la Commission encourageant les entreprises à participer à des entretiens informels et confidentiels avec ses représentants dès la notification, pour vérifier que l'opération envisagée tombe effectivement dans le champ d'application du règlement et alléger éventuellement le dossier de notification que les entreprises doivent soumettre.

PLAN

Nous examinerons successivement les différentes étapes du contrôle :

- la notification préalable obligatoire ;
- l'examen de l'opération ;
- l'issue de la procédure ;
- les voies de recours.

SECTION 1

Notification préalable obligatoire

PLAN

Nous envisagerons successivement :

- l'obligation de notification ;
- l'obligation d'information qui lui est attachée ;
- l'obligation de suspension de l'opération qu'elle entraîne.

I. Obligation de notification

A RETENIR

Les difficultés de mise en œuvre des mesures de déconcentration conduisent souvent les législateurs à adopter, dans ce domaine, des systèmes de contrôle préventifs. Parmi les différentes possibilités de contrôle a priori, le règlement européen opte pour la forme la plus sévère puisqu'il institue une notification préalable obligatoire.

L'article 4, paragraphe 1, du règlement 139-2004 dispose ainsi que «les concentrations de dimension communautaire visées par le présent règlement doivent être notifiées à la Commission avant leur réalisation et après la conclusion de l'accord, la publication de l'offre publique d'achat ou d'échange ou l'acquisition d'une participation de contrôle».

En cas de fusion ou de prise de contrôle en commun, la concentration doit être notifiée conjointement par les entreprises participantes qui doivent désigner un représentant commun ; dans les autres cas, la notification incombe à l'acquéreur. Le représentant doit établir par écrit son pouvoir de représentation (Règl. 802-2004, art. 2).

L'article 14, paragraphe 2, du règlement 139-2004 punit d'une amende pouvant aller jusqu'à 10 % du chiffre d'affaires réalisé les entreprises concernées qui, «de propos délibéré ou par négligence», omettent de notifier une opération de concentration.

II. Obligation d'information

A RETENIR

La notification s'effectue au moyen du formulaire CO figurant en annexe du règlement 802-2004.

Les renseignements demandés ne concernent pas seulement les participants à l'opération de concentration (propriété et contrôle, liens personnels et financiers, marchés affectés...) mais tendent, plus généralement, à déterminer les conditions de la concurrence sur les marchés concernés (structure de l'offre et de la demande, entrée sur le marché, recherche et développement, accords de coopération, associations professionnelles, aspects congloméraux, contexte mondial, gains d'efficacité). Les informations requises sont parfois si précises et si difficiles à appréhender, même pour les entreprises parties à l'opération, que celles-ci risquent très facilement d'être considérées comme ayant donné une information inexacte ou incomplète. La Commission peut cependant dispenser les entreprises de l'obligation de communiquer toute information requise par le formulaire qui «ne lui paraît pas nécessaire pour l'examen de l'affaire» (Règl. 802-2004, art. 4, paragr. 2). Les autorités européennes, tout en respectant le secret des affaires, publient un extrait sommaire de la notification, en vue d'obtenir les observations des tiers concernés (Règl. 139-2004, art. 4, paragr. 3). La communication à la Commission de certaines informations dans le cadre d'une procédure antérieure ne limite pas l'obligation des parties notifiantes de répondre à la totalité des questions posées dans le formulaire CO.

L'article 14, paragraphe 1, du règlement 139-2004 sanctionne d'une amende le non-respect par les entreprises concernées de l'obligation de donner des indications exactes ou

non dénaturées à l'occasion d'une notification. L'infraction peut être commise par négligence ou de propos délibéré. Chacune des entreprises est responsable des informations qu'elle communique, malgré la nomination d'un représentant unique.

III. Obligation de suspension

A RETENIR

Afin d'assurer l'effet utile de l'obligation préalable de notification tout en évitant de paralyser trop longtemps l'activité des entreprises concernées, le règlement prévoit, pendant une période relativement brève - en principe, un mois -, la suspension de l'opération de concentration : selon l'article 7, paragraphe 1, du règlement 139-2004, celle-ci ne peut être réalisée ni avant d'être notifiée, ni avant d'avoir été déclarée compatible à la suite de l'examen préliminaire ou du contrôle au fond. Le délai de suspension de l'opération de concentration pourrait être prolongé indirectement, dans la mesure où les renseignements fournis dans la notification seraient incomplets, le règlement prévoyant que la notification ne prend effet qu'au jour de la réception des renseignements complets. Le principe de suspension de l'opération de concentration supporte deux dérogations : l'une existe de plein droit et concerne de façon spécifique les offres publiques d'achat ou d'échange ou les opérations par lesquelles le contrôle est acquis par l'intermédiaire de plusieurs vendeurs au moyen d'une série de transactions sur titres, du moins tant que l'acquéreur n'exerce pas les droits de vote attachés aux participations (art. 7, paragr. 2) ; la seconde, sur demande, est subordonnée à une décision de la Commission qui, lorsqu'elle se prononce, «doit prendre en compte notamment les effets que la suspension peut produire sur une ou plusieurs entreprises concernées par l'opération de concentration ou sur une tierce partie, et la menace que la concentration peut présenter pour la concurrence» (art. 7, paragr. 3).

Selon le Tribunal, la Commission peut octroyer une dérogation en application de l'article 7, paragraphe 3, dans des situations où un retard de lancement d'une offre publique est susceptible d'entraîner des manipulations de marché lorsque, après une mise en balance des intérêts, l'obligation de suspension peut sérieusement affecter les intérêts financiers, que l'opération ne semble pas poser de problèmes pour la concurrence et qu'une dérogation n'affecte pas les droits légitimes d'une partie tierce. L'exemption de l'article 7, paragraphe 2, ne s'applique pas aux situations dans lesquelles l'acquisition d'un important volume d'actions est réalisé auprès d'un seul vendeur et lui confère un contrôle exclusif de fait sur la cible, mais seulement à l'acquisition du contrôle d'une entreprise par offre publique d'achat ou d'échange ou par achats successifs de titres auprès de plusieurs vendeurs. De même, l'article 7, paragraphe 2, est inapplicable, même si le rachat total de la cible a eu lieu en plusieurs étapes et par l'intermédiaire de plusieurs vendeurs, lorsque l'acquisition de son contrôle a eu lieu au moyen d'une seule transaction et par l'intermédiaire d'un seul vendeur.

Corollaire de l'obligation de notification préalable, la suspension des opérations notifiées à la Commission garantit l'efficacité du contrôle a priori des concentrations. Mais l'article 7, paragraphe 1, ne fournissant pas d'indication à l'égard des conditions en présence desquelles une concentration est réputée être réalisée, il y a lieu, selon la Cour de justice, de l'interpréter en se fondant sur sa finalité et son économie générale et de la lire en combinaison avec l'article 3. Dès lors, la réalisation d'une concentration au sens de ses

dispositions combinées, a lieu dès que les parties mettent en œuvre des opérations qui, en tout ou en partie, en fait ou en droit, contribue à changer durablement le contrôle sur l'entreprise cible. A contrario, les opérations accessoires ou préparatoires à la concentration qui ne présentent pas de lien fonctionnel direct avec la réalisation de celle-ci, qu'elles produisent ou non des effets sur le marché, n'entrent pas dans le champ d'application de l'obligation de suspension, qui est mise en œuvre indépendamment de la question de savoir si la concentration est ou non compatible avec le marché intérieur. Ainsi, la dénonciation d'un accord de coopération, qui fait l'objet d'un lien conditionnel avec la concentration et revêt un caractère accessoire et préparatoire de celle-ci, ne constitue donc pas une pratique de gun jumping, tombant sous le coup de la prohibition de la réalisation anticipée de la concentration énoncée à l'article 7, dès lors que, outre la circonstance qu'il s'agit d'une opération concernant une seule des parties à la concentration et un tiers, les sociétés acquéreuses n'ont pas acquis par cette dénonciation la possibilité d'exercer une influence quelconque sur les sociétés cibles, qui étaient, du point de vue du droit de la concurrence, indépendantes tant avant qu'après la résiliation.

La réalisation prématurée d'une concentration en violation des obligations de notification et de suspension constitue par nature une infraction grave aux règles de procédure justifiant une amende importante. Selon la Commission, la réalisation anticipée d'une concentration commise par négligence, alors qu'il existait des doutes sérieux quant à sa compatibilité avec le marché intérieur, est susceptible de causer un préjudice potentiel qui aggrave encore cette infraction et il y a lieu d'inclure la période de prénotification dans la durée de l'infraction à l'obligation de suspension prévue à l'article 7, paragraphe 1, compte tenu de la possible atteinte à la concurrence causée par la réalisation de la concentration avant son autorisation. Dans l'affaire *Electrabel* (TUE, 12 déc. 2012, aff. T-332-09, LawLex122438) dans laquelle les obligations de notification et de suspension avaient également été méconnues, le Tribunal de l'Union a fixé la date de début d'infraction au moment à partir duquel l'entreprise a eu la quasi-certitude d'obtenir le contrôle lors des assemblées générales futures.

De façon générale, le principe de prohibition de la réalisation anticipée de la concentration vise à éviter qu'une opération ne produise ses effets sur les marchés de référence avant toute appréciation par l'autorité de concurrence. Il tend en outre à prévenir toute coordination entre les parties qui peuvent cesser de se comporter en concurrents avant que la concentration ne soit autorisée. Le fait d'exercer une influence déterminante sur la cible, même en l'absence de tout transfert d'actifs et des droits associés, dès la notification de la concentration, avant son autorisation, constitue une pratique de gun jumping, tombant sous le coup de la prohibition.

Les entreprises qui, de propos délibéré ou par négligence, réalisent une opération de concentration pendant sa période de suspension, ou sans respecter les conditions et charges dont est assorti l'octroi d'une dérogation à la suspension, peuvent donc se voir infliger des amendes pouvant s'élever jusqu'à 10 % de leur chiffre d'affaires total (art. 14, paragr. 2), ainsi que des astreintes jusqu'à concurrence de 5 % de leur chiffre d'affaires total journalier moyen (art. 15, paragraphe 1). Quant aux sanctions civiles, elles sont définies à l'article 7, paragraphe 4, du règlement, qui dispose que la validité des transactions qui seraient réalisées en contravention de la suspension dépend de la décision prise par

la Commission lors de l'examen préalable ou définitif de l'opération de concentration. Si cette décision est une décision de compatibilité, les transactions sont déclarées valables rétroactivement ; si c'est une décision d'incompatibilité, elles ne sont pas automatiquement annulées, leur statut dépendant des mesures ordonnées par la Commission pour rétablir une concurrence effective sur le marché ; avant qu'une décision de compatibilité ou d'incompatibilité n'intervienne, l'exécution de ces transactions devrait être suspendue. Enfin, en application de l'article 8, paragraphe 5, a), lorsqu'une concentration a été réalisée en violation de l'article 7 et qu'aucune décision n'a encore été prise concernant sa compatibilité avec le marché intérieur, la Commission peut prendre des mesures provisoires appropriées pour rétablir ou maintenir les conditions d'une concurrence effective.

SECTION 2

Examen de l'opération

Selon l'article 6, paragraphe 1, du règlement 139-2004, «la Commission procède à l'examen de la notification dès sa réception». Cet examen préliminaire doit s'effectuer dans un délai de vingt-cinq jours ouvrables à compter du lendemain du jour de la réception de la notification. Ce délai est porté à trente-cinq jours ouvrables si la Commission est saisie d'une demande d'un État membre conformément à l'article 9, paragraphe 2, du règlement ou si les entreprises concernées présentent des engagements dans le but d'obtenir une décision de compatibilité au terme de l'examen préliminaire. Il peut être prorogé indirectement si les renseignements fournis dans la notification ne sont pas complets (Règl. 139-2004, art. 10). Enfin, en l'absence de notification, le délai ne court pas : la Commission peut donc intervenir à tout moment à l'égard des opérations de concentration non notifiées intervenues postérieurement à l'entrée en vigueur du règlement et non couvertes par la prescription.

A RETENIR

À l'issue de l'examen préliminaire (phase I), la Commission a le choix entre trois attitudes :

- soit elle constate que l'opération ne relève pas du règlement et rend une décision d'inapplicabilité ;
- soit elle estime que l'opération ne soulève pas de doutes sérieux quant à sa compatibilité et rend une décision de compatibilité, qui, au-delà de l'opération principale, concerne également les restrictions accessoires ;
- soit elle considère que l'opération relève du règlement et soulève des doutes sérieux quant à sa compatibilité ; dans ce cas, elle rend une décision d'engagement de la procédure qui ouvre la phase II.

La décision de compatibilité peut intervenir après que les parties ont apporté des modifications à une opération soulevant des doutes sérieux au vu du règlement, et peut être assortie, le cas échéant, de conditions et de charges visant à garantir le respect des engagements pris par les parties. La Commission peut révoquer une décision de compatibilité ou d'incompatibilité si elle repose sur des indications inexactes ou a été obtenue

par tromperie ou si les entreprises contreviennent à l'une des charges dont est assortie la décision.

Si la Commission ne prend aucune décision au cours du délai imparti, l'opération est réputée compatible. La même règle est applicable s'agissant du délai dans lequel doit être prise la décision définitive.

Les décisions d'inapplicabilité ou constatant l'absence de doutes sérieux sont adressées, sous la forme de lettre recommandée avec accusé de réception, aux parties notifiantes. Leur texte est communiqué aux tiers sur demande.

Les parties peuvent présenter des engagements au cours des deux phases de la procédure. À la différence des engagements présentés au cours de la phase II, les engagements pris au cours de la phase I n'ont pas pour objet d'empêcher la création ou le renforcement d'une position dominante. Ils doivent constituer une réponse directe et suffisante de nature à dissiper clairement tous doutes sérieux émis par la Commission. Les parties doivent proposer des engagements complets et efficaces à tous points de vue. Une clause de révision prévoyant les conditions dans lesquelles la Commission, sur demande de la nouvelle entité, pourra accorder une prolongation de délais ou lever, modifier ou remplacer lesdits engagements est généralement prévue. Une modification ou une levée des engagements peut intervenir en l'absence de clause de révision, lorsque les engagements deviennent obsolètes ou disproportionnés en raison d'évolutions exceptionnelles ultérieures.

S'agissant d'une demande d'exemption d'engagements rendus contraignants par une décision déclarant une opération de concentration compatible avec le marché intérieur, elle ne soulève pas nécessairement les mêmes difficultés d'analyse prospective que l'examen d'une opération de concentration dès lors qu'il ne s'agit pour la Commission que de vérifier si les conditions prévues par la clause de révision sont remplies ou d'évaluer, avec recul, si les prédictions émises au moment de l'approbation de la concentration se sont révélées exactes ou si les doutes sérieux soulevés par celle-ci sont encore d'actualité. Si la Commission dispose d'un certain pouvoir discrétionnaire pour l'appréciation d'une telle demande d'exemption, elle est néanmoins tenue d'effectuer un examen diligent de cette demande, de mener, si nécessaire, une enquête, de prendre les mesures d'instruction appropriées et de fonder ses conclusions sur l'ensemble des données pertinentes. Quoi qu'il en soit, la Commission ne peut altérer le projet présenté : elle n'a le pouvoir que de prononcer la compatibilité ou déclarer l'incompatibilité. Elle n'est pas non plus tenue de reprendre entièrement son analyse à chaque réception de nouvelles propositions d'engagements. En revanche, il lui appartient d'établir en quoi des engagements ne rendent pas la concentration compatible.

Les engagements proposés par les parties durant la phase I doivent être communiqués à la Commission dans un délai de vingt jours ouvrables à compter de la date de réception de la notification (Règl. 802-2004, art. 19, paragr. 1). Ceux qui sont soumis à la Commission lors de la phase II doivent être transmis dans un délai de soixante-cinq jours ouvrables à compter de la date d'engagement de la procédure. Ce délai est automatiquement prorogé lorsque le délai accordé à la Commission pour prendre sa décision est lui-même prolongé, conformément à l'article 10, paragraphe 3, deuxième alinéa, du

règlement 139-2004. Dans des cas exceptionnels, la Commission peut accepter des engagements proposés après l'expiration du délai de présentation, dès lors que la procédure prévue à l'article 19, paragraphe 5, du règlement 139-2004 est respectée.

La Commission n'est pas tenue en principe d'accepter les engagements déposés après la date limite. Toutefois, elle peut en tenir compte lorsqu'ils sont, sans doute possible, aptes immédiatement à rétablir une concurrence effective et durable ou si la Commission estime avoir eu le temps nécessaire pour les examiner. Elle ne peut cependant voir sa responsabilité non contractuelle engagée lorsqu'elle a rejeté des engagements prévus hors délais, après avoir certifié qu'ils n'étaient pas susceptibles de répondre à ses préoccupations de concurrence.

PLAN

Durant l'examen de l'opération :

- la Commission dispose de certains pouvoirs d'enquête qu'elle exerce en respectant
- les droits des parties,
- les droits des tiers,
- les droits des Etats membres.

I. Pouvoirs d'enquête de la Commission

A RETENIR

Les pouvoirs de la Commission sont similaires à ceux dont elle dispose en matière d'ententes et abus de position dominante en vertu du règlement 1-2003. Les articles 11 à 13 du règlement 139-2004 lui confèrent un pouvoir de demande de renseignements et d'inspection sanctionné par des amendes ou des astreintes.

La Commission peut, par simple demande ou par voie de décision formelle, demander aux parties notifiantes de fournir tous les renseignements nécessaires. La demande doit, dans tous les cas, indiquer la base juridique et le but de la demande, préciser les renseignements demandés et le délai dans lequel ils doivent être fournis, ainsi que les sanctions encourues en cas de renseignements inexacts, s'il s'agit d'une décision formelle. La Commission adopte la voie formelle de la décision lorsque le comportement des parties à la concentration l'y contraint. La demande de renseignements par voie de décision formelle suspend le délai dont dispose la Commission pour examiner la compatibilité de l'opération avec le marché intérieur à compter du défaut de fourniture des renseignements et jusqu'à ce qu'il soit mis fin à cette défaillance.

Les parties à la concentration doivent non seulement fournir des réponses dans les délais fixés, mais également donner des informations exactes et complètes. La fourniture de renseignements inexacts ou dénaturés expose les parties à une amende pouvant aller jusqu'à 1 % du chiffre d'affaires réalisé. Elle constitue une circonstance aggravante de l'infraction à l'obligation d'information qui pèse sur la partie notifiante lorsqu'elle est commise de propos délibéré.

La Commission peut par ailleurs charger ses agents habilités de procéder aux inspections nécessaires (Règl. 139-2004, art. 13). Elle a également la possibilité de demander aux autorités compétentes des États membres de mener les inspections qu'elle juge utiles (Règl. 139-2004, art. 12). Les agents habilités peuvent, au cours de leur inspection, accéder à tous locaux, terrains ou moyens de transport, contrôler les livres et documents en rapport avec l'activité, apposer des scellés, interroger tout représentant ou membre du personnel en rapport avec l'objet et le but de l'inspection et enregistrer ses réponses. Ils agissent sur mandat écrit qui précise l'objet et le but de l'inspection, ainsi que les sanctions encourues en cas de présentation incomplète des documents requis ou de réponses inexacts ou dénaturés aux questions posées. Les inspections sont menées avec l'assistance de l'autorité compétente de l'État membre sur le territoire duquel elles se déroulent. En cas d'opposition de l'entreprise, cette assistance est nécessaire. Le cas échéant, les agents habilités sollicitent une autorisation judiciaire.

II. Droits des parties notifiantes

A RETENIR

Les droits de la défense doivent être pleinement garantis «à tous les stades de la procédure» (Règl. 139-2004, art. 18, paragr. 1). Après la décision d'engagement de la procédure qui ouvre la phase II, la Commission doit procéder à la communication des griefs et organiser l'audition des entreprises intéressées, à savoir les parties à l'opération de concentration, afin qu'elles puissent faire valoir leurs observations.

A. Communication des griefs

Lorsque la Commission a l'intention de prendre une décision au fond, elle communique, par écrit, ses griefs aux parties notifiantes et en informe par écrit les parties intéressées (Règl. 802-2004, art. 13). Elle leur impartit un délai dans lequel elles peuvent lui faire connaître leur point de vue par écrit. La communication des griefs doit non seulement permettre d'identifier les griefs auxquels l'entreprise destinataire doit répondre mais également d'envisager l'opportunité de présenter des mesures correctives. En toute hypothèse, la Commission ne fonde ses décisions que sur les griefs au sujet desquels les intéressés ont pu faire valoir leurs observations.

B. Droit d'être entendu

La Commission doit, à tous les stades de la procédure, donner aux personnes et entreprises intéressées l'occasion de faire valoir leur point de vue au sujet des griefs retenus à leur encontre (Règl. 139-2004, art. 18). Le règlement 802-2004 précise les règles applicables à l'audition des parties notifiantes en son article 14. Les parties notifiantes, qui en ont fait la demande dans leurs observations écrites, peuvent ainsi être entendues par la Commission dans le cadre d'une audition formelle, lorsque l'autorité européenne envisage soit de prendre une décision définitive, soit de prononcer une amende. Le droit d'être entendu relève de l'initiative de la Commission aux autres stades de la procédure. Les personnes intéressées peuvent être entendues dans les mêmes conditions. La Commission n'est pas tenue d'établir un procès-verbal d'audition.

L'audition formelle est menée par le conseiller-auditeur. Les personnes invitées par la

Commission, à une date qu'elle fixe, comparaissent elles-mêmes ou par des représentants légaux ou statutaires. Elles peuvent être assistées d'un conseil juridique. L'audition n'est pas publique. Chaque personne est auditionnée seule ou en présence d'autres personnes, compte tenu de la nécessité de protéger les secrets d'affaires ou informations confidentielles. Les déclarations sont enregistrées. L'enregistrement est mis à disposition des personnes entendues à leur demande (Règl. 802-2004, art. 15).

C. Droit d'accès au dossier

L'article 17 du règlement 802-2004 accorde un droit d'accès au dossier aux parties auxquelles la Commission a fait part de ses griefs, afin qu'elles puissent faire valoir leurs droits de la défense. Ce droit ne peut être exercé avant l'envoi de la communication des griefs.

Les principes régissant le droit d'accès au dossier dans une procédure de concurrence sont applicables dans les affaires de concentration. Le juge de l'Union ne peut, pour remettre en cause l'appréciation de la Commission sur la compatibilité d'une opération, s'appuyer sur des documents fournis par un tiers sous le sceau de la confidentialité et non discutés par les parties. De même, la Commission qui ne communique pas à la partie notifiante la version finale du modèle économétrique retenu pour déterminer les effets probables de la concentration sur les prix alors que les différences existant entre ce document et le modèle ayant fait l'objet d'un débat contradictoire au cours de la procédure administrative ne sont pas négligeables, viole les droits de la défense de cette dernière. Un refus global d'accorder l'accès aux réponses fournies lors d'une enquête de marché portant sur les engagements d'une partie intéressée doit être justifié.

En revanche, peut être refusé au destinataire de la communication l'accès à tout ou partie de documents contenant des secrets d'affaires d'autres entreprises, aux documents internes de la Commission, aux informations permettant d'identifier les plaignants qui souhaitent conserver l'anonymat ou aux renseignements communiqués à la Commission sous réserve d'en respecter le caractère confidentiel. Les exceptions au droit d'accès au dossier s'interprètent, cependant, strictement. Saisie de la question de l'étendue du droit d'accès du public aux documents des institutions régi par le règlement 1049-2001, la Cour a considéré que le Tribunal viole l'article 4, paragraphe 3, second alinéa, de ce texte, lorsqu'il n'exige pas de la Commission qu'elle indique les raisons spécifiques pour lesquelles son refus d'accès à l'intégralité du rapport litigieux est justifié au regard du risque d'atteinte grave au processus décisionnel, lorsque le document en cause concerne une procédure administrative clôturée. De même, constituerait une violation de l'article 4, paragraphe 2, deuxième tiret, du règlement le refus d'accès de la Commission aux notes en réponse du service juridique sur le fondement de l'exception visant la protection des avis juridiques, sans avoir préalablement effectué un examen du contenu de ces notes.

Ces exigences procédurales doivent être conciliées avec l'impératif de célérité qui caractérise l'économie de la procédure de concentration. En effet, si la Commission ne répond pas dans le délai imparti aux notifications et demandes de renvoi qui lui sont adressées (Règl. 139-2004, art. 6, paragr. 1 ; article 9, paragr. 2), l'opération est réputée compatible avec le marché intérieur.

D. Droit de retrait du projet notifié

Les parties notifiantes peuvent renoncer à la mise en œuvre du projet de concentration «sous la forme présentée dans la notification» par lettre. Cette dernière constitue un retrait formel de l'accord de fusion sur lequel la Commission ne peut plus exercer son contrôle.

III. Droits des tiers

A RETENIR

Le droit d'être entendu, à tous les stades de la procédure de contrôle des concentrations, est également ouvert aux tiers, c'est-à-dire aux personnes physiques ou morales qui subissent les effets incidents de la décision, à condition de justifier d'un intérêt suffisant (Règl. 802-2004, art. 16).

La qualité de tiers a été reconnue aux concurrents des parties à la concentration et aux institutions représentatives du personnel des entreprises concernées, ainsi qu'aux membres des organes d'administration ou de direction des entreprises concernées, ou aux associations de consommateurs, lorsque le projet de concentration concerne des produits ou services utilisés par les consommateurs finals (Règl. 802-2004, art. 11). Les tiers ne bénéficient cependant pas des mêmes garanties que les parties intéressées. Ils doivent formuler par écrit une demande à être entendus. En réponse, la Commission les informe par écrit de l'objet et de la nature de la procédure et leur fixe un délai pour faire connaître leur point de vue. Seule la demande d'audition et non la demande d'information crée une obligation d'information à la charge de la Commission.

Le droit d'accès des tiers aux documents échangés au cours d'une procédure de concentration a donné lieu à des positions divergentes du Tribunal et de la Cour de justice. Se fondant sur le règlement 1049-2001 régissant l'accès du public aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission, le Tribunal a accordé aux tiers un droit d'accès que le règlement concentrations ne leur reconnaît pas. Le juge européen a ainsi estimé que l'accès du public aux documents des institutions ne devant pas être entravé, la Commission ne peut opposer un refus général d'accès aux documents transmis dans le cadre de la notification d'une concentration au motif qu'ils seraient couverts par l'exception tirée de la protection des intérêts commerciaux sans procéder à un examen concret et individuel de chaque document. En outre, l'obligation de secret professionnel ne revêt pas une portée telle qu'elle puisse justifier un refus d'accès général et abstrait aux documents transmis dans le cadre de la notification d'une concentration. Enfin, les actes d'enquête doivent être accessibles sans attendre que les décisions de compatibilité et d'agrément adoptées à la suite de l'inspection soient devenues définitives.

Au contraire, la Cour de justice considère qu'un accès généralisé, sur la base du règlement 1049-2001, aux documents échangés dans le cadre d'une procédure de contrôle des concentrations, entre la Commission et les parties notifiantes ou les tiers est de nature à mettre en péril l'équilibre que le législateur de l'Union a voulu assurer, dans le règlement sur le contrôle des concentrations, entre l'obligation pour les entreprises concernées de communiquer à la Commission des informations commerciales éventuellement sensibles et la garantie de protection renforcée s'attachant, au titre du secret professionnel et du

secret des affaires, aux informations ainsi transmises à la Commission. En outre, elle reconnaît, aux fins de l'interprétation des exceptions prévues à l'article 4, paragraphe 2, premier et troisième tirets, du règlement 1049-2001, l'existence d'une présomption générale selon laquelle la divulgation des documents échangés entre la Commission et les entreprises au cours d'une procédure de contrôle des concentrations porte, en principe, atteinte tant à la protection des objectifs des activités d'enquête qu'à celle des intérêts commerciaux des entreprises impliquées dans une telle procédure. Il en résulte, selon la Cour, que le règlement 1049-2001, interprété à la lumière de la réglementation spécifique au contrôle des concentrations, permet à la Commission de refuser l'accès à tous les documents afférents aux procédures de contrôle des concentrations échangés entre la Commission et les entreprises notificantes et les tiers, sans procéder au préalable à un examen concret et individuel de ces documents.

Les tiers expriment leur point de vue dans le délai fixé. S'ils en font la demande, ils peuvent participer à une audition formelle.

IV. Consultation du Comité consultatif

A RETENIR

Un Comité consultatif en matière de concentrations entre entreprises est consulté préalablement à toute décision définitive ou visant au prononcé d'une amende, à l'exception des décisions provisoires prises conformément à l'article 18, paragraphe 2 (Règl. 139-2004, art. 19).

Le comité consultatif est composé de représentants des autorités compétentes des États membres, qui désignent un ou deux représentants pouvant être remplacés en cas d'empêchement par un autre. L'un au moins de ces représentants doit être compétent en matière de pratiques restrictives de concurrence et de positions dominantes. Sur invitation de la Commission, à laquelle est annexé un exposé de l'affaire avec indication des pièces pour chaque cas à examiner, la consultation a lieu au cours d'une réunion commune, qui doit se tenir au plus tôt dix jours ouvrables après l'envoi de la convocation. Ce délai peut exceptionnellement être abrégé en vue d'éviter un préjudice grave à une ou plusieurs entreprises concernées par une concentration (Règl. 139-2004, art. 19). La méconnaissance du délai de convocation du Comité consultatif n'affecte pas la légalité de la décision finale, dès lors que le Comité a disposé d'un délai suffisant pour rendre son avis en pleine connaissance de cause, même en l'absence de circonstances exceptionnelles.

Le Comité émet un avis, qui est communiqué avec la décision aux destinataires de celle-ci. La Commission peut rendre cet avis public, en tenant compte de l'intérêt légitime des entreprises à la protection de leurs secrets d'affaires. Si la Commission n'est pas liée par cet avis, elle doit toutefois en tenir compte.

SECTION 3

Issue de la procédure

PLAN

La procédure conduite peut aboutir :

- à une décision de compatibilité ou d'incompatibilité ;
- au prononcé de mesures provisoires ;
- à l'infliction d'une amende.

I. Décision de compatibilité ou d'incompatibilité

A RETENIR

La Commission rend une décision favorable soit parce qu'elle constate a priori la compatibilité de la concentration, soit parce que les modifications apportées par les entreprises concernées à l'opération rendent celle-ci compatible, dans un délai maximal de 90 jours ouvrables à compter de la date d'ouverture de la procédure (Règl. 139-2004, art. 10, paragr. 3). Une telle décision peut être assortie de conditions et charges (Règl. 139-2004, art. 8, paragr. 1 et 2). Au contraire, sa décision sera défavorable si elle constate l'incompatibilité ou si la concentration a déjà été réalisée, alors que l'opération est incompatible ou a été mise en œuvre en violation d'une condition posée par la décision (Règl. 139-2004, art. 8, paragr. 3 et 4) : la dissolution ou toutes mesures appropriées pour revenir à la situation antérieure peuvent dans ce cas être ordonnées. La décision doit intervenir dans un délai raisonnable.

En toute hypothèse, l'article 296 TFUE soumet les décisions de la Commission à une obligation de motivation. Cette motivation doit, selon le juge européen, être adaptée à la nature de l'acte en cause. Elle doit notamment faire apparaître de manière claire et non équivoque le raisonnement qui a conduit la Commission à prendre sa décision afin que les parties intéressées puissent faire valoir leurs droits et que les juridictions européennes exercent leur contrôle. La Commission motive suffisamment sa décision de n'exclure ni la période de prénotification, ni celle de l'enquête approfondie de phase I, aux fins de déterminer la durée de la violation de l'article 7, paragraphe 1, du règlement 139-2004 - qui consiste dans la réalisation d'une opération concentration sans notification, ni autorisation - lorsqu'elle retient que l'opération soulevait des doutes sérieux quant à sa compatibilité avec le marché intérieur et qu'il ne pouvait être exclu qu'une atteinte à la concurrence se fût produite, au moins dans une certaine mesure, après la réalisation de l'opération et avant son autorisation. Il n'est pas nécessaire que la décision reprenne tous les éléments de fait et de droit. Il suffit qu'elle expose clairement les raisons pour lesquelles l'opération, notamment après modifications, ne soulève pas de doute sérieux. La motivation peut donc être extrêmement succincte lorsqu'elle est adoptée dans un contexte bien connu du requérant et permet de comprendre les constatations sur lesquelles elle fonde son raisonnement.

Les décisions définitives de la Commission sont publiées au Journal officiel de l'Union européenne (Règl. 139-2004, art. 20).

II. Mesures provisoires

A RETENIR

La Commission peut adopter des mesures destinées à rétablir ou maintenir une concurrence effective dans trois hypothèses, lorsque la concentration a été réalisée :

- en violation de la décision de suspension, alors qu'aucune décision de compatibilité n'a été prise ;
- en violation d'une condition dont la décision est assortie ;
- alors qu'elle est déclarée incompatible.

Ces mesures sont provisoires. Une demande de mesures provisoires, accessoire au recours au fond formé contre une décision d'incompatibilité doit être rejetée lorsque le saisissant requiert que les effets de ces mesures se prolongent au-delà de la date de l'arrêt au principal. Des injonctions peuvent être adressées à des tiers à la procédure, à condition de respecter les droits de la défense et que ces mesures soient indispensables pour éviter que le requérant soit exposé à une situation mettant en péril son existence même.

III. Amende

A RETENIR

En cas de contravention à une charge, de réalisation d'une opération déclarée incompatible ou de non-exécution d'une mesure de rétablissement de la concurrence et notamment d'un ordre de déconcentration, la Commission peut infliger des amendes pouvant s'élever à 10 % du chiffre d'affaires total réalisé par les entreprises concernées.

Elle peut également imposer des astreintes jusqu'à 5 % du chiffre d'affaires total journalier moyen de l'entreprise ou association d'entreprises concernée au sens de l'article 5 du règlement 139-2004 par jour de retard en vue de contraindre les entreprises à exécuter une charge ou à appliquer des mesures destinées à rétablir la concurrence. La Commission peut aussi infliger une amende aux entreprises qui manquent à leur obligation de notification préalable ou y procèdent tardivement (Règl. 139-2004, art. 14, paragr. 1 et 2).

Le montant de l'amende est fixé en tenant compte de la nature et de la gravité de l'infraction, qui peut être commise par négligence ou de propos délibéré. Pour déterminer le montant de l'amende, la Commission n'est pas tenue de prendre en considération l'éventuelle absence de profit tiré de l'infraction. Une entreprise n'est pas fondée à prétendre que son erreur quant à la licéité de son comportement est due à l'avis juridique de son avocat pour échapper à l'infliction d'une amende. Le fait qu'elle se soit déjà vu infliger une amende, bien qu'au niveau national, pour la même infraction, constitue en revanche un facteur d'aggravation, car l'existence de ce précédent augmente son degré de négligence.

Le défaut de notification préalable constitue selon la Commission une infraction sérieuse, soumise à un délai de prescription de cinq ans et non une infraction purement

procédurale ou formelle, régie par la prescription triennale, car l'entreprise qui met en oeuvre une concentration sans en avoir obtenu l'autorisation se soustrait unilatéralement à un contrôle préalable obligatoire et fragilise l'ordre juridique européen. Lorsqu'une entreprise viole l'obligation de notifier une concentration avant sa réalisation, prévue à l'article 4, paragraphe 1, du règlement 139-2004, elle enfreint automatiquement l'interdiction de réaliser une concentration avant sa notification et son autorisation prévue à l'article 7, paragraphe 1, de sorte que la Commission peut imposer une (double) amende jusqu'à concurrence de 10 % du chiffre d'affaires total réalisé, au titre à la fois de l'article 14, paragraphe 2, sous a) et sous b), et ce, même si la violation de l'article 4 constitue une infraction spontanée tandis que celle de l'article 7 est une infraction continue. En l'absence de règles de l'Union spécifiques concernant le concours d'infraction et de définition de l'une de ces deux infractions comme étant plus grave que l'autre, il n'y a pas lieu de considérer que l'infraction à l'obligation de notification prévue à l'article 4 paragraphe 1, du règlement 139-2004 constitue l'infraction susceptible d'englober la réalisation d'une concentration avant notification et autorisation en violation de l'article 7, paragraphe 1. Le fait qu'une concentration soulève des doutes sérieux quant à sa compatibilité avec le marché intérieur rend sa réalisation prématurée plus grave que la réalisation prématurée d'une concentration qui ne soulève pas de problèmes de concurrence, sauf si, malgré les doutes sérieux qu'elle soulève, il peut être exclu dans un cas d'espèce que sa réalisation dans la forme initialement envisagée et non autorisée par la Commission ait pu avoir des effets dommageables sur la concurrence. En revanche, il n'y a pas lieu d'infliger une amende pour notification tardive de la concentration dans l'hypothèse où la qualification de l'opération est délicate et où l'accord en cause a été présenté de bonne foi à la Commission au titre de l'article 101 TFUE.

SECTION 4

Voies de recours

I. Recours en annulation

A RETENIR

Un recours peut être introduit contre les décisions de la Commission qui ne sont pas de simples actes préparatoires (décision d'engagement de la procédure, notification des griefs...) alors que le recours en annulation formé contre une décision qui ne produit pas d'effets juridiques obligatoires (décision de compatibilité constatant l'existence d'une position dominante et engagement dont ne dépendait pas la compatibilité de l'opération) est irrecevable.

Toute mesure qui produit des effets juridiques obligatoires, de nature à affecter les intérêts du requérant en modifiant de façon caractérisée sa situation juridique, constitue un acte attaquant au sens de l'article 263 TFUE. Si une décision de compatibilité ne fait pas en principe grief aux parties notifiantes, il ne peut pourtant s'en déduire automatiquement l'absence de tels effets entraînant l'irrecevabilité du recours en annulation. De même, la décision par laquelle la Commission modifie, dans un sens défavorable aux intérêts des requérants, son appréciation sur les restrictions accessoires liées à une opé-

ration antérieurement approuvée, ou la décision d'incompatibilité, alors que les parties notifiantes ont déclaré retirer leur notification avant son prononcé, constitue un acte attaquant. En revanche, la décision de clore la procédure ouverte au titre de l'article 21, paragraphe 4, du règlement 139-2004, ne constitue pas un acte attaquant lorsqu'elle trouve sa cause dans l'abandon du projet de concentration par les parties.

Le recours est théoriquement porté devant la Cour de justice qui dispose d'une compétence de pleine juridiction (Règl. 139-2004, art. 16). En réalité, en vertu de la décision du Conseil du 24 octobre 1988 instituant un Tribunal de première instance des Communautés européennes, c'est le Tribunal, en tant que composante de la Cour de justice compétente pour juger des recours en annulation, en carence ou en indemnité formés par des personnes physiques ou morales, qui, sous le contrôle de la Cour, est compétent pour juger les recours que les entreprises introduiraient contre les décisions de la Commission. Le Tribunal est également compétent pour ordonner le sursis à exécution de l'acte attaqué ou ordonner des mesures provisoires. Une procédure accélérée a été mise en place devant la Cour et le Tribunal en 2001.

A RETENIR

Le recours peut être formé contre toute décision faisant grief par les entreprises participantes à l'opération de concentration ou par tout tiers intéressé justifiant d'une atteinte à un intérêt légitime.

Au-delà des concurrents des entreprises participantes et des personnes intéressées par les engagements, il semble que leur cercle devrait également comprendre l'ensemble des entités qui ne sont pas parties à la procédure mais dont la situation juridique est modifiée par la décision et, notamment, par les conditions et charges dont elle est assortie. Tel est le cas de certains concurrents indirects ou des organismes représentatifs du personnel des entreprises, à condition que la décision ait une incidence sur leur statut ou sur l'exercice de leurs prérogatives et de leurs missions, ou des candidats à la reprise. En revanche, les actionnaires minoritaires d'une des parties notifiantes, qui ne sont pas destinataires de l'acte, ne disposent pas d'un intérêt direct et individuel à agir. L'intérêt à agir s'apprécie au jour où le recours a été formé.

Le recours peut être formé par toute personne justifiant d'une atteinte à un intérêt légitime. Tel n'est pas le cas de la plaignante en liquidation qui, n'exerçant plus d'activité commerciale, ne peut être considérée comme une entreprise concurrente des parties à la concentration. Une association de consommateurs ne peut introduire un recours en annulation contre une décision autorisant une concentration que s'il tend à assurer la mise en œuvre d'une garantie procédurale qui lui est reconnue au cours de la procédure administrative, tel le droit d'être entendu. En revanche, une entreprise qui figurait sur une liste restreinte de cinq acquéreurs potentiels des actifs devant être cédés dans le cadre d'une opération de concentration justifie d'un intérêt à voir annuler la décision de la Commission agréant une autre de ces cinq entreprises, dès lors que cette décision, adoptée sur la base d'un rapport rédigé par un mandataire non indépendant, est nécessairement susceptible d'affecter sa situation commerciale, indépendamment de la question de savoir si, en cas d'annulation de la décision attaquée, elle pourrait se voir

agrée comme repreneur des actifs en cause. Dans un tel cas, l'annulation de la première décision d'agrément prononcée ne remet pas en cause la légalité de la décision déclarant la concentration compatible avec le marché intérieur sous réserve d'engagements.

Le contrôle du juge européen sur les décisions de la Commission est limité, en matière de contrôle des concentrations, aux aspects formels et procéduraux. Le Tribunal ne peut donc substituer son appréciation à celle de la Commission. La qualification de l'opération de portage des actifs cibles est sans incidence sur la légalité de la décision de la Commission qui a déclaré la concentration compatible avec le marché intérieur. Le pouvoir d'appréciation de la Commission lui permet de prendre (ou non) en considération certains éléments dans la mesure où les lignes directrices n'exigent pas un examen, dans tous les cas, des éléments qu'elles mentionnent. Elle évalue ainsi globalement le résultat du faisceau d'indices utilisé pour apprécier la situation de concurrence sans établir une hiérarchie entre «éléments de preuve non techniques » et «éléments de preuve », en privilégiant certains éléments tout en écartant d'autres, avant que cet examen ne fasse l'objet du contrôle de légalité exercé par le Tribunal. Quelle que soit l'ampleur des lacunes que peut présenter une décision de la Commission constatant l'incompatibilité avec le marché intérieur d'une telle opération, celles-ci ne peuvent pas entraîner l'annulation si, et dans la mesure où, l'ensemble des autres éléments contenus dans cette décision permet au Tribunal de considérer comme établi que la réalisation de l'opération aboutira en tout état de cause à la création ou au renforcement d'une position dominante ayant pour effet une entrave significative à une concurrence effective.

II. Sursis à exécution

A RETENIR

Le juge européen peut, selon les règles de droit commun des articles 278 et 279 TFUE, prononcer un sursis à exécution. Il doit être établi, *prima facie*, que la demande n'est pas dépourvue de tout fondement et qu'il existe un risque de préjudice grave et irréparable.

Dans l'appréciation de ce dernier, il incombe au juge des référés de mettre en balance, d'une part, l'intérêt d'une bonne administration de la justice et, d'autre part, les intérêts des parties, y compris l'intérêt qu'a la Commission à rétablir une concurrence effective, de façon à éviter, tout à la fois, la création d'une situation irréversible et la survenance d'un préjudice grave et irréparable dans le chef d'une des parties au litige ou encore pour l'intérêt public. Le caractère urgent de la demande en référé n'est apprécié qu'ensuite. Le requérant doit non seulement démontrer l'existence d'un préjudice grave et irréparable, mais aussi d'un préjudice certain, qui résulte indéniablement de la décision de la Commission. Le risque de modification irréversible des conditions actuelles d'accès au marché entraîné par la décision de la Commission imposant le retrait des parties d'une entreprise commune justifie le prononcé d'un sursis à exécution. Tel n'est pas le cas en revanche du risque de suppression d'emplois qui résulterait d'une cession d'actifs ou du manque à gagner qui serait la conséquence de la mise à l'écart de la procédure de cession.

TITRE II

Droit français

La loi du 19 juillet 1977 n'avait institué qu'un contrôle sélectif des opérations de concentration, dont le déclenchement était subordonné au franchissement de certains seuils quantitatifs. Dès l'origine, le caractère conjoncturel de cette législation était souligné : les circonstances de son adoption incitaient à penser qu'elle avait pour objet essentiel d'entraver l'essor de la proposition européenne portant sur le même sujet. Le contrôle ainsi créé n'eut qu'une efficacité limitée : entre 1977 et 1987, la Commission de la concurrence ne fut saisie qu'à neuf reprises et ne rendit que huit avis ; durant cette période, un seul arrêté ministériel enjoignit à une société de ne pas donner suite au projet de concentration qu'elle avait formé.

La loi LME du 4 août 2008 a sensiblement modifié les dispositions du Code de commerce sur le contrôle des concentrations sur deux plans. Sur le fond, le nouvel article L. 430-2 pose d'abord des règles spécifiques aux concentrations dans la grande distribution. Le texte revoit ensuite les conditions du contrôle des opérations se déroulant outremer, auparavant limité au secteur de la distribution, en étendant leur champ d'application à toute opération répondant aux seuils de contrôlabilité, quel que soit le secteur dans lequel elle intervient.

Sur la forme, l'ensemble de la procédure de contrôle des concentrations relève désormais de la compétence de l'Autorité de la concurrence, qui remplace le Conseil de la concurrence. Le ministre de l'Économie conserve cependant un pouvoir important : dès qu'il est informé de la décision de l'Autorité de la concurrence, le ministre dispose, dans un délai de cinq jours ouvrés, du droit de demander un examen approfondi de l'opération, s'il n'y a pas été procédé, et, dans un délai de vingt-cinq jours, d'un droit d'évocation pour des motifs d'intérêt général autres que le maintien de la concurrence, tels que le développement industriel, la compétitivité des entreprises en cause, la création ou le maintien de l'emploi.

Enfin, si l'Autorité de la concurrence procède à l'examen approfondi d'une opération dans le secteur bancaire, le secteur des assurances ou celui de l'audiovisuel, elle doit, dans les deux premiers cas, recueillir l'avis de l'Autorité de contrôle prudentiel et, dans le dernier, celui du Conseil supérieur de l'audiovisuel.

Il faut exclure du domaine d'application du système de contrôle national les concentrations de dimension européenne qui, en principe, relèvent de la seule compétence des autorités européennes. La compétence exclusive de la Commission pour connaître des opérations de concentration européennes n'empêche pas cependant la mise en œuvre éventuelle du renvoi à un État membre prévu à l'article 9 du Règlement 139-2004 du 20 janvier 2004 ou d'un contrôle parallèle par une autorité nationale en vertu de compétences autres que l'application des règles de concurrence (art. 21, paragr. 3 Règl. 139-2004). Le renvoi suppose la preuve par l'autorité nationale que l'opération en cause (1) menace d'affecter de manière significative ou (2) affecte la concurrence dans un marché intérieur de cet État membre, qui doit présenter les caractéristiques d'un marché distinct. Il n'est pas nécessaire, dans le second cas, que le marché concerné représente une partie

substantielle du marché intérieur. Le renvoi aux autorités nationales peut également être demandé en prénotification européenne par les entreprises en application de l'article 4, paragraphe 4, du règlement européen sur les concentrations. Inversement, un renvoi vers la Commission européenne peut être effectué soit à la demande des États membres en application de l'article 22 du règlement dès lors que la concentration affecte le commerce entre États membres et menace d'affecter de manière significative la concurrence sur le territoire national, soit à la demande des entreprises en application de l'article 4, paragraphe 5, du règlement dans le cas d'une concentration qui n'est pas de dimension européenne mais qui devrait être notifiée dans trois États membres ou plus.

PLAN

Nous examinerons successivement :

- le domaine du contrôle (Chapitre 1) ;
- l'exercice du contrôle (Chapitre 2) ;
- la procédure de contrôle (Chapitre 3).

CHAPITRE I **Domaine du contrôle**

SECTION 1

Champ d'application

I. Champ d'application *ratione loci*

II. Champ d'application *ratione personae*

III. Champ d'application *ratione materiae*

- A. Notion de concentration
- B. Seuils de contrôle

IV. Droits spéciaux

- A. Presse
- B. Audiovisuel
- C. Banque
- D. Assurances

CHAPITRE I Domaine du contrôle

SECTION 1

Champ d'application

PLAN

Le champ d'application du contrôle se définit :

- *ratione loci* ;
- *ratione personae* ;
- *ratione materiae* ;
- en tenant compte des autres règles de contrôle applicables.

I. Champ d'application *ratione loci*

A RETENIR

Dès lors qu'une opération de concentration produit des effets sur le territoire national, l'Autorité de la concurrence est compétente pour en connaître, même si elle a son origine à l'extérieur de ce territoire.

Pour que les règles du droit national s'appliquent, il faut non seulement que l'opération produise des effets en France, mais également qu'elle réponde aux conditions de seuils de l'article L. 430-2 du Code de commerce, sans qu'il ait lieu de distinguer selon la nationalité des parties ou leur implantation géographique. Une opération de concentration entre un établissement public français et un groupe de sociétés italien n'affecte pas la concurrence sur le territoire français dès lors que leur entreprise commune intervient uniquement sur des marchés italiens, qu'il n'existe pas de risque de coordination des sociétés mères sur un marché français dans la mesure où elles ne sont pas présentes sur les mêmes secteurs d'activité en France, et que des facteurs linguistiques et culturels distinguent les produits en cause.

Depuis la loi LME, le contrôle des concentrations dans les départements d'outre mer (Guadeloupe, Martinique, Guyane, La Réunion, Mayotte) et collectivités d'outre mer (Saint-Pierre-et-Miquelon, Saint-Martin et Saint-Barthélemy), ainsi que dans les îles Wallis et Futuna, fait l'objet de dispositions particulières, quel que soit le secteur dans lequel la concentration se réalise. En revanche, le Livre IV du Code de commerce reste inapplicable à deux collectivités ultramarines, la Nouvelle Calédonie et la Polynésie française, qui se sont dotées de droits de la concurrence locaux.

II. Champ d'application *ratione personae*

A RETENIR

Le contrôle des concentrations s'applique à toute opération de concentration réalisée entre deux ou plusieurs entreprises. La notion d'entreprise, au sens des règles du droit de la concurrence, englobe toute entité qui exerce une activité économique, indépendamment de son statut juridique ou de son mode de financement.

Un établissement public de distribution, une institution de prévoyance ou une entreprise en gestion extinctive relèvent donc du contrôle. Il est cependant nécessaire que la prise de contrôle donne naissance à une entité économique unique. Tel n'est pas le cas de la prise de contrôle conjoint d'une entreprise par deux personnes physiques qui ne détiennent le contrôle d'aucune entreprise au moment de l'opération.

III. Champ d'application *ratione materiae*

A. Notion de concentration

1. Définition de moyen et définition de résultat

A RETENIR

L'article L. 430-1 du Code de commerce dispose qu'une opération de concentration est réalisée lorsque :

- 1) deux ou plusieurs entreprises antérieurement indépendantes fusionnent ;
- 2) une ou plusieurs personnes détenant déjà le contrôle d'une entreprise au moins ou une ou plusieurs entreprises acquièrent, directement ou indirectement, que ce soit par prise de participation au capital ou achat d'éléments d'actifs, contrat ou tout autre moyen, le contrôle de l'ensemble ou de parties d'une ou plusieurs autres entreprises.

Cette définition, identique à celle du droit européen, isole, en se référant au moyen juridique employé, les formes les plus classiques de la concentration, celles affectant la structure des entreprises (fusion, fusion-absorption, fusion-scission). L'alternative de la seconde branche s'attache au résultat de l'opération : l'acquisition du contrôle «direct ou indirect». Peu importe la forme juridique de l'acquisition. Elle couvre l'apport partiel d'actif, la prise de participation, voire la location-gérance et serait même susceptible de viser les formes plus diffuses d'intégration : responsabilité de du croire, cautionnement mutuel à l'égard des tiers, contrats de distribution exclusive, de distribution intégrée, de franchise, de sous-traitance, échange d'administrateurs, groupements d'entreprises... Il ne semble pas que les obligations «classiques» d'un contrat de franchise soient susceptibles de conférer au franchiseur une influence déterminante sur son franchisé. Il en va différemment lorsque l'accord de franchise s'accompagne d'une acquisition d'actifs (fonds de commerce, stocks, locaux) susceptible de donner au franchiseur le contrôle du franchisé.

Le contrôle est défini largement : il découle des droits, contrats ou autres moyens qui confèrent, seuls ou conjointement, la possibilité d'exercer une influence déterminante sur l'activité d'une entreprise (art. L. 430-1, II).

2. Acquisition d'une influence déterminante

A RETENIR

La possibilité d'exercer une influence déterminante découle notamment :

- des droits de propriété ou de jouissance sur tout ou partie des biens d'une entreprise ;
- des droits ou des contrats qui confèrent une influence déterminante sur la composition, les délibérations ou les décisions des organes d'une entreprise.

Cette définition non limitative confère à l'Autorité de la concurrence la possibilité de saisir toutes les formes modernes de liaisons financières ou d'intégration contractuelle. Selon l'avis de la Commission de la concurrence du 14 mars 1985, elle permet de faire tomber dans le champ d'application du contrôle les centrales et supercentrales d'achat «qui se caractérisent par l'existence entre leurs adhérents d'une liaison stable et étroite d'intérêts tels que la solidarité financière face à des tiers, la responsabilité de ducroire ou la caution mutuelle, la copropriété d'importants moyens logistiques, l'utilisation d'une enseigne commerciale ou le respect d'une politique commune d'achat et de vente». En revanche, une centrale ou une supercentrale qui se bornerait à référencer des produits pour le compte de ses adhérents ne serait pas susceptible de constituer une concentration.

Une tête de réseau de distribution exerce une influence déterminante sur les sociétés qui détiennent les sociétés cibles à l'issue de l'opération et les sociétés cibles elles-mêmes, dès lors qu'elle a la possibilité d'intervenir dans la nomination et la révocation du président des sociétés acquéreur et des membres de leurs conseils de parrainage à travers la conclusion ou la résiliation de contrats d'enseigne, la politique commerciale des sociétés et les cessions d'actions qu'elles effectuent.

Un contrat de franchise ne confère pas au franchiseur une influence déterminante sur son franchisé, qui continue de supporter les risques commerciaux inhérents à son activité, notamment lorsque les contrats prévoient expressément la liberté pour les sociétés franchisées de définir leur stratégie commerciale et de fixer leurs tarifs. Toutefois, le franchiseur bénéficie d'un contrôle conjoint avec le franchisé lorsqu'il dispose d'un droit de veto sur toutes les décisions prises dans les assemblées générales extraordinaires ainsi que d'un droit de préemption absolu en cas de cession de ses actions par le franchisé.

En fonction de quels critères les autorités de contrôle apprécient-elles que l'influence exercée, par une entreprise sur une autre, est suffisante pour être déterminante ? Les textes ne fournissent aucune réponse. Les autorités de concurrence estiment qu'une prise de participation minoritaire, avec ou sans minorité de blocage, est susceptible de réaliser une concentration. Il est nécessaire cependant qu'une majorité stable puisse se dégager ; une majorité au coup par coup ne permet pas de présumer un contrôle conjoint des actionnaires minoritaires. La pratique décisionnelle déduit l'existence d'un pouvoir d'influence déterminante d'un faisceau d'indices convergents, tels que les droits de veto, les minorités de blocage ou les pactes d'actionnaires, la possibilité de nommer des dirigeants au sein de la cible, la dispersion des autres actionnaires, l'existence de liens significatifs ou l'intervention de manière significative en tant que prêteur à l'entreprise. Les autorités de concurrence semblent en effet considérer qu'une situation de simple créancier

pourrait, dans certaines circonstances, suffire. L'influence notable utilisée en matière de consolidation comptable ne peut être assimilée à l'influence déterminante.

Le contrôle peut être exclusif ou conjoint et si l'on se réfère à la Communication de la Commission sur la compétence, toute modification de la qualité du contrôle par passage d'un contrôle à un autre ou, dans le cas d'un contrôle conjoint, par augmentation du nombre d'actionnaires ou changement de leur identité, constitue une opération de concentration. Selon l'arrêt *Austria Asphalt* (CJUE, 7 sept. 2017, aff. C-248-16, LawLex191058), une concentration n'est réputée réalisée à l'issue du changement de la nature du contrôle exercé sur une entreprise existante, qui, d'exclusif, devient conjoint, que si l'entreprise commune issue d'une telle opération accomplit de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome. L'existence d'un contrôle commun de la cible implique qu'aucune voix prépondérante ne soit accordée à une société mère, qui disposerait sinon d'un contrôle exclusif.

Des opérations multiples sont assimilées à une concentration unique lorsqu'elles sont interdépendantes. Ainsi, lorsqu'une concentration consiste dans l'achat de parties d'une ou plusieurs entreprises et que deux ou plusieurs transactions ont eu lieu au cours d'une période de deux années entre les mêmes groupes, ces transactions sont à considérer comme une seule opération de concentration intervenant à la date de la dernière transaction. De même, l'acquisition par un accord de gré à gré d'une participation de contrôle et l'obligation de déposer une offre publique d'achat sur le capital restant ne constituent que les étapes d'une même opération. Il en va de même d'un *Leverage buy out* qui consiste d'abord dans l'acquisition d'un bloc de contrôle puis dans le dépôt d'une offre d'achat sur le capital restant, de la création d'entreprises communes qui font l'objet d'un protocole unique qui lie entre elles toutes les actions nécessaires à leur création, le défaut de réalisation de l'une de ces actions par l'une des parties permettant à l'autre de refuser de réaliser celles lui incombant, de l'opération par laquelle une entreprise prend le contrôle exclusif de l'entreprise cible avant de céder en partie sa participation à une autre entreprise, les deux acquéreurs contrôlant finalement en commun la société cible, dès lors que les deux acquisitions font l'objet d'un lien conditionnel, de deux acquisitions concomitantes, voulues et organisées comme telles par les parties, qui portent sur le même secteur d'activités et poursuivent un même objectif économique, de l'acquisition de quinze puis dix-neuf sociétés appartenant au même groupe par un même acquéreur ou encore des acquisitions du contrôle exclusif de quatre sociétés par une personne morale, puis ultimement par une personne physique. Pour apprécier si une opération transitoire constitue une modification durable du contrôle, deux conditions doivent être réunies : le caractère transitoire de l'opération doit être convenu entre les différents acquéreurs de manière juridiquement contraignante et il ne doit pas exister de doute quant à la célérité de la seconde étape.

3. Entreprise commune de plein exercice

A RETENIR

Pour que la création d'une entreprise commune constitue une concentration, il est nécessaire qu'elle remplisse de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome (art. L. 430-1).

La loi NRE a supprimé la condition d'absence de coordination du comportement des sociétés participantes que la jurisprudence avait consacrée. La définition de l'entreprise commune est désormais identique à celle du droit européen. Une entreprise propriétaire des éléments corporels (terrains, bâtiments et matériel) et incorporels (fonds de commerce et clientèle) se rapportant aux six sites de production détenus par ses sociétés mères, qui bénéficiera d'une licence pour commercialiser des aliments pour animaux, emploiera directement 80 personnes, aura pleinement accès au marché dans la mesure où les ventes qu'elle conclura avec ses sociétés mères seront réalisées aux conditions du marché, la valeur de ses achats auprès de ces dernières étant inférieure à 20 % de la valeur de ses ventes, peut être qualifiée d'entreprise commune de plein exercice. Il en va de même de l'entreprise commune, créée pour une durée de 99 ans, qui exercera une activité dédiée, différente de celle de ses sociétés mères et disposera de moyens financiers et d'un personnel d'exploitation propres. En revanche, le caractère restreint de son activité par rapport aux entreprises présentes sur les marchés concernés ainsi que la forte mutualisation de ses ressources avec la filiale de l'une de ses mères, ne permettent pas de considérer une entreprise commune comme une entreprise de plein exercice, même si ses statuts prévoient qu'elle intervient auprès des tiers sur un marché commercial et que ses relations avec les sociétés mères se réalisent aux conditions du marché.

Une entreprise commune concentrative peut s'accompagner d'une coordination du comportement des membres du groupe lorsque les sociétés mères sont actives ensemble sur le même marché ou sur un marché aval, amont ou connexe de celui sur lequel intervient l'entreprise commune. Le risque d'atteinte à la concurrence est établi si la coordination est liée à l'opération, est vraisemblable et produit des effets sensibles sur la concurrence. Tel sera notamment le cas si l'activité de l'entreprise commune revêt une importance essentielle pour les marchés sur lesquels les sociétés mères sont entrées. Il en résulte que tout risque de coordination est exclu lorsque seuls deux marchés sur lesquels les sociétés mères interviennent présentent un lien suffisamment direct avec l'activité de l'entreprise commune et que celles-ci n'y détiennent que des parts de marché inférieures à 2 %. Selon l'Autorité, dès lors que le lien de causalité entre la création de l'entreprise commune et le risque de coordination du comportement concurrentiel des sociétés-mères n'est pas établi, la concentration n'est pas susceptible de porter atteinte à la concurrence sur les marchés concernés.

4. Restrictions accessoires

A RETENIR

Une concentration peut être accompagnée de restrictions tendant à favoriser sa réalisation, certaines étant appréciées en elles-mêmes et soumises à l'article 101 TFUE ou L. 420-1 du Code de commerce, tandis que d'autres, qualifiées d'«accessoires», sont examinées simultanément à l'opération. Sont considérées comme accessoires, les restrictions qui conditionnent l'opération et qui n'en sont pas détachables, c'est-à-dire toutes les restrictions directement liées et nécessaires à la réalisation de la concentration et dont l'absence soit empêcherait, soit rendrait aléatoire, la réalisation de l'opération.

Ainsi, les clauses organisant les relations entre les parties qui ne sont pas directement

liées et nécessaires à la réalisation de l'opération notifiée relèvent de l'application des dispositions de l'article L. 420-1 du Code de commerce. En revanche, l'Autorité de la concurrence n'a pas à se prononcer sur des accords passés entre les parties, portant sur des prestations de services de ressources humaines, des services informatiques, la location de capacités de stockage de butane et le «debranding» des produits de la cible, qui ne limitent pas leur liberté d'action ou qui ne restreignent pas la concurrence.

Selon la Communication du 5 mars 2005 (pts 18 à 26), des **engagements de non-concurrence** peuvent être considérés comme accessoires dans la mesure où ils sont limités dans le temps (deux ans si l'opération ne porte que sur l'achalandage ; trois ans lorsque la cession de l'entreprise concerne l'achalandage et le savoir-faire), dans leur portée géographique (la clause doit se limiter à la zone où le cédant offrait ses produits ou ses services avant la cession), matérielle (l'engagement de non-concurrence ne doit couvrir que les produits et services faisant l'objet de l'activité cédée) et personnelle (le vendeur ne peut s'engager que pour lui-même, ses filiales et ses agents commerciaux).

Dès lors qu'elles correspondent aux activités de l'entreprise cédée, les **licences de brevets, de droits similaires, de savoir-faire, de marques, de dénominations commerciales, de droits de dessins et modèles, de droits d'auteur ou de droits voisins**, qu'elles soient simples, exclusives ou limitées à certaines applications, constituent des restrictions accessoires, à l'exception des stipulations inhérentes à certains accords protégeant plutôt le donneur de licence que le preneur.

B. Seuils de contrôle

1. Contenu des seuils

a. Fixation d'un seuil en valeur absolue

Après avoir adopté un système de contrôle combinant un seuil traditionnel en valeur relative, calculé par référence à la part de marché, et un seuil alternatif en valeur absolue, évalué en fonction du chiffre d'affaires, le droit français des concentrations s'est aligné sur le droit européen en abandonnant le seuil en part de marché.

A RETENIR

Pour être soumise au contrôle des concentrations, l'opération doit satisfaire à trois conditions :

- l'ensemble des entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales parties à la concentration doit réaliser un chiffre d'affaires total mondial hors taxes supérieur à 150 millions d'euro ;
- deux au moins des entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales concernés doivent réaliser un chiffre d'affaires total hors taxes en France supérieur à 50 millions d'euro ;
- ne pas entrer dans le champ d'application du règlement européen sur le contrôle des concentrations (art. L. 430-2 C. com).

L'institution de seuils en valeur absolue apparaît justifiée, non pas tellement parce qu'elle peut se réclamer de l'exemple européen, mais parce qu'elle répond à un souci d'efficaci-

té. De tels seuils ont notamment été introduits à l'origine pour faciliter le contrôle des concentrations dans le secteur de la distribution. La Commission de la concurrence ne soulignait-elle pas, dans son avis du 14 mars 1985 sur les centrales et supercentrales d'achat, le caractère trop élevé des seuils d'applicabilité du contrôle, rendant celui-ci inefficace en particulier pour faire face à la concentration de la demande ? De fait, c'est en partant de la constatation que les grandes entreprises de distribution n'avaient que de faibles parts de marché sur chaque produit mis en vente, mais tenaient leur puissance du montant global de leur activité, que le groupe d'experts chargé de la préparation de l'ordonnance de 1986 avait recommandé la fixation d'un seuil alternatif en valeur absolue. Aujourd'hui, la justification du recours exclusif au critère du chiffre d'affaires est plus générale : les incertitudes liées à la définition du marché sont ainsi supprimées dans la phase d'applicabilité et sont cantonnées à la phase d'application. Les limites du contrôle ressortent plus nettes ; sa qualité n'est pas affectée.

Le nouveau texte, à la différence du droit européen, ne précise pas si le chiffre d'affaires national retenu est celui réalisé «individuellement» par au moins deux des entreprises ou groupes concernés. Une interprétation littérale conduirait à considérer que le seuil pourrait être atteint par addition des chiffres d'affaires d'au moins deux entreprises ou groupes concernés par l'opération. Une seconde interprétation, plus conforme à l'esprit de la loi, exigerait au contraire que chacune des deux entreprises ou groupes concernés réalise un chiffre d'affaires supérieur à 50 millions d'euro.

b. Concentrations dans la distribution

La loi LME du 4 août 2008 a instauré un contrôle des concentrations spécifique au secteur de la distribution en adaptant les seuils de contrôle. En effet, la concentration de ce secteur est très forte en France : quatre groupes se partagent 66 % des parts de marché et cinq groupes occupent 80 % des surfaces de vente, ce qui leur donne un poids considérable dans les négociations commerciales. La libre négociabilité des conditions de vente accordée à la distribution par la loi trouve sa contrepartie dans la réduction des seuils de contrôle des concentrations à un niveau inférieur à ceux du régime général afin de combattre les monopoles locaux.

A RETENIR

Pour être soumise à l'article L. 430-2 du Code de commerce, l'opération doit avoir lieu entre au moins deux exploitants d'un ou plusieurs magasins de commerce de détail et réunir trois conditions :

- l'ensemble des entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales parties à la concentration doit réaliser un chiffre d'affaires mondial hors taxes supérieur à 75 millions d'euro ;
- deux au moins des entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales concernés doivent réaliser un chiffre d'affaires total hors taxes en France supérieur à 15 millions d'euro ;
- l'opération ne tombe pas dans le champ d'application du règlement 139-2004.

c. Concentrations outre-mer

A RETENIR

Le contrôle des concentrations dans les DOM et dans les COM n'est plus limité aux seules opérations concernant le commerce de détail à prédominance alimentaire mais vise désormais toutes les opérations qui remplissent les conditions suivantes :

- l'ensemble des entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales parties à la concentration doit réaliser un chiffre d'affaires mondial hors taxes supérieur à 75 millions d'euro ;
- deux au moins des entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales concernés doivent réaliser un chiffre d'affaires total hors taxes en France supérieur à 15 millions d'euro ou à 5 millions d'euro dans le secteur du commerce de détail, sans qu'il soit nécessaire que ce seuil soit atteint par l'ensemble des entreprises concernées dans le même département ou la même collectivité territoriale ;
- l'opération ne tombe pas dans le champ d'application du règlement 139-2004.

2. Computation du chiffre d'affaires

Le faible impact de l'opération sur la concurrence compte tenu des parts détenues et de la position des parties sur les différents marchés est sans incidence dès lors que le caractère contrôlable de la concentration dépend uniquement des seuils exprimés en termes de chiffres d'affaires des entreprises concernées. Les modalités de calcul du chiffre d'affaires étaient auparavant déterminées par l'article R. 430-1 du Code de commerce, qui se contentait de prévoir que le calcul du chiffre d'affaires s'effectue selon les modalités définies par l'article 5 du règlement européen relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises. Cette disposition a été supprimée par décret, mais le principe demeure.

A RETENIR

Le chiffre d'affaires de l'entreprise concernée s'obtient, selon l'article 5, paragraphe 4, du règlement, en ajoutant au chiffre d'affaires des entreprises directement intéressées par l'opération celui des entreprises contrôlées et contrôlantes ainsi que celui de l'ensemble des autres entreprises contrôlées par les entreprises contrôlantes de même que celui des entreprises dans lesquelles les entreprises directement intéressées et les entreprises contrôlantes disposent d'un contrôle conjoint.

Le contrôle résulte de la détention, directe ou indirecte, de plus de la moitié du capital, du pouvoir d'exercer plus de la moitié des droits de vote, du pouvoir de désigner plus de la moitié des dirigeants ou du droit de gérer les affaires de l'entreprise. La consolidation des chiffres d'affaires s'effectue en tenant compte de l'«influence déterminante», et non selon les règles de la consolidation comptable. Il s'ensuit que le niveau réel de la participation financière importe peu lorsque le contrôle est unique. Le chiffre d'affaires de l'entreprise sous influence déterminante doit être consolidé à 100 %. Lorsque le contrôle est conjoint, la consolidation se fait au prorata du nombre d'entreprises détenant le contrôle (50 % ou 33 % selon qu'elles sont deux ou trois à exercer ce contrôle).

L'article 5, paragraphe 2, du règlement dispose par ailleurs que «lorsque l'acquisition consiste en parties, constituées ou non en entités juridiques, d'une ou plusieurs entreprises, seul le chiffre d'affaires se rapportant aux parties qui sont l'objet de la transaction est pris en considération dans le chef du ou des cédants». Appliquant ce principe à l'hypothèse d'une cessation partielle d'activités de l'un des participants à l'opération de concentration, le Tribunal de l'Union considère que seul le chiffre d'affaires se rapportant aux parties de l'entreprise effectivement acquises doit être pris en compte pour apprécier la dimension de l'opération projetée. Pour que la déduction de chiffre d'affaires puisse être effectuée, il faut cependant que l'abandon d'activité ait été réalisé antérieurement à l'opération de concentration. Cette règle est appliquée régulièrement dans le cadre du contrôle français des concentrations.

Sur le plan comptable, le calcul du chiffre d'affaires suppose, qu'en l'absence de circonstances exceptionnelles telles que des cessions ou acquisitions postérieures à la vérification des comptes ou des fermetures d'usines, seuls les comptes officiels vérifiés relatifs au dernier exercice puissent être utilisés pour la détermination du chiffre d'affaires total des parties à une concentration. S'il existe une divergence significative entre le chiffre d'affaires du dernier exercice clos, non encore certifié, et le précédent, certifié, il peut être tenu compte du chiffre d'affaires le plus récent.

Aux termes de l'article 5, deux ou plusieurs opérations au sens du premier alinéa qui ont eu lieu au cours d'une période de deux années entre les mêmes personnes ou entreprises sont à considérer comme une seule concentration intervenant à la date de la dernière opération. En application du principe de consolidation posé par ce texte, les transactions ayant eu lieu entre les mêmes parties au cours d'une période de deux années doivent être considérées, selon les autorités de contrôle, comme une seule opération de concentration, intervenant à la date de la dernière concentration.

Pour le calcul du chiffre d'affaires, le texte distingue entre les entreprises ou groupes «parties à la concentration» ou «concernés» par elle. La première notion, qui paraît plus restrictive, sert au calcul du chiffre d'affaires mondial. Ne serait visé dans ce cas que le chiffre d'affaires des entreprises ou groupes signataires de l'acte. La définition des entreprises parties à l'opération avait donné lieu à des divergences d'interprétation entre le Conseil et le ministre, sous l'empire de l'ancien texte. Les Lignes directrices relatives au contrôle des concentrations ont depuis précisé que les expressions d'«entreprises concernées» et d'«entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales parties à la concentration» visent le même objectif. Elles n'utilisent que le terme d'entreprises concernées et, à l'instar de la Communication consolidée de la Commission, interprètent la notion selon le type d'opération.

Selon les Lignes directrices révisées relatives au contrôle des concentrations, les entreprises ou groupes concernés sont :

- chacune des entreprises qui fusionnent dans le cas d'une fusion ;
- l'entreprise acquéreuse et l'entreprise cible dans le cas d'un contrôle exclusif ;
- les entreprises prenant le contrôle et l'entreprise préexistante acquise dans le cas d'un contrôle conjoint ;

- l'entreprise qui acquiert le contrôle et l'entreprise cible en cas de transformation d'un contrôle conjoint en contrôle exclusif, les entreprises cédantes n'étant pas considérées comme concernées ;
- les entreprises contrôlantes dans le cas d'une entreprise commune nouvellement créée, l'entreprise nouvellement créée n'étant pas considérée comme concernée.

Lorsqu'une entreprise commune est utilisée comme un simple vecteur pour une acquisition par les sociétés mères, celles-ci doivent être considérées comme entreprises concernées, plutôt que la cible et l'entreprise commune.

IV. Droits spéciaux

Il convient, pour délimiter le champ d'application des règles du Code de commerce en matière de contrôle des concentrations, de tenir compte du droit spécial de la concentration propre aux secteurs de la presse, de la communication audiovisuelle, de la banque et des assurances.

A. Presse

A RETENIR

La loi du 1er août 1986 sur le statut juridique de la presse prévoit en son article 11 qu'est «interdite, à peine de nullité, l'acquisition, la prise de contrôle ou la prise en location-gérance d'une publication quotidienne imprimée d'information politique et générale lorsque cette opération a pour effet de permettre à une personne physique ou morale ou à un groupe de personnes physiques ou morales de posséder, de contrôler, directement ou indirectement, ou d'éditer en location-gérance des publications quotidiennes imprimées d'information politique dont le total de la diffusion excède 30 % de la diffusion sur le territoire national de toutes les publications quotidiennes imprimées de même nature».

De même, la loi du 30 septembre 1986 sur la liberté de communication contient des dispositions (art. 38 et 39) visant à contrôler les concentrations en matière de communication audiovisuelle, en limitant la participation au capital social d'une télévision par voie hertzienne qu'une même personne peut détenir, directement ou indirectement, ainsi que les cumuls d'autorisations, que celles-ci concernent un même support de communication audiovisuelle ou plusieurs supports de communication en général (concentration «multimédias»). En particulier l'article 39, I, n'autorise la détention de plus de 49 % de l'entreprise cible qu'à la condition que celle-ci ne réalise pas plus de 8 % de l'audience totale des services de télévision tant en mode analogique qu'en mode numérique. La cohabitation de ces dispositions avec les règles générales de contrôle fait débat. Certains commentateurs estiment que l'exclusion de ces secteurs est aujourd'hui remise en cause par l'article L. 410-1 du Code de commerce selon lequel le Livre IV sur la concurrence s'applique à toutes les activités économiques, sans distinction.

S'agissant du secteur de la presse, la Commission de la concurrence avait déclaré que «l'existence de ce régime spécifique de la concentration des entreprises de presse paraît exclure l'application aux entreprises de ce secteur des dispositions de la loi du 19 juillet 1977 relatives au contrôle de la concentration économique». L'exclusion, qui pouvait

sembler hésitante, était néanmoins claire : le texte spécial, qui répond à un impératif particulier de protection du pluralisme des courants d'opinion socioculturels, devrait déroger au texte général. L'ancienneté de l'avis de la Commission de la concurrence, la vocation généraliste du droit de la concurrence, l'évolution du droit positif vers une application concomitante du régime de droit commun et des régimes spéciaux, l'influence du droit européen et de la doctrine, et l'absence d'intérêt pratique de l'invocation du régime de la presse compte tenu de la soumission des activités publicitaires des journaux au droit commun des concentrations, ont finalement eu raison du régime dérogatoire de la presse.

A RETENIR

Dans son avis du 11 octobre 2005, le Conseil de la concurrence a considéré qu'en l'absence de dispositions écartant expressément les publications de presse du champ d'application des articles L. 430-1 et suivants du Code de commerce, l'édition et la distribution de publications de presse relèvent concomitamment du régime général des concentrations et des dispositions de la loi du 1er août 1986.

B. Audiovisuel

Pour la communication audiovisuelle, la loi du 1er août 2000 a modifié la rédaction de l'article 41-4 de la loi du 30 septembre 1986, qui excluait formellement ce secteur du champ d'application du droit commun des concentrations.

A RETENIR

Depuis la loi NRE, l'alinéa 1er de l'article 41-4 soumet expressément ce secteur au contrôle des concentrations. La loi LME du 4 août 2008 a changé la rédaction sans en modifier le sens. Le texte prévoit désormais que «lorsqu'une opération de concentration concernant, directement ou indirectement, un éditeur ou un distributeur de services de radio et de télévision fait l'objet d'un examen approfondi en application du dernier alinéa du III de l'article L. 430-5 du Code de commerce, l'Autorité de la concurrence recueille, avant de se prononcer en application de l'article L. 430-7 du même code, l'avis du Conseil supérieur de l'audiovisuel.

L'Autorité de la concurrence communique à cet effet au Conseil supérieur de l'audiovisuel toute saisine relative à de telles opérations. Le Conseil supérieur de l'audiovisuel transmet ses observations à l'Autorité de la concurrence dans le délai d'un mois suivant la réception de cette communication». Une application cumulative des règles générales et des règles spéciales sera nécessaire.

C. Banque

La soumission du secteur bancaire au contrôle des concentrations avait donné lieu à d'importantes controverses doctrinales avant la loi NRE. L'Administration considérait traditionnellement que ce secteur n'échappait pas au contrôle des concentrations. Ainsi, dans sa méthode d'analyse, la DGCCRF faisait valoir qu'«il y a toutefois lieu de considérer que le titre V de l'ordonnance de 1986 (actuel Livre IV, Titre III, du Code de commerce) pourrait s'appliquer aux opérations de concentration concernant les établis-

sements de crédit, dans la mesure où les règles spéciales édictées par la loi bancaire en matière de concentrations l'ont été dans un but essentiellement prudentiel, étranger aux objectifs généraux de maintien de la concurrence poursuivis par l'ordonnance. Ces règles spéciales s'ajoutent donc aux règles de droit commun du titre V, mais ne peuvent être considérées comme y dérogeant ou s'y substituant». Tout en se réservant la faculté d'agir, l'Administration ne semble cependant jamais être intervenue à l'occasion d'une concentration bancaire, alors que le nombre de concentrations dans ce secteur a été particulièrement important. L'adoption de la loi NRE n'a pas mis fin aux divergences d'interprétation, puisqu'elle ne comporte aucune disposition propre au contrôle des concentrations dans le secteur bancaire. La discussion trouve sa source dans l'apparente contradiction entre deux textes. L'article L. 410-1 du Code de commerce prévoit que les règles définies au livre IV s'appliquaient à toutes les activités de production, de distribution et de services, d'où une possible soumission du secteur bancaire au contrôle des concentrations de droit commun. L'article L. 511-4 du Code monétaire et financier disposait en revanche que les articles L. 420-1 à L. 420-4 du Code de commerce s'appliquent aux établissements de crédit pour les opérations de banque et leurs opérations connexes. L'absence de référence aux règles relatives aux concentrations paraissait ainsi soustraire les activités bancaires à ce contrôle en droit français, alors que le droit européen leur est indiscutablement applicable. Cette interprétation a reçu l'aval du Conseil d'État (Cons. d'Et., 16 mai 2003, LawLex031948) à l'occasion du rapprochement du Crédit Agricole avec le Crédit Lyonnais. Saisi d'une demande en annulation des conditions posées à la fusion par le Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement (CECEI), aujourd'hui fusionné avec d'autres institutions au sein de l'Autorité de contrôle prudentiel, qui s'était cru investi d'un pouvoir sectoriel de contrôle des concentrations, la Haute juridiction a considéré que «les opérations de concentration portant sur des activités bancaires ne sont pas soumises à l'autorisation préalable du ministre de l'Économie». Elle a ajouté que, en dépit de l'habilitation donnée par le législateur au CECEI pour assurer le bon fonctionnement du système bancaire, cet organisme ne dispose pas d'une compétence générale pour procéder à un contrôle des concentrations, mais doit se borner à vérifier que l'opération en cause n'est pas contraire à l'article L. 420-2 du Code de commerce, qui interdit l'exploitation abusive d'une position dominante, et non sa création ou son renforcement. Le secteur bancaire n'était ainsi soumis à aucun contrôle des concentrations lorsque l'opération en cause n'était pas de dimension européenne.

A RETENIR

À la suite de cette affaire, le législateur avait modifié l'article L. 511-4 du Code monétaire et financier dont les dispositions ont, à la suite de l'intégration du CECEI au sein de l'Autorité de contrôle prudentiel, basculé à l'article L. 612-22 du Code monétaire et financier et qui oblige l'Autorité de la concurrence à recueillir l'avis de l'Autorité de contrôle prudentiel avant de se prononcer dans le cadre de l'examen approfondi sur une opération de concentration concernant le secteur bancaire. Le contrôle des concentrations bancaires relève donc de la compétence des autorités de concurrence comme pour les autres secteurs.

D. Assurances

La loi LME a introduit dans le Code des assurances des dispositions relatives au contrôle des concentrations dans ce secteur. L'article L. 413-2 dispose ainsi que «lorsqu'une opération de concentration concernant, directement ou indirectement, une entreprise visée aux articles L. 310-1 ou L. 310-1-1 fait l'objet d'un examen approfondi en application du dernier alinéa du III de l'article L. 430-5 du Code de commerce, l'Autorité de la concurrence recueille, avant de se prononcer en application de l'article L. 430-7 du même code, l'avis du Comité des entreprises d'assurance.

A RETENIR

L'Autorité de la concurrence communique à cet effet au Comité des entreprises d'assurance toute saisine relative à de telles opérations. Le Comité transmet son avis à l'Autorité de la concurrence dans un délai d'un mois suivant la réception de cette communication.

L'avis du Comité est rendu public dans les conditions fixées par l'article L. 430-10 du Code de commerce». Ces dispositions ont été basculées à l'article L. 612-22 du Code monétaire et financier, qui concerne toutes les personnes soumises au contrôle de l'Autorité de contrôle prudentiel.

CHAPITRE II Exercice du contrôle

SECTION 1

Analyse concurrentielle

I. Marché concerné

- A. Principes
- B. Marché de produits ou de services
- C. Marché géographique

II. Effets non-coordonnés

- A. Périmètre
- B. Concentrations horizontales
- C. Concentrations non-horizontales

III. Effets coordonnés / Position dominante collective

IV. Effets compensateurs

V. Théorie de l'entreprise défaillante

SECTION 2

Contribution suffisante au progrès économique / Gains d'efficacité

I. Compétence exclusive de l'Autorité de la concurrence.

II. Bilan économique

SECTION 3

Motifs d'intérêt général

SECTION 4

Mesures correctives

I. Engagements structurels

II. Engagements comportementaux

SECTION 5

Interdiction de l'opération ou déconcentration

CHAPITRE II Exercice du contrôle

Lorsqu'une opération dépasse les seuils de contrôle, l'article L. 430-6 prévoit que «l'Autorité de la concurrence examine si elle est de nature à porter atteinte à la concurrence, notamment par création ou renforcement d'une position dominante ou par création ou renforcement d'une puissance d'achat qui place les fournisseurs en situation de dépendance économique». À la différence des ententes et abus de domination, qui, au moins dans le texte, sont soumis à un principe de prohibition et qui peuvent éventuellement être exemptés, les concentrations ne sont qu'exceptionnellement prohibées, lorsqu'elles sont suffisamment importantes et créent un risque pour la concurrence, et peuvent, même dans cette hypothèse, bénéficier d'une exonération. Ce principe de faveur s'explique non seulement par les effets pro-concurrentiels généralement attachés aux concentrations mais aussi par des motifs de politique industrielle, ou plus largement, économiques, qui trouvent leur consécration dans la possibilité ouverte au ministre de l'Économie d'autoriser une concentration pour des «motifs d'intérêt général».

SECTION 1

Analyse concurrentielle

L'Autorité de la concurrence a défini une méthode d'appréciation de la restriction de concurrence. Pour apprécier la potentialité d'atteinte à la concurrence associée à une opération donnée, elle prend en considération, outre la part de marché de l'ensemble constitué à l'occasion de la concentration, les parts de marché des autres opérateurs sur le marché national et d'autres variables telles que la capacité des importations à concurrencer les produits domestiques, les éventuelles difficultés d'approvisionnement en matières premières ou en facteurs de production, l'importance des économies d'échelle, l'ampleur de l'investissement nécessaire pour pénétrer ou se maintenir sur le marché, ou encore l'existence de brevets de fabrication protégeant les entreprises parties à la concentration. A la suite de l'abondant contentieux né du mouvement de concentration dans la grande distribution, l'article L. 430-6 a précisé que la restriction de concurrence peut non seulement résulter de la création ou du renforcement d'une position dominante, mais également d'une puissance d'achat plaçant les fournisseurs en situation de dépendance économique.

En de rares occasions, la méthode traditionnelle a été abandonnée en faveur d'une appréhension directe des «effets unilatéraux», c'est-à-dire de l'ensemble des pertes de bien-être (en termes d'augmentation de prix ou de diminution des quantités produites) entraîné par une concentration, compte tenu de la réaction prévisible des seuls concurrents principaux des participants à l'opération. Pour évaluer la vraisemblance d'un risque d'effet unilatéral, l'Autorité de la concurrence exige en général une proximité concurrentielle des entreprises concernées par l'opération et tient compte des marges unitaires sur coûts variables de l'entreprise partie à la fusion vers laquelle se reporterait une fraction de la demande à la suite de la hausse des prix initiée par l'autre partie. L'Autorité peut quantifier le niveau de pression concurrentielle qu'exerce un produit vendu par l'une des parties à la fusion sur un produit vendu par une autre partie, en estimant le ratio de diversion au premier produit vers le second. Plus ce ratio est élevé, plus le risque d'effet unilatéral

est fort. Une concentration est susceptible d'entraîner des effets unilatéraux, même si les parties à l'opération ne sont pas les concurrents les plus proches sur le marché considéré, dès lors qu'elles sont des concurrents suffisamment proches - ce que démontre le taux significatif de report mutuel de la clientèle en cas de hausse des prix - pour constituer réciproquement une source importante de pression concurrentielle qui sera éliminée par la concentration.

L'Autorité liste dans ses lignes directrices plusieurs tests quantitatifs - tests «UPP» («Upward Pricing Pressure»), «GUPPI» («Gross Upward Pricing Pressure Index») et «IPR» («Illustrative Price Rise») - qui permettent une première évaluation du risque d'effet unilatéral qu'entraîne une concentration, sans qu'il soit nécessaire de définir le marché pertinent. Les GUPPI sont généralement issus de l'estimation économétrique des ratios de diversion, mais sont aussi parfois évalués à partir des ratios calculés après sondages : on parle alors de «GUPPI comportementaux». Selon l'Autorité, les GUPPI économétriques font apparaître davantage de préoccupations de concurrence que les GUPPI comportementaux. Un indice GUPPI supérieur à 5 % suggère une incitation de la nouvelle entité à augmenter ses prix, qui résulte de l'internalisation au sein du nouvel ensemble de reports de la clientèle vers la cible en cas d'augmentation des prix par l'acquéreur, ou inversement, vers l'acquéreur en cas d'augmentation des prix par la cible.

Aux fins de l'analyse des effets unilatéraux d'une concentration réalisée sur un marché d'appel d'offres, une forte part de marché ne sera pas considérée comme un indicateur fiable de pouvoir de marché lorsque le mécanisme d'appel d'offres considéré s'inscrit dans un environnement vérifiant les conditions cumulatives suivantes : 1) un seul offreur emporte la totalité du contrat pour lequel il y a mise en concurrence ; 2) la taille du contrat représente un enjeu significatif pour les entreprises participantes ; 3) lors de l'appel d'offres, la probabilité de succès est indépendante du résultat des appels d'offres passés lancés pour le réseau considéré ou d'autres réseaux ; 4) il n'existe pas de barrière à l'entrée sur le marché considéré.

A RETENIR

La part de marché contrôlée par les entreprises parties à la concentration continue de jouer un rôle essentiel, mais d'autres critères sont aujourd'hui pris en considération. Dans ses lignes directrices révisées relatives au contrôle des concentrations, l'Autorité tient ainsi compte du degré de concentration du marché sur lequel l'opération intervient, qui, conjointement aux parts de marché, lui permet de conduire une analyse préliminaire.

À l'instar de la Commission européenne, elle estime qu'il est peu probable qu'une concentration horizontale soulève des questions de concurrence sur un marché dont l'IHH est inférieur à 1000 ou compris entre 1000 et 2000 avec un delta inférieur à 250, ou supérieur à 2000 avec un delta inférieur à 150. L'Autorité, à l'instar de la Commission, réserve cependant une série de cas dans lesquels l'opération, même en deçà des seuils, peut porter atteinte à la concurrence.

EXEMPLES

Tel est le cas lorsque :

- l'une des parties est un entrant potentiel ou un concurrent entré récemment ;
- l'une des parties est une entreprise innovante ;
- il existe des participations croisées ;
- il existe des indices de coordination ;
- l'une des parties contrôle une part de marché supérieure ou égale à 50 %.

Il en va de même, en cas de concentration verticale ou conglomérale, lorsque l'IHH à l'issue de l'opération est inférieur à 2000.

L'analyse par les effets permet d'appréhender les effets non coordonnés indépendamment de la création ou du renforcement de la position dominante qui ne constitue plus qu'un moyen de les produire. Une concentration est susceptible de porter atteinte à la concurrence du seul fait de l'élimination de la concurrence entre les parties, dès lors que l'entité issue de la concentration peut augmenter ses prix ou réduire le volume ou la qualité de sa production de façon profitable. L'impact anticoncurrentiel d'une concentration horizontale dépendra aussi de la structure globale du marché.

De même, les concentrations verticales ou conglomérales peuvent produire des effets non coordonnés en cas de verrouillage ou de forclusion du marché, qui accroît le pouvoir de marché de la nouvelle entité et lui permet d'augmenter ses prix ou de réduire les quantités offertes.

Des effets verticaux restrictifs sont, enfin, également susceptibles de résulter d'une concentration horizontale, notamment lorsque l'opération de concentration renforce la puissance d'achat de la nouvelle entreprise et place le fournisseur dans une situation de dépendance. L'absence d'offre alternative, l'inélasticité de l'offre et le risque de création d'une puissance d'achat peuvent dans ce cas rendre nécessaires des engagements de cession. Même si la dépendance économique ne caractérise pas en soi une atteinte à la concurrence, elle peut susciter une diminution des capacités financières, d'innovation ou de recherche de certains acteurs et les conduire à sortir du marché. La dépendance économique peut de même inciter les entreprises en cause à se concentrer et diminuer la concurrence potentielle. Cependant, l'appréciation de la situation de dépendance économique s'effectue *in concreto* et ne doit pas freiner l'accès au marché des petites entreprises notamment par le biais de la sous-traitance.

PLAN

L'analyse concurrentielle implique de :

- définir le marché concerné ;
- apprécier les effets non coordonnés sur le marché ;
- ou mesurer les effets coordonnés ;
- avant de tenir compte d'éventuels effets compensateurs ;

- ou d'appliquer exceptionnellement la théorie de l'entreprise défaillante.

I. Marché concerné

PLAN

Nous examinerons successivement :

- les principes gouvernant la définition du marché ;
- le marché de produits ou de services ;
- le marché géographique.

A. Principes

1. Relativité du marché

A RETENIR

Dans le cadre du contrôle des concentrations, la délimitation du marché revêt une certaine spécificité car l'analyse y est prospective et non rétroactive. En outre, la dimension du marché peut rester indéfinie lorsque, même sur la base de la délimitation la plus étroite, l'opération n'est pas de nature à produire des effets anticoncurrentiels.

Tel est le cas lorsque la part de marché de la nouvelle entité à l'issue de la concentration est très faible tant sur un marché général que sur un marché segmenté, qu'il soit national ou européen, ou qu'il n'existe entre les parties ni chevauchement d'activités, ni liens verticaux.

2. Définition du marché et élasticité de la demande

A RETENIR

Le plus souvent, la délimitation du marché se fonde sur l'observation du comportement des demandeurs. Pour définir le marché, les autorités de contrôle recourent aussi parfois à des méthodes économétriques, en particulier au test du monopoleur hypothétique (test SSNIP : Small but Significant Non-transitory Increase of Price) qui consiste à vérifier dans quelle mesure les clients de ce monopoleur se tourneraient vers des produits de substitution en cas d'augmentation légère (de 5 à 10 %) mais permanente des prix de ses produits.

Si la substitution entraîne un recul des ventes suffisant pour priver l'augmentation de prix de son intérêt, les produits et les territoires concernés sont intégrés au marché pertinent. L'opération est renouvelée jusqu'à ce que l'augmentation des prix des produits monopolisés devienne rentable. La méthode risque toutefois de conduire à des erreurs d'appréciation si le monopoleur hypothétique est un véritable monopoleur pratiquant des prix supérieurs au prix concurrentiel puisqu'elle conduit à inclure dans le marché des produits qui ne devraient pas en faire partie (on parle de «cellophane fallacy», du nom de la célèbre affaire américaine à propos de laquelle ce type d'erreur a pour la première fois été dénoncé).

3. Définition du marché et élasticité de l'offre

A RETENIR

L'appréciation du degré de substituabilité de la demande n'est pas exclusive, mais est parfois complétée par celle de l'offre, en particulier lorsque l'on se trouve en présence de gammes indifférenciées de produits.

Pour que deux produits ou services soient substituables, il faut que les conditions de leur offre soient équivalentes et que le passage de la clientèle de l'un à l'autre soit effectivement possible. Il existe ainsi un marché unique de la collecte des oléagineux, des protéagineux et des céréales, dès lors que les silos de collecte peuvent indifféremment stocker tous types de grains, alors même que certains produits nécessitent des infrastructures spécifiques qu'au demeurant la majorité des entreprises collectrices possèdent déjà. En revanche, le marché des petites annonces immobilières en ligne n'inclut pas les locations saisonnières qui demandent un savoir-faire concernant la gestion des dates de disponibilité et des fonctionnalités ou des services renforçant la confiance des utilisateurs (réservation, paiement en ligne avec séquestre, annonce et annonceur vérifiés) et font généralement intervenir des annonceurs spécifiques et des portails spécialisés.

4. Définition du marché et autoconsommation

L'autoconsommation qui consiste pour une entreprise à produire un bien ou à se rendre un service nécessaire à son activité ne fait pas partie de l'offre sur un marché. Ainsi, l'auto-assistance n'appartient pas au marché libre car elle ne réalise pas la rencontre d'une offre et d'une demande, avec passation d'une convention et paiement d'un prix. Elle n'est pas pour autant exclue de l'appréciation du pouvoir de marché de la nouvelle entité. L'Autorité de la concurrence tient compte, dans un premier temps, des parts de marché liées aux biens et services effectivement échangés sur un marché, qui sont disponibles pour les clients, et, dans un deuxième temps, intègre dans le calcul des parts, les biens autoproduits qui, sur les marchés aval, entrent en concurrence avec les biens et services offerts. Eu égard à l'importance dans certains cas du volume des biens autoconsommés par certaines entreprises, les autorités de contrôle ont adopté une méthode d'évaluation fondée sur les capacités de production théoriques des producteurs pour mieux tenir compte de leur poids réel sur le marché et ainsi apprécier leur part de marché.

5. Dimensions du marché

Les principes généraux gouvernant la définition du marché pertinent sont applicables en droit des concentrations.

Dans ses lignes directrices de 2009, l'Autorité de la concurrence soulignait que le caractère biface (two-sided) de certains marchés doit être pris en considération soit lors de la délimitation du marché soit lors de l'analyse des effets de l'opération concernée. L'examen d'un marché biface peut être mené en définissant un marché unique avec ses deux faces indissociables ou en analysant les deux faces distinctes comme deux marchés liés. Un marché biface, qui met en relation deux groupes d'agents ayant des gains potentiels à interagir, existe lorsqu'une plateforme, ou un intermédiaire, rend possible, ou facilite, les transactions en réduisant leurs coûts et que cette activité engendre des effets de réseau

croisés (ou externalités indirectes), le bénéfice ou l'utilité que retire un agent d'un groupe déterminé dépendant du nombre d'agents de l'autre groupe. Au stade de la délimitation du marché, le concept de marché biface permet de tenir compte dans le secteur des médias, des interactions avec le marché de la publicité. En effet, sans lectorat, le marché des publicités commerciales n'existerait pas et sans petites annonces, le lectorat serait privé d'existence. Il en est de même pour le marché de la téléphonie mobile où l'on constate des interactions entre, d'une part, le niveau des terminaisons d'appel et l'intensité de la concurrence sur la subvention des terminaux et, d'autre part, le prix des abonnements et celui des communications.

B. Marché de produits ou de services

A RETENIR

Le marché de produits concerné inclut les biens et services identiques et les produits substituables. La mesure de la substituabilité des produits, qui s'effectue principalement du point de vue de la demande, tient compte de leur nature, de leurs conditions d'utilisation et de commercialisation.

1. Caractéristiques du produit ou du service

A RETENIR

Les caractéristiques techniques des produits s'apprécient du point de vue du consommateur, ce qui implique de tenir compte tant de leur goût et de leur image, que de leur prix, de leurs conditions de fabrication, ou des contraintes réglementaires.

Au-delà des caractéristiques purement techniques du produit, la qualité du service offert représente un élément de différenciation. Au total, l'examen de la substituabilité «fait appel non seulement à des considérations techniques mais tout autant à une observation concrète des éventuels comportements de substitution». Appliquant ces principes au secteur de la distribution, les autorités de concurrence distinguent ainsi, au sein du marché de la vente au détail des biens de consommation, les hypermarchés, les supermarchés, le petit commerce de détail, les «maxidiscounters», et la vente par correspondance, sans toutefois que la différenciation revête un caractère absolu. Dans certaines configurations géographiques, un hypermarché, un supermarché ou un magasin de hard-discount de plus de 400 m² peut être habituellement utilisé par certains consommateurs comme un magasin de proximité, en substitution d'une supérette, tandis que la réciproque n'est pas vraie. Selon l'Autorité de la concurrence, l'ensemble des formes de commerces spécialisés doit être exclu du marché du commerce de détail à dominante alimentaire dès lors que, même en s'approvisionnant dans l'ensemble des commerces spécialisés disponibles sur une zone de chalandise, il est difficile, voire impossible, pour un consommateur, de reproduire l'assortiment complet d'un panier de produits de consommation courante similaire à celui obtenu en supérette ou en supermarché. Les magasins biologiques doivent également être exclus du marché du commerce de détail à dominante alimentaire dès lors qu'ils proposent un assortiment de produits plus réduit et des prix plus élevés que les magasins généralistes à dominante alimentaire et que les achats de produits bio représentent une part mineure des achats réalisés par les consommateurs. Dans l'affaire

DARTY/FNAC (Aut. conc. n° 16-DCC-111 du 27 juill. 2016, LawLex17147) l'Autorité a récemment retenu qu'il n'y a pas lieu de remettre en cause la segmentation des marchés de la distribution des produits bruns et des produits gris, même si certains éléments de convergence entre ces catégories de produits peuvent être constatés (usage client, technologie, fournisseurs, ...), dès lors que le métier de distributeur est encore structuré autour de cette distinction et que tous les spécialistes ne proposent pas tous ces produits. En revanche, dans cette affaire, elle a intégré pour la première fois la vente par internet au marché de la distribution au détail de produits électroniques bruns et gris, même si la substituabilité entre les ventes en magasins et les ventes à distance n'est pas parfaite, dès lors que le développement de la vente en ligne dans le secteur des produits électroniques au cours de cinq dernières années s'est accompagné d'un amenuisement significatif des différences relevées par la pratique décisionnelle antérieure entre la vente en ligne et la vente en magasin. Elle s'est également prononcée pour l'intégration des ventes sur internet au sein du marché de la distribution du jouet. De même, elle ne retient plus la segmentation entre les ventes en ligne et les ventes à distance en ce qui concerne la distribution au détail d'accès à internet sur le territoire métropolitain. Plus généralement, l'Autorité a précisé que dans le secteur de la distribution au détail, le regroupement des ventes en ligne et des ventes en magasin au sein d'un marché unique se justifie en présence d'un faisceau d'indices, tels qu'un taux de pénétration important des ventes en ligne dans le secteur des services offerts en magasins et en ligne, l'adoption, au moins par les parties, d'une organisation interne «omnicanales» et d'une stratégie commerciale et tarifaire tenant compte des acteurs spécialisés dans la vente en ligne et, plus généralement, le développement d'un modèle de distribution «omnicanales» dans le secteur concerné.

Des **produits ou services complémentaires** peuvent, selon le cas, appartenir au même marché ou à des marchés distincts. Ainsi, les modules d'enroulement, de manœuvre et de commande extérieure et les modules de fixation qui, tous, entrent dans la fabrication des volets roulants, appartiennent à des marchés distincts tout en constituant des biens complémentaires dans la mesure où ils n'ont pas les mêmes fonctions techniques, sont offerts séparément aux assembleurs et sont fabriqués, selon des procédés différents, avec des matériaux distincts. Au sein du marché du pneu, les pneumatiques neufs de remplacement et les pneus rechapés constituent également deux marchés distincts, le marché du rechapage se présentant comme un marché de prestation de service «après-vente» vis-à-vis du marché des pneumatiques neufs. En revanche, il existe un marché de l'informatique officinale comprenant les équipements matériels, les logiciels, les services associés et leur maintenance, dès lors que tous les acteurs du marché proposent ces services et que le client final attend une prestation globale.

L'**usage d'un produit, c'est-à-dire sa fonction**, constitue également un facteur de différenciation. Il existe ainsi un marché des lessives industrielles destinées aux installations de forte capacité qui inclut seulement les hôpitaux, dès lors que les solutions techniques de nettoyage ne sont pas identiques dans les établissements de santé et dans les hôtels-restaurants, la blanchisserie industrielle en hôpital étant différente de celle des hôtels-restaurants tant par le type de linge à nettoyer (linge à plat, blouses et tuniques des soignants) et les salissures à éliminer (sang), que par l'objectif à atteindre, l'hygiène dans un cas, la tenue du linge dans l'autre. En conséquence, des activités qui peuvent

objectivement intéresser la même clientèle, telles la restauration collective et l'émission de tickets restaurant, ne sont pas considérées comme relevant du même marché dès lors qu'«elles ne sont pas vraiment, du point de vue de cette clientèle, substituables entre elles pour la satisfaction d'un seul et même besoin». Les marchés des droits d'édition doivent ainsi être segmentés selon la catégorie d'œuvres individuelles concernées, à savoir les livres de littérature générale, les livres pour la jeunesse, les bandes dessinées et les ouvrages universitaires et professionnels dès lors que les auteurs ne sont pas les mêmes, que les montants de la rémunération proportionnelle et des à-valoir diffèrent et que les maisons d'édition sont généralement spécialisées dans un type d'ouvrage. De même, les formats physiques (CD, vinyles) et les supports numériques (streaming, téléchargement) correspondent à des marchés distincts au sein du marché de la musique enregistrée dès lors que ces deux circuits ont, tant du côté de la demande que de celui de l'offre, des caractéristiques très différentes et que les écarts de prix sont significatifs.

Parfois, des produits peuvent appartenir au même marché même s'ils correspondent à des usages différents : la levure chimique, nécessaire pour faire lever une pâte, et les vermicelles de sucre, utilisés pour décorer un gâteau, font ainsi partie du marché global des aides à la pâtisserie, dès lorsqu'ils sont substituables du point de vue de l'offre.

2. Conditions d'utilisation

A RETENIR

Les conditions d'utilisation du produit ou du service confirment ou corrigent les premières conclusions tirées de ses caractéristiques ou de sa fonction.

Ainsi, dans le secteur des canalisations, il existe un marché des tubes en PVC et un marché des tubes en polyéthylène faiblement substituable en raison de l'usage des maîtres d'ouvrage, qui, dans la quasi totalité des marchés, précisent le matériau souhaité. De même, la consommation hors foyer constitue un marché distinct de celui de la consommation à domicile dès lors qu'elle procède d'une démarche différente du consommateur qui achète pour consommer immédiatement les boissons acquises dans le circuit hors foyer alors que les boissons achetées dans le circuit alimentaire font l'objet d'une consommation différée. Pour les ménages à proximité d'un hypermarché situé en centre-ville utilisant ce type de commerce comme un commerce de proximité, il existe une certaine concurrence entre le commerce de proximité et les autres formes de commerce. En revanche, un petit commerce de détail de moins de 400 m² situé le long d'une route départementale passante difficilement accessible à pied ne se trouve pas en concurrence avec les commerces d'alimentation générale de proximité dès lors qu'il n'est pas susceptible d'être attractif pour une clientèle souhaitant se rendre à pied dans un point de vente proche pour y effectuer des achats de faible montant. Malgré des différences techniques et de prix, des produits peuvent cependant être regroupés au sein du même marché en raison de l'évolution de la demande et des préférences des consommateurs qui montre un essor de l'utilisation de l'un ayant conduit à un déclin de l'autre et une atténuation des différences techniques entre eux.

3. Méthode de commercialisation

A RETENIR

Les stratégies de distribution des entreprises permettent parfois d'identifier différents marchés pertinents pour un même produit ou service.

Le marché de la bière destinée aux cafés, hôtels et restaurants doit ainsi être distingué de celui de la bière destinée à la distribution alimentaire en raison des systèmes de distribution spécifiques et des installations spéciales auxquels il recourt. De même, le coton format, le coton en vrac et les pansements constituent des marchés distincts, selon qu'ils sont distribués par des pharmacies ou des grandes ou moyennes surfaces. Cependant, lorsque les services fournis aux consommateurs sont analogues, quelle que soit la méthode de commercialisation utilisée, cette dernière ne suffit pas à délimiter un marché pertinent. L'autorité de concurrence a ainsi retenu que si, de manière générale, la location d'un bien n'est pas nécessairement concurrente de sa vente, il y a lieu de considérer que la vente et la location de téléviseurs sont bien des formules alternatives et substituables de commercialisation car les services fournis aux consommateurs par l'intermédiaire de la vente et de la location de téléviseurs sont très comparables, même s'ils présentent quelques différences aux yeux des consommateurs.

C. Marché géographique

1. Critères

A RETENIR

Le marché géographique de référence se caractérise par l'homogénéité des conditions de concurrence qui y règne et qui permet de le distinguer des zones géographiques voisines.

La zone de chalandise d'un aéroport régional correspond ainsi à un rayon de 100 km, le marché géographique étant défini en fonction de la taille et de la densité de la population, du niveau de richesse et du tissu économique et industriel autour de cette infrastructure. La délimitation géographique du marché peut aussi être la conséquence d'une contrainte technique, d'une réglementation administrative, du coût de transport, du temps nécessaire pour accéder au site en cause, de la nature même du produit concerné ou de la structure de l'offre ou de la demande. Le marché de l'hébergement aux personnes âgées hors région parisienne revêt une dimension départementale dès lors que le choix de l'établissement est principalement conditionné par sa proximité avec le domicile de la personne concernée ou du référent familial. La zone de chalandise des magasins en zone sous douane peut être limitée à l'aéroport ou à chaque terminal lorsque la configuration des lieux interdit la circulation entre aéroports.

A RETENIR

La définition du marché géographique peut varier selon le niveau du processus économique auquel on se situe.

Dans le cas de la grande distribution, il faut distinguer le marché amont des relations fournisseur/distributeur qui est, selon les types de magasins et les produits, régional ou national, du marché aval de la vente au détail des biens de consommation, qui est local, chaque zone de chalandise étant définie en fonction du temps de déplacement des clients, compte tenu du lieu d'habitation, de la taille du point de vente, des infrastructures commerciales, des voies de communication et de la qualité de leur desserte. **Des regroupements des zones de chalandise peuvent être opérés en cas de superposition de zones.** En cas de chevauchements significatifs de zones de chalandise, il est donc possible d'examiner les effets de la concentration sur l'ensemble de ces zones, en sus d'une analyse zone par zone. Procédant généralement selon la **méthode dite «des empreintes réelles»**, l'Autorité délimite alors un marché local sur la base du comportement réel des consommateurs sur une zone donnée grâce aux informations collectées par les points de vente sur la localisation de leurs clients et limite généralement le marché à la zone qui regroupe 80 % du chiffre d'affaires ou 80 % des clients du magasin, le pourcentage de consommateurs non retenu étant assimilé à une clientèle ponctuelle non significative. L'Autorité pondère parfois la méthode des empreintes réelles compte tenu des modalités du système de distribution concerné. Dans la décision Darty/Fnac, l'Autorité a même complètement écarté la méthode des empreintes réelles, calculées à partir du domicile des acheteurs, pour la détermination des zones de chalandise dans Paris intra-muros, dès lors que de nombreux clients parisiens effectuent leurs achats à proximité de leur travail et non de leur domicile et que la capitale constitue une zone de loisirs attractive pour de nombreux franciliens et touristes qui réalisent leurs achats en produits bruns et blancs loin de leur domicile. Plus généralement, dans le secteur de la distribution au détail, lorsque les ventes en ligne sont intégrées à un marché global, les autorités de la concurrence mènent l'analyse concurrentielle sur la zone de chalandise de chaque point de vente tout en tenant compte des stratégies et des positions des différents acteurs au niveau national dès lors que le consommateur arbitre sa décision d'achat sur la base des alternatives qui lui sont géographiquement accessibles, en mettant en concurrence l'offre (gamme, services, tarifs, etc.) des magasins situés généralement à proximité de son domicile et celle des opérateurs de vente en ligne.

La dimension du marché peut également varier selon qu'il existe ou non des barrières linguistiques : leur importance tend à conférer à internet ou aux marchés des services informatiques une dimension nationale, alors que le marché des jeux vidéo pour mobiles est européen en raison de leur faiblesse.

2. Étendue

A RETENIR

Le marché géographique sur lequel s'apprécie la position des entreprises concernées est en principe le marché national ou, par analogie au droit de la domination auquel renvoie l'article L. 430-6, une partie substantielle de celui-ci.

Bien que la loi ne le précise pas à propos des concentrations, la position dominante peut être constatée sur un marché géographique infranational puisque le droit de la domination envisage expressément cette hypothèse. Un marché régional, ou même purement lo-

cal, est susceptible de constituer une partie substantielle du marché national, le caractère substantiel d'un sous-marché géographique se déduisant de son importance économique par rapport au marché national pris dans son ensemble. Parfois, les autorités de contrôle dépassent le cadre national pour retenir le marché européen ou même mondial.

Enfin, compte tenu des évolutions d'un secteur, l'Autorité peut être amenée à redéfinir l'étendue du marché géographique. Dans la décision Emil Frey (ex PGA)/Fiber (Aut. conc., 12 mars 2019, 19-DCC-42, LawLex19415), elle a révisé sa méthode d'appréciation des concentrations mises en œuvre dans le secteur de la distribution automobile : si une délimitation locale de ces marchés se justifie toujours car la proximité demeure le critère le plus important pour l'achat d'un véhicule, qu'il soit neuf ou d'occasion, notamment dans la perspective des services après-vente (prise en garantie, entretien, réparation, ...), l'Autorité considère désormais que la position concurrentielle des parties doit être déterminée à partir de la zone locale de chalandise et non plus à l'échelle du département, comme auparavant, pour rendre compte du comportement réel des acheteurs. Pour chaque marché local de la distribution, l'Autorité adopte ainsi une délimitation géographique par zones de chalandise comprises entre 30 et 60 minutes, selon le temps de trajet que les consommateurs sont prêts à parcourir pour acquérir un véhicule.

II. Effets non-coordonnés

Les effets non-coordonnés sont la conséquence de concentrations horizontales ou non horizontales, une même opération pouvant, selon les aspects concernés, relever simultanément des deux catégories.

A. Périmètre

A RETENIR

L'analyse concurrentielle porte sur un périmètre d'activités : pour l'acquéreur, il est tenu compte de toutes les activités de l'entreprise, et non des seuls marchés concernés ou affectés, et pour la cible, de l'activité cédée.

L'évaluation des effets anticoncurrentiels d'une opération peut ainsi porter sur les activités des sociétés dont la participation dans le capital de la société acquéreuse est de nature à leur conférer une influence déterminante sur les décisions stratégiques de celle-ci, ou sur celles des succursales et des magasins exploités en franchise lorsque l'acquéreur est un groupe de distribution. Dans ce dernier cas, l'autonomie de la politique commerciale par rapport à la tête de réseau et au groupe correspondant constitue un critère déterminant de l'analyse : en cas d'indépendance de comportement, les succursales ou magasins franchisés sont susceptibles de constituer un contrepois concurrentiel tandis que le défaut d'autonomie permet au contraire de les englober dans l'activité concernée par l'opération de concentration.

L'analyse se limite aux seules participations détenues par la société de gestion et ne s'étend pas à celles contrôlées par l'ensemble du groupe, lorsqu'il s'agit d'un fonds d'investissement captif. Toutefois, il peut, de manière exceptionnelle, être dérogé à cette règle, lorsque l'un des investisseurs du fonds détient la capacité d'exercer une influence déter-

minante sur les décisions d'investissement de celui-ci ou la gestion des participations détenues.

Selon l'Autorité de la concurrence, lors du rachat d'un portail immobilier par un autre, l'analyse concurrentielle doit être menée en privilégiant le critère du chiffre d'affaires tout en tenant compte du nombre d'annonces et de l'audience, critères caractéristiques des marchés bifaces, dès lors que le chiffre d'affaires dépend du nombre d'annonces publiées sur le portail et résulte des performances d'un opérateur, qui facture ses services en tenant compte de la propension à payer d'un annonceur pour utiliser un portail, qui elle-même dépend de l'importance et de la qualité de l'audience. Le périmètre des produits et des services à prendre en compte pour le calcul du chiffre d'affaires comprend les revenus issus de la diffusion de petites annonces immobilières en ligne, à l'exclusion de ceux générés par la vente d'espaces publicitaires en ligne qui ne reflètent pas la pression exercée par les portails dits « gratuits » sur les portails « payants » et traduisent la qualité de l'audience pour des raisons autres que celle liée à la qualité immobilière.

B. Concentrations horizontales

1. Notion

A RETENIR

Par concentrations horizontales, il faut entendre les opérations réalisées entre des concurrents existants ou potentiels sur le même marché. Ces concentrations portent atteinte à la concurrence car elles augmentent le pouvoir de marché des entreprises qui les réalisent, c'est-à-dire leur pouvoir d'augmenter les prix en diminuant les quantités produites.

Sans aller jusqu'à la création ou au renforcement d'une position dominante au profit de l'entité issue de l'opération, une concentration horizontale peut porter atteinte à la concurrence du seul fait de l'élimination de la concurrence entre les parties, lorsqu'après l'opération, la nouvelle entité peut de façon profitable réduire le volume ou la qualité de sa production, alors qu'avant l'opération un tel comportement aurait conduit à une réduction trop importante des ventes au profit d'autres opérateurs. L'acquisition ou le renforcement d'un pouvoir de marché par l'intermédiaire d'une concentration doit s'apprécier à l'aune de ses effets sur la concurrence en prix, mais aussi plus généralement par rapport à la capacité de la nouvelle entité d'augmenter profitablement les prix, de réduire la production, le choix ou la qualité des biens et des services, de diminuer l'innovation ou d'exercer, d'une autre manière, une influence sur les facteurs de la concurrence. Dans la décision Darty/Fnac (Aut. conc. n° 16-DCC-111 du 27 juil. 2016, LawLex17147), l'Autorité de la concurrence a ainsi considéré que le rapprochement de réseaux de magasins physiques, auxquels s'ajoute la vente à distance, est susceptible d'engendrer une dégradation de la qualité de l'offre proposée au consommateur en magasin, notamment en termes de services (conditions d'accueil, de conseil, de service après-vente ou d'horaires d'ouverture), dès lors que la contrainte concurrentielle exercée par les *pure players* n'apparaît pas suffisante pour inciter un puissant opérateur *click and mortar* à maintenir et améliorer sa qualité de service sur une zone où il dispose d'une part de marché élevée.

L'examen des effets horizontaux d'une concentration doit tenir compte des mécanismes

spécifiques de fixation des prix sur les marchés concernés, et notamment de l'existence de tarifications régulées.

De telles opérations ne sont souvent autorisées que sous réserve d'engagements qui ont pour objet de limiter leurs effets sur les prix ou sur les conditions d'accès au marché concerné.

Le pouvoir de marché de la nouvelle entité issue de la concentration variera en fonction des parts de marché cumulées des parties à l'opération et de la structure du marché sur lequel celle-ci se réalise.

2. Parts de marché cumulées

Les autorités de contrôle apprécient les incidences que l'opération de concentration peut avoir sur les entreprises participantes : effets unilatéraux dus à l'exercice du pouvoir de monopole, acquisition ou consolidation d'une position dominante du fait de l'addition de parts de marché. Il n'existe aucun seuil de part de marché au-delà duquel une concentration est en principe déclarée «anticoncurrentielle».

A RETENIR

Si l'existence de parts de marché de grande ampleur (plus de 50 %) peut faire présumer des effets dommageables sur la concurrence, cette présomption est réfutable dans la mesure où les caractéristiques et le fonctionnement des marchés peuvent contraindre le comportement concurrentiel des opérateurs.

Sur un marché contestable, ou en présence de fortes pressions concurrentielles, des parts de marché de 50 %, 75 % et même 98 % sont admises. L'analyse est la même pour des parts cumulées supérieures à 50 % lorsque l'opération intervient sur un marché réglementé sur lequel l'intensité de la concurrence est restreinte. A l'inverse, une opération aboutissant au contrôle de 80 % du marché en présence de fortes barrières à l'entrée, de 52 %, en cas de maîtrise exclusive des différentes techniques de protection et de cloisonnement vertical, ou de plus de 50 % sur un marché local peut n'être autorisée que sous conditions.

De même, des parts de marché extrêmement faibles (moins de 2 %) n'emportent pas d'atteinte à la concurrence à la condition qu'elles ne viennent pas conforter une position déjà forte. Ainsi, en cas de disparition d'un concurrent actuel ou potentiel, l'autorité de contrôle se satisfait parfois d'une augmentation minimale ou même nulle de part de marché pour constater l'existence d'un risque anticoncurrentiel. Pour que la disparition d'un concurrent soit considérée comme une atteinte à la concurrence, il faut à la fois qu'il pèse actuellement ou potentiellement et de façon sensible sur le comportement des entreprises présentes sur le marché et que le nombre d'autres concurrents potentiels soit insuffisant.

A RETENIR

Il est peu probable, selon l'Autorité de la concurrence, que la concurrence soit restreinte lorsque la part de marché de la nouvelle entité est inférieure à 25 %.

Ainsi, la détention par le nouvel ensemble d'une part de marché comprise entre 0 à 30 % n'est pas de nature à restreindre la concurrence en l'absence de barrières à l'entrée, en cas de détention de parts de marché supérieures par les autres entreprises du marché ou lorsque la part de marché est trop modeste et le marché très concurrentiel et en pleine croissance, malgré des barrières financières à l'entrée. A fortiori, la concentration n'est pas susceptible de produire un effet anticoncurrentiel en l'absence de chevauchement ou d'addition de parts de marché.

L'Autorité de la concurrence prend en considération les parts de marché les plus récentes, mais peut se référer aux parts de marché détenues au cours des deux dernières années si elles ont fortement évolué. Elle analyse les parts de marché en valeur et en volume en s'appuyant sur les données fournies par les parties dans le dossier de notification. L'Autorité a ainsi précisé que si dans le secteur du commerce de détail, les autorités de concurrence analysent fréquemment la position des parties à une concentration par le biais de parts de marché calculées en surface, une appréciation des parts de marché en valeur, qui permet d'inclure la pression concurrentielle des opérateurs en ligne, apparaît plus pertinente dans le secteur de la distribution des produits électroniques. Pour le calcul des parts de marché dans ce secteur, il y a lieu d'utiliser la méthode standard qui consiste à délimiter une zone de chalandise autour de chaque magasin cible et à prendre en compte les concurrents à l'intérieur de cette zone, plutôt que la méthode géométrique qui attribue un « poids concurrentiel » différent à un magasin en fonction de sa distance par rapport au magasin cible et conduit fréquemment à minorer les parts de marché des parties. L'Autorité considère par ailleurs que lorsque le calcul des parts de marché fondé uniquement sur le nombre de points de vente ne reflète pas de manière adéquate la configuration des marchés dans un secteur, cette approche doit être pondérée par la prise en considération des spécificités du modèle de distribution concerné (positionnement concurrentiel « low cost » ou « premium » des offres, date d'entrée sur le marché, place accordée à l'activité de distribution dans les points de vente, largeur de la gamme, etc). Dans ce secteur, elle estime également que, compte tenu de l'intégration des ventes en ligne dans l'analyse concurrentielle locale, si la part de marché de la nouvelle entité est inférieure à 25 %, tout risque d'atteinte à la concurrence peut être écarté sans qu'il soit nécessaire de mener une analyse concurrentielle plus détaillée, alors que si elle est comprise entre 25 % et 50 %, une analyse de la structure concurrentielle locale s'impose, tout risque d'atteinte à la concurrence pouvant être écarté dans les zones où la nouvelle entité fait face à la concurrence d'au moins deux grandes surfaces spécialisées de dimension nationale. Cette méthode, adoptée pour la première fois dans la décision Darty/Fnac, a également été appliquée au secteur de la distribution au détail du jouet.

Dans le secteur de la distribution automobile, l'Autorité a récemment aligné sa pratique décisionnelle sur celle qu'elle retient en matière de contrôle des concentrations dans la distribution alimentaire ou d'autres produits de consommation, en adoptant une définition du marché géographique qui substitue le critère de la zone de chalandise à partir d'un temps de trajet au département et en évaluant les parts de marché des parties à la concentration à partir du nombre de points de vente détenus par zone de chalandise au lieu du nombre d'immatriculations enregistrées dans le département.

3. Structure du marché

La nature de la concurrence qui s'exerce sur le marché concerné constitue un critère essentiel de l'analyse des effets non coordonnés d'une concentration. Des effets horizontaux significatifs peuvent ainsi résulter de la proximité des offres des parties.

A RETENIR

Les autorités de contrôle vérifient si la concentration crée une disproportion relative entre la taille de la nouvelle entité et celle des concurrents ou entraîne la disparition d'un concurrent ou d'une relation de concurrence entre deux opérateurs.

L'opération qui fait disparaître deux maveriks, c'est-à-dire des acteurs qui ont significativement contribué à animer la concurrence sur le marché concerné, tout en permettant d'amorcer une dynamique conduisant à un affaiblissement de la concurrence, présente des risques anticoncurrentiels. Il est parfois tenu compte de l'existence d'un éventuel effet de groupe, c'est-à-dire de restrictions de concurrence qui trouvent leur cause dans le fait que différentes entreprises appartiennent au même groupe de sociétés.

L'Autorité de la concurrence évalue également la capacité des concurrents actuels à réagir à la situation née de la concentration et leur intérêt à le faire. Elle détermine si les **barrières à l'entrée** sur le marché considéré ne sont pas d'un niveau tel qu'elles interdisent toute action concurrentielle efficace de la part des concurrents actuels ou potentiels des entreprises parties à l'opération de concentration. La détention de brevets ou de marques notoires, d'une certaine expérience ou «learning by doing», d'un savoir-faire spécifique, d'une certification de qualité, le bénéfice d'un accès privilégié aux linéaires, l'intégration verticale, la présence d'accords d'exclusivité ou de contrats de longue durée, l'avance technologique, les investissements de capacité ou publicitaires, la puissance financière ou commerciale, les économies d'échelle ou les éventuels effets de gamme, de portefeuille, de réseau, d'expérience et de signalement, constituent autant d'avantages qui rendent la pénétration de concurrents plus difficile. Indépendamment des avantages qui bénéficient aux parties à l'opération, les autorités de contrôle tiennent compte des facteurs de nature à amplifier son impact anticoncurrentiel. Il en est ainsi de l'existence de barrières réglementaires, de ressources ou capacités limitées, de la faible élasticité de l'offre ou de la demande, de la stagnation ou de la maturité du marché, de l'homogénéité des produits concernés. La constatation de l'absence d'entrée ne suffit pas à établir l'existence de barrières à l'entrée, pas plus que l'existence de telles entrées ne suffit à établir l'absence de barrières.

Lorsqu'elle implique des groupes aux activités multiples, une même concentration peut produire des effets à la fois horizontaux, verticaux et/ou congloméraux. L'Autorité a récemment relevé que même si les **effets de levier**, c'est-à-dire la possibilité pour une entreprise d'exploiter la forte position qu'elle détient sur un produit pour développer les ventes d'autres produits, sont essentiellement analysés par les autorités de concurrence lorsqu'il s'agit de produits appartenant à des marchés différents et dans le cadre de concentrations conglomérales, le même type d'effet peut être constaté au sein d'un même marché, notamment lorsqu'une entreprise est en mesure de s'appuyer sur la détention d'une marque incontournable pour développer les ventes d'autres marques au sein d'un

même marché de produits. Une concentration intervenant sur un premier marché peut ainsi produire un effet de levier ou de spirale sur un second, situé en amont ou en aval, dès lors que les deux marchés sont étroitement interconnectés (marché de la distribution et de l'approvisionnement, marché de la publicité télévisée, de la production et de la diffusion télévisuelle).

Mais l'effet anticoncurrentiel découlant d'une concentration horizontale peut aussi être appréhendé directement sur le marché affecté. L'existence d'**effets de réseau croisés** peut ainsi être constatée sur un même marché lorsque celui-ci revêt la particularité d'être bi-face : de tels effets peuvent modifier les incitations des parties à pratiquer des hausses de prix, une hausse de prix sur une face du marché pouvant modifier l'attractivité sur son autre face.

Selon les lignes directrices relatives au contrôle des concentrations, la **dépendance économique** ne constitue, en soi, une atteinte à la concurrence que si elle entraîne un effet sur la concurrence sur un marché et, finalement, sur le surplus du consommateur, et non simplement sur un fournisseur car l'objectif des règles de concurrence ne consiste pas dans la protection de l'entreprise en tant que telle, qu'elle soit concurrente, cliente ou fournisseur. Dans le secteur de la grande distribution, l'existence d'un risque de dépendance économique d'un fournisseur à l'égard d'un distributeur suppose que les achats réalisés par le distributeur représentent une part importante dans le chiffre d'affaires du fournisseur, que le distributeur bénéficie d'une forte notoriété par rapport au fournisseur et détienne une part de marché importante sur les marchés aval et que le fournisseur soit dans l'incapacité de trouver un partenaire alternatif en cas de rupture de la relation contractuelle. Un tel risque est exclu à l'issue d'une concentration lorsque les marchés concernés sont des marchés dits «de marque», composés d'un nombre restreint de fournisseurs bénéficiant pour la plupart d'une grande notoriété, et dont certains des produits revêtent un caractère incontournable pour les consommateurs et par conséquent les distributeurs. En revanche, une concentration qui intervient sur des marchés où l'offre est beaucoup moins concentrée que la demande, présente un risque de dépendance économique accru. Il convient dès lors d'identifier le «seuil de menace «au-delà duquel la survie du fabricant peut être mise en cause, la disparition d'un débouché le plaçant, à plus ou moins brève échéance, dans une situation financière difficile, voire le poussant à la faillite. Le niveau du seuil de menace, qui n'est pas fixe, mais dépend d'un grand nombre de paramètres spécifiques selon les secteurs concernés - structure et situation financière des entreprises, existence et coût d'éventuelles solutions alternatives -, a été fixé à 22 % dans le secteur de la grande distribution alimentaire. Selon l'Autorité, une concentration n'est pas de nature à porter atteinte à la concurrence lorsque seule une dizaine de fournisseurs sur quatre-vingts dépasse le taux de menace et parmi ces dix, seuls quatre jugent défavorables les conséquences de l'opération sur leur activité, trois de ces derniers réalisant moins de 5 % de chiffre d'affaires avec la cible et le quatrième n'invoquant pas de menace sur la continuité de ses activités.

C. Concentrations non-horizontales

1. Concentrations verticales

a. Notion

A RETENIR

Une concentration est dite verticale lorsque l'opération concerne des opérateurs situés à différents niveaux de la chaîne de production.

Il en est ainsi en cas d'acquisition d'un fournisseur ou d'un distributeur qui peut aboutir pour les concurrents à la suppression d'une source d'approvisionnement ou d'un débouché ou à la création d'un état de dépendance économique.

Les concentrations verticales sont en principe moins nocives pour la concurrence que les concentrations horizontales : elles n'éliminent pas la concurrence entre les parties et sont susceptibles de générer des gains d'efficacité. Elles risquent toutefois de produire des effets négatifs lorsqu'elles rendent l'accès des concurrents au marché de la nouvelle entité plus difficile par le verrouillage ou la forclusion de ce dernier.

b. Critères d'analyse

A RETENIR

La concentration verticale ne doit pas conduire au verrouillage du marché. Le verrouillage peut résulter du refus de vendre un intrant à des entreprises en aval (ou de l'imposition d'un prix élevé) ou du refus de la branche aval de l'entreprise intégrée d'acheter et de distribuer les produits des fabricants indépendants en amont.

Pour déterminer si un tel verrouillage existe, l'Autorité de la concurrence examine si la nouvelle entité dispose de la possibilité de verrouiller le marché, si elle est incitée à le faire et si la stratégie de verrouillage produit un effet restrictif sur les marchés en cause.

A RETENIR

Comme pour les concentrations horizontales, le pouvoir de marché de l'entreprise issue de l'opération constitue un critère déterminant : une part de marché inférieure à 30 % rend improbable une atteinte à la concurrence en cas de concentration verticale.

Lors de l'appréciation du pouvoir de marché de la nouvelle entité, il faut tenir compte de l'autoconsommation, de l'élasticité de l'offre, de l'importance du produit concerné pour les entreprises situées en aval (en cas de verrouillage du marché des intrants) ou de celle des débouchés pour les entreprises situées en amont (dans l'hypothèse d'un verrouillage de l'accès à la clientèle).

La capacité de réaction des concurrents constitue également un facteur d'appréciation. L'aptitude des concurrents à réagir dépend de leur propre degré d'intégration. La présence de concurrents verticalement intégrés qui disposent de capacités de production et de débouchés en interne écarte le risque de verrouillage du marché. Si les concurrents disposent d'une source d'approvisionnement ou d'un débouché alternatif, ou bénéficient d'un effet de gamme, l'effet anticoncurrentiel est peu probable.

Selon l'Autorité de la concurrence, le risque de verrouillage du marché est faible en l'absence de **barrières à l'entrée**. En revanche, des contrats d'exclusivité ou à long terme peuvent renforcer la dépendance des concurrents. Pour que la pression des concurrents potentiels soit jugée suffisante, il faut que leur entrée soit vraisemblable, qu'elle s'exerce dans des délais courts et que leur pression soit réelle.

Un renforcement de la **puissance d'achat** de la nouvelle entité n'est pas considéré dommageable pour l'économie lorsqu'il existe une forte concentration de fournisseurs qui détiennent un pouvoir de négociation important et une concurrence effective sur le marché de la vente au détail qui force les entreprises concernées à répercuter la baisse des prix obtenue sur les consommateurs.

Au-delà des caractéristiques du marché, l'Autorité de la concurrence examine la possibilité pour la nouvelle entité d'adopter des **stratégies de verrouillage**. L'entreprise issue de la concentration peut être incitée à verrouiller le marché lorsqu'elle est susceptible, à terme, de tirer un bénéfice de la baisse des ventes d'intrants aux concurrents situés en aval ou de l'arrêt de son approvisionnement en intrants auprès de ses concurrents en amont. L'intégration verticale entre un gestionnaire d'aéroport et une entreprise de travaux publics peut ainsi conduire à l'augmentation des coûts des travaux du fait d'une absence de mise en concurrence, ce risque étant accru lorsque la régulation des redevances aéroportuaires permet au gestionnaire de répercuter intégralement la hausse des coûts sur ces redevances et que l'entreprise intégrée est incitée à augmenter artificiellement le prix proposé par l'entreprise de travaux publics, permettant ainsi à cette dernière de se constituer une rente injustifiée. Les gains tirés de l'affaiblissement ou de la disparition des concurrents dépendent du niveau des bénéfices et des marges réalisés en amont et en aval. Le gain unitaire résultant d'une stratégie de verrouillage peut être mesuré en comparant le profit supplémentaire réalisé à l'aval grâce au report d'une partie de la clientèle des concurrents, qui correspond au produit entre la marge aval et le taux de report, et la perte consentie sur le marché de gros. Le risque de stratégie de verrouillage peut être écarté lorsque les pertes consenties par la nouvelle entité sur un marché où elle réalise des marges élevées ne peuvent pas être compensées par le développement de part de marché sur un marché où les marges sont faibles, lorsque la nouvelle entité n'est pas à même d'absorber la demande qui s'est détournée des concurrents ou d'écouler leur part de production, lorsque le marché est caractérisé par une diversité des gammes de produits. Pour apprécier le risque de stratégies anticoncurrentielles, l'Autorité s'appuie notamment sur les comportements adoptés dans le passé par la nouvelle entité.

La concentration entre un fournisseur et un client important sur le marché en aval peut conduire à la fermeture du marché en amont aux concurrents actuels ou potentiels, qui n'auront plus accès à une clientèle suffisante. La concentration ne doit pas ainsi placer les fournisseurs de la nouvelle entité en situation de dépendance économique. Elle ne doit pas non plus être de nature à priver les concurrents de l'entité cible de débouchés. Tel est le cas lorsqu'une entreprise présente à tous les stades de la chaîne sera à même d'adopter des comportements discriminatoires à l'égard de ses concurrents et de renforcer l'attractivité du groupe en aval en favorisant le recours à ses services ou lorsque la nouvelle entité sera incitée, en se renforçant sur le marché aval, à restreindre l'approvisionnement des enseignes concurrentes en produits de marques nationales qu'elle leur fournit en tant

que grossiste et pour lesquels il existe peu d'alternatives compte tenu des exclusivités de fait ou de droit dont elle bénéficie déjà.

2. Concentrations conglomerales

a. Notion

A RETENIR

La concentration revêt une nature conglomerale lorsque la nouvelle entité étend ou renforce sa présence sur un marché connexe qui n'est situé ni en aval ni en amont.

La concentration conglomerale favorise la réunion ou l'extension de gammes de produits ou de portefeuilles de marque. Elle produit en règle générale des effets positifs en raison des synergies pro-concurrentielles qui résultent du regroupement, les baisses de coûts puis de prix bénéficiant à la demande finale.

La nouvelle entité peut cependant être tentée, par un effet de levier, d'exploiter sa position en pratiquant, par exemple, des ventes liées/ groupées, susceptibles de réduire la pression concurrentielle. Lorsqu'il reste des acteurs monoproducteurs effectivement présents sur l'un ou l'autre marché, il est peu probable, selon l'Autorité de la concurrence qui se réfère aux Lignes directrices de la Commission sur l'appréciation des concentrations non-horizontales, que la concurrence se détériore à la suite d'une concentration conglomerale susceptible d'entraîner un effet de couplage. Le risque d'effet de levier est faible lorsqu'il existe sur les marchés concernés des barrières à l'entrée très élevées ou lorsque les produits ne remplissent pas les mêmes fonctions. Sur un marché biface, tel que celui de la télévision gratuite qui s'adresse à la fois aux auditeurs et aux annonceurs, l'existence d'effets de levier entre le marché de la publicité et celui des droits permet en revanche d'amorcer une dynamique d'affaiblissement, voire d'exclusion des concurrents, et de renforcement de la position dominante, favorisant ainsi un effet de spirale susceptible d'amplifier les conséquences négatives de l'opération.

b. Critères d'analyse

A RETENIR

Comme pour les concentrations verticales, il est peu probable qu'une concentration conglomerale produise un effet anticoncurrentiel en deçà de 30 % de part de marché et d'un IHH à l'issue de l'opération inférieur à 2000.

Un avantage concurrentiel est, par ailleurs, susceptible de bénéficier à la nouvelle entité, et l'opération de produire des effets conglomeraux en cas d'accès à des informations privilégiées. Mais le pouvoir de marché peut aussi être renforcé par des effets de gamme, du fait de l'addition de produits, ou de portefeuille, en cas d'addition de marques, ou de réseau, en cas de contrôle d'une technologie, par exemple de codage, qui permet de bloquer l'accès au marché, ou encore de couplage, lorsque la nouvelle entité lie des biens ou services complémentaires offerts sur des marchés distincts.

Un **effet de gamme** peut être décisif lorsque l'entreprise dispose d'une forte position sur l'un des marchés, que les produits sont liés par une forte complémentarité, que les

concurrents ne sont pas à même de proposer une gamme complète et que la détention de celle-ci est un argument de vente déterminant pour la clientèle. Une opération de concentration peut être interdite même lorsqu'elle ne se traduit pas par une addition significative de parts de marché, lorsqu'elle permet à l'acquéreur d'ajouter à un portefeuille de marques, qui en comporte déjà, une autre marque notoire ou incontournable. L'impact de l'effet de portefeuille ou de gamme dépend des conditions du marché, et notamment de l'importance relative des marques et portefeuilles concurrents : l'élargissement d'une gamme ne présente ainsi aucun risque pour la concurrence lorsqu'elle n'est pas de nature à modifier les pratiques commerciales de négociation sur le marché concerné. Ainsi, une concentration n'est pas de nature à porter atteinte à la concurrence lorsque la partie notifiante commercialise d'ores et déjà l'ensemble des gammes de produits en volaille et qu'elle n'implique pas l'acquisition ni d'une marque notoire, ni d'un brevet, ni d'un savoir-faire spécifique, ni de compléments à une gamme de produits.

Un **effet de couplage** peut revêtir différentes formes : ventes groupées techniques, fondées sur une interopérabilité exclusive des produits entre eux ; ventes groupées mixtes (mixed bundling) autorisant l'achat séparé, mais à un prix supérieur à celui de l'achat groupé ; ventes groupées pures (pure bundling) consistant en une offre simultanée des produits dans une proportion fixe. L'analyse d'un risque d'effet de couplage s'effectue en trois temps : l'Autorité recherche d'abord (1) si la nouvelle entité a la capacité d'évincer ses concurrents, puis, (2) si elle a un intérêt économique à le faire et enfin, (3) si une stratégie de verrouillage du marché aurait une incidence négative sur la concurrence portant préjudice aux consommateurs. La crédibilité d'un scénario de ventes liées doit s'examiner notamment sur la base des comportements passés qui illustrent l'intérêt des entreprises concernées pour de telles offres.

Un tel risque est écarté lorsque la politique de couplage susceptible de résulter de la détention d'une gamme étendue de produits est inenvisageable s'agissant de produits proposés à des prix distincts, ne visant pas la même clientèle et dont les conditions commerciales et les modes de commercialisation obéissent à des logiques différentes ou lorsque la nouvelle entité dispose d'une position faible sur chacun des marchés concernés où ses concurrents proposent déjà une gamme de services équivalents. Il en va de même lorsque les partenaires commerciaux de l'entité issue de la concentration disposent d'un important pouvoir de négociation ou que, sur le marché en cause, il n'est pas nécessaire de disposer d'une gamme de produits étendue pour être compétitif, plusieurs concurrents étant en mesure de répliquer une éventuelle stratégie d'offres groupées de la nouvelle entité. Il est également peu probable que la nouvelle entité coure le risque de perdre des ventes sur un marché très rentable pour développer celles-ci sur un marché peu rentable.

III. Effets coordonnés / Position dominante collective

Les autorités de contrôle françaises ont à plusieurs reprises vérifié si une opération de concentration n'aboutissait pas à la création ou au renforcement d'une position dominante collective. Certaines conditions de marché favorisent indéniablement l'interdépendance oligopolistique : forte concentration de l'offre, faible puissance d'achat, part de marché similaire et stable, faible innovation, inélasticité et stagnation de la demande, produits homogènes, faible transparence, etc. Jusqu'à présent, les autorités françaises se

sont toujours efforcées de renforcer ces indices par la constatation de liens structurels ou collusifs entre les entreprises avant de conclure à l'existence d'une situation de domination collective. Toutefois, l'évolution de la jurisprudence relative à l'abus de position dominante annonce peut-être des changements à venir dans le domaine des concentrations.

A RETENIR

L'Autorité de la concurrence semble admettre que la position dominante collective puisse s'inférer de la seule structure du marché, en l'absence de liens entre les entreprises, lorsque les critères cumulatifs de l'arrêt rendu par le juge européen dans l'affaire *Airtours* (TPICE, 6 juin, aff. T-342-99, LawLex023474) sont réunis : - la transparence sur le marché doit être suffisante pour permettre à chaque membre de l'oligopole dominant de connaître, de manière suffisamment précise et immédiate, l'évolution du comportement des autres membres, afin de vérifier s'ils adoptent ou non la même ligne d'action ; - les membres de l'oligopole doivent être incités à ne pas s'écarter de la ligne d'action commune ; - cette ligne d'action commune ne doit pas pouvoir être contestée par des concurrents actuels ou potentiels ainsi que par les consommateurs.

Dans ses lignes directrices, l'Autorité de la concurrence reprend les critères de l'arrêt *Airtours* pour apprécier les effets coordonnés. Elle se réfère également à l'arrêt *Impala* (CJCE, 10 juill. 2008, aff. C-413-06P, LawLex081117) dans lequel la Cour de justice retient que «la probabilité d'une coordination tacite est plus forte si les concurrents peuvent facilement parvenir à une perception commune de la manière dont doit fonctionner la coordination, notamment des paramètres susceptibles de faire l'objet de la coordination envisagée». Pour apprécier si une opération de concentration présente un risque d'effets coordonnés, il y a lieu de s'interroger, dans le cadre d'une analyse prospective du marché pertinent, sur leur probabilité, en appréhendant, sans s'en tenir à l'application de chacun des trois critères (conditions de détection, de dissuasion et de non-contestation) pris isolément, le mécanisme économique global d'une éventuelle coordination.

La probabilité de voir émerger une compréhension mutuelle du mécanisme de coordination est d'autant plus grande que le marché est stable et peu complexe. Pour analyser les effets coordonnés, l'Autorité tient ainsi compte du nombre d'opérateurs sur le marché, de la symétrie des entreprises, de l'homogénéité du produit, de la stabilité de la demande et de l'importance de l'innovation. La complexité et l'instabilité de l'environnement économique peuvent cependant être dépassées lorsqu'il existe des liens structurels ou des règles de tarification communes entre les entreprises, ou lorsqu'elles ont accès aux données du marché.

Pour que la coordination soit efficace, les entreprises doivent être en mesure de surveiller le fonctionnement du marché. La coordination ne peut avoir lieu que si le marché est suffisamment transparent. L'Autorité évalue la transparence du marché compte tenu de l'homogénéité des produits, de la possibilité d'accéder aux données du marché relatives à l'évolution de la demande et aux prix, de l'existence de liens structurels susceptibles de faciliter l'échange d'informations ou d'une clientèle réduite permettant la transmission des informations d'un concurrent à l'autre.

La stabilité de la coordination n'est assurée que si les entreprises peuvent exercer des mesures de représailles en cas de comportement déviant de la ligne d'action commune. Le pouvoir dissuasif d'éventuelles mesures de rétorsion est fonction de l'importance de la capacité de production des oligopoleurs, de l'existence de contact multi-marchés, et de la fréquence des transactions.

Enfin, la coordination n'est profitable qu'à la condition de ne pouvoir être contestée par des concurrents actuels ou potentiels ou par les clients. La stabilité de la coordination peut être remise en cause par la présence d'une frange concurrentielle (maverick ou franc-tireur), l'entrée sur le marché de concurrents potentiels ou l'existence d'une puissance d'achat compensatrice. L'entité cible ne présente pas les caractéristiques d'un animateur de la concurrence - ou maverick - dont la disparition pourrait entraîner des risques d'augmentation des prix dès lors que son comportement concurrentiel résulte d'une anticipation du futur plus pessimiste que les autres acteurs du marché, et non d'une stratégie de prix agressive.

IV. Effets compensateurs

A RETENIR

Au titre de facteurs atténuants de l'impact anticoncurrentiel, les autorités de contrôle retiennent les éléments les plus divers, et notamment l'effet de réglementations légales ou administratives, ou, au contraire, leur absence d'incidence, la puissance d'achat ou de négociation des partenaires des entreprises participantes, la concurrence des marques distributeur, la taille et l'intégration verticale des concurrents, leur capacité de réaction, l'excédent des capacités de production, l'absence de brevets, la croissance du marché concerné, la contestabilité, la faiblesse des barrières à l'entrée, l'existence d'une concurrence potentielle ou actuelle, la baisse des prix, ou l'absence d'obstacles majeurs à un changement de fournisseur.

Dans le secteur de la distribution, l'Autorité emploie parfois la méthode du «scoring» qui permet une évaluation qualitative de la pression concurrentielle exercée par les concurrents des parties à la concentration dans la zone de chalandise du magasin cible. En application de ce test, seul un score des concurrents supérieur à 10 permet d'écarter les risques d'atteintes à la concurrence. De même, l'autorité de contrôle tient compte de la vivacité de la concurrence sur le plan international pour conclure que l'atteinte portée à la concurrence par la concentration ne devrait avoir qu'un caractère temporaire, ou souligne au contraire la faiblesse de l'offre potentielle en provenance de l'étranger pour affirmer l'existence d'une atteinte à la concurrence.

Lorsque les autorités de contrôle constatent que la concentration a pour effet de rétablir l'équilibre concurrentiel, notamment en «donnant des armes à celle des deux entreprises dominantes d'un marché [qui se trouve], à terme, dans la position du plus fragile», elles considèrent que l'atteinte à la concurrence n'est pas réalisée et qu'il n'y a donc pas lieu d'examiner la contribution que cette opération est susceptible d'apporter au progrès économique et social. Dans le cas contraire, l'appréciation de cette contribution constitue la seconde étape du contrôle.

V. Théorie de l'entreprise défaillante

D'origine américaine, la théorie de l'entreprise défaillante a été consacrée en quelques occasions en droit français comme en droit européen. Bien qu'il ne soit pas toujours dénué d'ambiguïté, le raisonnement qui la fonde ne s'inscrit pas dans le cadre d'un système d'exemption ou de rachat mais trouve sa place au sein d'une analyse purement concurrentielle : du fait des difficultés de l'entreprise-cible, qui aurait de toute façon disparu du marché, le lien de causalité entre la concentration et l'atteinte à la concurrence est rompu. En d'autres termes, l'opération ne serait pas la cause de la restriction et devrait donc être autorisée.

A RETENIR

L'application de la théorie de l'entreprise défaillante est subordonnée à trois conditions :

- la disparition rapide et inéluctable de l'entreprise acquise ;
- l'absence de solution alternative moins dommageable pour la concurrence ;
- la neutralité pour les consommateurs du fait que, même en l'absence de l'opération, le nombre d'opérateurs présents sur le marché diminuerait inéluctablement dans les mêmes proportions.

La pratique décisionnelle récente des autorités de concurrence semble s'orienter vers une interprétation très restrictive de la théorie de l'entreprise défaillante qui prend en considération la capacité de soutien du cédant à sa filiale en vue d'écarter son application. Cette position s'explique notamment par la crainte de voir le contrôle des concentrations se réduire à une peau de chagrin compte tenu de la fréquence des situations de difficultés financières affectant la cible.

SECTION 2

Contribution suffisante au progrès économique / Gains d'efficacité

I. Compétence exclusive de l'Autorité de la concurrence

Le transfert de compétence opéré par la loi LME du ministre de l'Économie vers l'Autorité de la concurrence a complètement changé les conditions d'exonération de l'opération de concentration. Le système de contrôle français adopte désormais une répartition des pouvoirs entre les deux autorités très proche de celle en vigueur en Allemagne.

A RETENIR

L'Autorité de la concurrence est seule à apprécier la concentration au regard des règles de concurrence, le ministre évaluant éventuellement l'opération au regard de l'intérêt général.

Le texte transforme l'Autorité de la concurrence en une autorité de contrôle des concentrations en lui donnant les moyens d'élaborer une doctrine permanente, à l'abri des préoccupations de politique économique. L'appréciation de la contribution au progrès

économique relève désormais de sa seule compétence. En outre, les dispositions relatives au progrès social disparaissent tant de l'article L. 430-6, qui ne prévoit plus que le progrès économique, que de l'article L. 430-7, qui ne vise que les mesures propres «à assurer une concurrence suffisante» ou les prescriptions «de nature à apporter au progrès économique une contribution suffisante pour compenser les atteintes à la concurrence».

II. Bilan économique

L'Autorité de la concurrence se prononce sur la contribution suffisante au progrès économique que l'opération de concentration est susceptible d'entraîner. L'autorité de contrôle a, dans sa pratique décisionnelle, essayé de donner un contenu à la notion de bilan économique qu'elle a la charge d'établir. Ainsi, s'interroge-t-elle, pour l'application de l'article L. 430-6 du Code de commerce, sur la question de savoir si le progrès allégué est vraisemblable, s'il constitue bien un progrès économique pour la collectivité dans son ensemble et pas seulement un avantage pour les entreprises obtenu au détriment de leurs concurrents sur le marché national ou de leurs cocontractants, que ceux-ci soient leurs clients ou leurs fournisseurs, si l'opération examinée est strictement nécessaire pour la réalisation du progrès allégué et si l'importance du progrès économique attendu est suffisante pour compenser les atteintes potentielles à la concurrence. Ce faisant, les autorités de concurrence ont en réalité transposé la méthode du bilan inscrite à l'article L. 420-4, I, 2^o dans le droit de la concentration.

Selon la pratique décisionnelle traditionnelle, la contribution au progrès économique pouvait notamment consister dans la possibilité de lancement de produits nouveaux, la diminution des coûts, l'amélioration de la productivité, l'amélioration de la qualité ou des services, l'augmentation de la compétitivité internationale, le maintien sur le territoire national d'une source d'approvisionnement ou la protection de l'environnement.

A RETENIR

Les lignes directrices identifient de façon générale la contribution au progrès économique aux gains d'efficacité qu'une concentration est susceptible d'entraîner.

La théorie des gains d'efficacité est fondée sur l'idée que les effets positifs d'une concentration en termes d'efficacité économique sont, dans certaines hypothèses, suffisants pour compenser ses effets anticoncurrentiels. Ainsi, une concentration horizontale, bien qu'elle réduise le nombre d'entreprises présentes sur le marché, et facilite la collusion et l'interdépendance oligopolistique, permet aussi à l'entreprise initiatrice d'atteindre plus rapidement une taille optimale et de réaliser des économies d'échelle, lesquelles pourront ensuite être répercutées sur les consommateurs. Une concentration verticale ou conglomerale, si elle est susceptible d'éliminer des concurrents à chacun des stades du processus économique et de réduire ou supprimer toute concurrence potentielle, permet aux parties d'économiser des coûts de transaction et d'améliorer la recherche ou de financer leurs activités sur des marchés voisins.

Les gains d'efficacité désignent l'ensemble des synergies que la nouvelle entité est en mesure de réaliser à l'issue de l'opération. Les gains doivent réunir trois conditions cumulatives pour être pris en considération : ils doivent être quantifiables et vérifiables,

spécifiques à la concentration, et être à l'avantage de la collectivité dans son ensemble, et notamment des consommateurs. Les gains d'efficacité peuvent être quantitatifs (gains de coûts, amélioration de la productivité), ou qualitatifs (amélioration de la qualité des produits ou des services, diffusion de nouveaux produits, amélioration de la compétitivité internationale des parties). Dans la décision Darty/Fnac, l'Autorité de la concurrence a considéré qu'il n'était pas établi que la concentration génère des gains d'efficacité, dès lors que (Aut. conc. n° 16-DCC-111 du 27 juil. 2016, LawLex17147) l'un des six postes identifiés concernait des coûts fixes - exclus dans la mesure où ils ne bénéficiaient qu'aux parties -, que parmi les quatre postes restants, deux gains devaient encore être écartés car ils n'apparaissaient pas spécifiques à l'opération, et que ni l'existence des trois catégories de gains restants ni leur répercussion au bénéfice du consommateur n'étaient correctement démontrées.

Pour apprécier si les effets anticoncurrentiels de l'opération sont compensés par les gains d'efficacité évoqués par les parties, l'Autorité de la concurrence tient compte de leur ampleur par rapport aux effets restrictifs et de leur vitesse de réalisation.

SECTION 3

Motifs d'intérêt général

A RETENIR

En vertu de l'article L. 430-7-1 du Code de commerce, le ministre de l'Économie peut évoquer une affaire et statuer pour des « motifs d'intérêt général autres que le maintien de la concurrence » de nature, le cas échéant, à compenser l'atteinte à celle-ci. Concrètement, cela signifie qu'il peut, au nom de l'intérêt général, non seulement autoriser des concentrations que l'Autorité de la concurrence aurait, au terme du bilan concurrentiel, interdites, mais aussi prohiber des opérations qu'elle aurait autorisées.

La France se distingue ainsi du modèle dominant en vigueur dans la plupart des pays européens, tels que l'Allemagne, notamment.

Ces motifs comprennent notamment « le développement industriel, la compétitivité des entreprises en cause au regard de la concurrence internationale ou la création ou le maintien de l'emploi ».

Avant l'entrée en vigueur de la loi LME, l'examen de la compétitivité des entreprises au regard de la concurrence internationale s'effectuait lors de l'évaluation de la contribution de la concentration au progrès économique. Les autorités de la concurrence ont notamment estimé qu'une concentration était susceptible d'augmenter la compétitivité internationale des entreprises participantes parce qu'elle permettait de conserver une capacité de production assez forte pour assurer des prix compétitifs, parce qu'elle diminuait les coûts de développement à l'étranger, grâce à une rationalisation des investissements, ou encore parce qu'elle entraînait l'adhésion d'une entreprise à un groupe international. Elles semblent cependant se montrer d'une sévérité grandissante dans l'appréciation de la contribution de l'opération à la compétitivité internationale des entreprises. Le Conseil requérait que le lien entre la concentration et le développement international des entreprises soit « direct et inéluctable ». Dans l'avis Eurocom Carat (Cons. conc. n°

90-A-10 du 10 juil. 1990, LawLex022037), il a ainsi considéré qu'il n'était pas établi qu'Eurocom, qui occupe le premier rang sur le marché français de la publicité et le troisième sur celui de l'achat d'espaces, ne puisse assurer son développement international en dehors du recours à la fusion de son réseau avec Carat en France ; le ministre a au demeurant approuvé cette condition.

Sous l'empire des textes antérieurs, les autorités de concurrence ont souligné, lorsqu'elles ont été appelées à se prononcer sur l'objectif de maintien de l'emploi qu'il ne fallait pas que la création d'emplois se fasse au détriment d'autres entreprises, ni qu'elle puisse être obtenue sans la concentration.

SECTION 4

Mesures correctives

A RETENIR

Le contrôle des concentrations s'est déplacé sur le terrain des mesures correctives que l'Autorité de la concurrence ou le ministre de l'Économie peuvent imposer aux entreprises, soit par voie d'injonction ou de prescription (conditions et charges), soit, plus fréquemment, en acceptant leurs engagements. L'opération est approuvée malgré les risques d'atteinte à la concurrence non compensés par une éventuelle contribution au progrès économique, mais la décision de compatibilité est conditionnelle.

Pour être acceptés, les engagements doivent être efficaces, non ambigus, rapides à mettre en œuvre et contrôlables.

Le pouvoir d'imposer ou de susciter des mesures correctives dont dispose l'autorité administrative représente un aspect essentiel du contrôle et il est d'autant plus surprenant qu'il ne soit soumis à aucune limite légale. Le législateur allemand subordonne quant à lui le pouvoir d'imposer des conditions et charges à la condition «de ne pas soumettre les entreprises en cause à un contrôle permanent de leur comportement» (GWB art. 24-3).

Tout en affirmant qu'elle était tenue, dans l'exercice de son pouvoir d'injonction, au respect d'un principe de proportionnalité, de protection des intérêts des entreprises et de contrôlabilité des injonctions ou des engagements, la Direction de la concurrence ajoutait qu'«il ne faut toutefois pas exclure que dans certains cas il soit impossible d'éviter de prononcer des injonctions de comportement» (Méthode d'analyse pour le contrôle des concentrations, Études DGCCRF, juin 1993). De fait, lorsque le ministre était en charge du contrôle, la doctrine administrative semblait s'orienter vers un rejet des injonctions ou engagements de comportement.

Les aménagements les plus fréquemment imposés aux entreprises sont de nature structurelle, mais ils peuvent également être de nature comportementale.

Dans ses nouvelles lignes directrices, l'Autorité de la concurrence précise que «quel que soit le type de mesure corrective retenue, et sauf en cas de circonstances exceptionnelles, les engagements doivent prévoir la nomination d'un mandataire indépendant chargé du suivi de leur mise en œuvre». Le rôle de ce dernier, les dispositions de nature à garantir son indépendance vis-à-vis des parties et les modalités selon lesquelles il rend compte

de sa mission à l'Autorité doivent être spécifiés dans les engagements souscrits. L'Autorité fournit un modèle de contrat de mandat, prévu plus particulièrement pour les engagements de cession d'actifs, mais dont les stipulations peuvent être reprises pour les contrats de mandat conclus dans le cas d'engagements comportementaux.

Quelle que soit la date à laquelle les mesures correctives assortissant une autorisation de concentration ont été adoptées, l'Autorité de la concurrence est compétente pour se saisir d'office en vue de vérifier l'exécution des injonctions, prescriptions ou engagements figurant dans des décisions autorisant des opérations de concentration et, en cas de manquement à ces injonctions, prescriptions ou engagements, prononcer, s'il y a lieu, les sanctions prévues au IV de l'article L. 430-8 du Code de commerce, et/ou leur substituer de nouveaux engagements ou injonctions. Eu égard à leur objet qui, outre sa portée punitive, consiste dans la préservation de l'ordre public économique, ces sanctions doivent être proportionnées à la gravité des manquements constatés et aux exigences de maintien ou de rétablissement d'un niveau de concurrence suffisant sur les marchés concernés. Le non-respect ou le contournement d'un engagement important justifie le prononcé d'une amende lorsqu'il revêt un caractère particulièrement grave et peut conduire au retrait de la décision d'autorisation.

I. Engagements structurels

Les mesures structurelles ont pour objet de créer les conditions nécessaires à l'émergence d'une nouvelle entité concurrentielle ou au renforcement des concurrents existants. Elles constituent le moyen le plus efficace pour préserver la concurrence sur le marché. Elles consistent dans la cession ou rétrocession de participations ou d'actifs, la cession devant porter sur les actifs de nature à résoudre le problème de concurrence posé. L'efficacité d'une telle mesure suppose que le repreneur potentiel présente toutes les garanties d'indépendance, tant juridique que commerciale, vis-à-vis de la nouvelle entité et qu'il puisse exercer une pression concurrentielle suffisante sur cette dernière.

EXEMPLES

Les engagements structurels suivants ont notamment été enjoins ou acceptés :

- cession de participation ou d'actifs ;
- cession de contrats ;
- cession ou abandon de marques ;
- cession de droits de propriété intellectuelle ;
- création d'actifs.

Une cession d'activités n'est efficace que si l'acquéreur est approprié, c'est-à-dire indépendant des parties et possédant les compétences et la capacité financière adéquates pour les concurrencer, mais sans que l'acquisition crée de nouvelles atteintes à la concurrence. L'identification de l'acquéreur peut se faire selon trois modalités :

- dans un délai fixé par les engagements après l'adoption de la décision ;
- après l'adoption de la décision d'autorisation par l'Autorité mais avant la réalisation de l'opération (*up-front buyer*) ;
- avant l'adoption de la décision (*fix-it-first*) dont elle constitue une condition ; dans ce cas, l'identification d'un acquéreur pour la reprise d'actifs cédés dans le cadre d'un engagement structurel fait partie des éléments notifiés, tout retour en arrière mettant en cause la sincérité de la notification elle-même.

Dans ses lignes directrices, l'Autorité de la concurrence propose un modèle de lettre d'engagements de cession d'actifs, inspiré de la pratique de la Commission et d'autres autorités de concurrence. Le modèle-type liste les références juridiques requises et les définitions des termes de l'engagement. Il contient une pré-formulation de la procédure de cession et les garanties minimales que l'Autorité juge nécessaires au maintien de la viabilité des actifs cédés. Lorsque l'Autorité de la concurrence accepte des engagements subsidiaires dits «joyaux de la couronne» (*crown jewels*) en cas d'incertitude sur la cessibilité, la viabilité ou la compétitivité de l'actif dont la cession est proposée, ceux-ci constituent, tout autant que les engagements auxquels ils sont appelés à se substituer, un élément de la décision d'autorisation de l'opération de concentration qui ne saurait rester confidentiel sans qu'il soit porté atteinte à la possibilité de contester la légalité de celle-ci devant le juge de l'excès de pouvoir. De tels engagements alternatifs ne se justifient que dans cette hypothèse précise, d'autant plus qu'une fois portés à la connaissance des acquéreurs potentiels, ils risquent de priver d'effet les engagements de premier rang, les acquéreurs ayant intérêt à faire échouer les négociations portant sur les points de vente cédés en première intention afin d'accéder aux points de vente proposés au titre des engagements de substitution.

II. Engagements comportementaux

Avant l'adoption de la loi NRE du 15 mai 2001, les autorités de contrôle étaient souvent contraintes de prononcer des injonctions comportementales. L'absence de notification préalable obligatoire rendait en effet le contrôle difficile et le prononcé de mesures structurelles impossible, la concentration étant déjà réalisée. La tendance devrait s'inverser en faveur des mesures structurelles, l'article L. 430-3 imposant désormais une notification obligatoire et une suspension de l'opération jusqu'à son autorisation. Les lignes directrices relatives au contrôle des concentrations précisent d'ailleurs que les engagements de nature comportementale sont imposés aux parties lorsque la cession d'actifs s'avère impossible ou que les problèmes de concurrence proviennent de facteurs qui ne sont pas structurels. Le contrôle du respect des engagements de nature comportementale revêt un caractère plus complexe que celui des mesures structurelles, le respect formel de la lettre d'un engagement pouvant être insatisfaisant lorsque l'entreprise tenue de le mettre en oeuvre prend des mesures aboutissant à le vider en tout ou partie de sa portée. Un engagement comportemental, même lié à un engagement de principe de cession d'activité, n'en constitue pas moins un engagement autonome dont le non-respect est susceptible d'être sanctionné par l'Autorité de la concurrence. Ces engagements peuvent être demandés seuls ou en accompagnement des engagements structurels. Les lignes directrices prévoient qu'un mandataire peut être désigné pour surveiller leur mise en oeuvre et en

rendre compte à l'autorité de contrôle. Si les rapports établis par le mandataire sont de nature à éclairer utilement l'analyse effectuée par l'Autorité, celle-ci n'est pas liée par ses appréciations dans le cadre de l'exercice de sa mission de suivi des engagements.

EXEMPLES

Les engagements comportementaux peuvent être :

- la limitation de la part de marché ou de contingent ;
- l'aménagement des relations tarifaires ;
- l'accès aux infrastructures et débouchés ;
- la renonciation à une exclusivité ;
- la renonciation à certaines clientèles ou activités ;
- l'obligation de concéder des licences de marques, de brevet ou de fabrication ;
- l'interdiction de remises de gamme ou de couplage ;
- l'interdiction de communiquer certaines informations ou, au contraire, obligation d'en communiquer ;
- la limitation de la politique commerciale ;
- la non-discrimination ;
- l'interdiction de régie commune ;
- le maintien de la distribution ;
- la résiliation anticipée d'un contrat de longue durée ;
- le maintien de l'autonomie éditoriale ou commerciale ;
- la création d'un fonds d'animation de la concurrence.

SECTION 5

Interdiction de l'opération ou déconcentration

L'Autorité de la concurrence peut interdire l'opération et enjoindre aux parties, le cas échéant, de prendre toutes mesures propres à rétablir une concurrence suffisante. Le ministre de l'Économie pourrait également, dans le cadre de son pouvoir d'évocation, interdire une opération, mais uniquement pour des motifs d'intérêt général autres que le maintien de la concurrence. L'opposition pure et simple à une concentration susceptible de produire d'importants effets anticoncurrentiels ne porte pas atteinte, selon le Conseil d'État, à la liberté du commerce et de l'industrie, dès lors qu'elle est nécessaire à la sauvegarde de la concurrence sur le marché national. L'injonction de renoncer à la concentration ne constitue pas non plus un détournement de pouvoir.

Dans le cas particulier d'un abus de position dominante ou de dépendance économique, l'article L. 430-9 du Code de commerce réserve à l'Autorité de la concurrence

un pouvoir d'injonction spécial : la possibilité, par décision motivée, d'enjoindre aux entreprises en cause «de compléter ou de résilier, dans un délai déterminé, tous accords et tous actes par lesquels s'est réalisée la concentration de la puissance économique qui a permis les abus même si ces actes ont fait l'objet de la procédure prévue au présent titre». Le pouvoir d'ordonner une déconcentration relève de la seule compétence de l'Autorité de la concurrence tant dans son principe que dans ses modalités. Une opération légitime au regard du contrôle des concentrations pourrait être remise en cause par l'intermédiaire de l'article L. 430-9 dès lors qu'elle contribue à créer une situation de domination.

CHAPITRE III Procédure de contrôle

SECTION 1

Notification préalable obligatoire

I. Obligation de notifier

II. Dossier de notification

III. Transparence de la notification

- A. La transparence vis-à-vis du ministre de l'Économie
- B. La transparence vis-à-vis des tiers
- C. La transparence vis-à-vis des salariés

SECTION 2

Suspension de l'opération

I. Principe et dérogations

II. Gun jumping

SECTION 3

Procédure d'instruction

I. Examen préalable (Phase I)

II. Examen approfondi (Phase II)

SECTION 4

Décision de l'Autorité de la concurrence

I. Pouvoirs de l'Autorité de la concurrence

II. Secret des affaires

III. Droits de la défense

SECTION 5

Intervention du ministre de l'Économie

SECTION 6

Publicité et voies de recours

I. Publicité

II. Recours en annulation

III. Référé-suspension

SECTION 7

Sanctions civiles

CHAPITRE III Procédure de contrôle

La procédure de contrôle des opérations de concentration est une procédure exclusivement administrative. C'est une procédure à deux vitesses selon la complexité de l'affaire. Les acteurs du contrôle sont au nombre de deux : l'Autorité de la concurrence et le ministre de l'Économie. L'Autorité de la concurrence est le véritable maître de la procédure depuis l'entrée en vigueur de la loi LME, qui lui a transféré les pouvoirs auparavant dévolus au ministre de l'Économie. Le ministre conserve une compétence résiduelle avec le pouvoir d'évocation que le nouvel article L. 430-7-1 lui reconnaît.

PLAN

Nous envisagerons :

- la notification préalable obligatoire ;
- l'obligation de suspension de l'opération.

SECTION 1

Notification préalable obligatoire

I. Obligation de notifier

A RETENIR

L'opération de concentration doit être notifiée à l'Autorité de la concurrence avant sa réalisation (art. L. 430-3 C. com.). La notification, obligatoire, doit intervenir lorsque la ou les parties concernées peuvent présenter un projet suffisamment abouti pour permettre l'instruction du dossier.

Le texte donne une liste non limitative d'exemples : conclusion d'un accord de principe, signature d'une lettre d'intention, annonce d'une offre publique. Le renvoi par la Commission vaut notification. L'obligation de notifier incombe aux acquéreurs, ou, dans le cas d'une fusion ou création d'entreprise commune, doit être conjointe. Le contenu du dossier a été fixé par le décret d'application. La réception de la notification est publiée dans un communiqué par l'Autorité de la concurrence, et un exemplaire du dossier est adressé au ministre de l'Économie.

La pratique de la **prénotification** a été institutionnalisée par la Direction de la concurrence qui a adopté, conjointement avec les autorités allemandes et anglaises, un formulaire de prénotification informelle comportant une description de l'opération et des entreprises qui y sont parties ainsi que des marchés de produits ou services concernés. La prénotification, qui est facultative, a pour objet d'apprécier l'acceptabilité du projet de concentration par les autorités de contrôle, de vérifier la nécessité d'une notification, ou de préciser son contenu. L'ensemble de cette phase est confidentielle. L'Autorité souhaite favoriser le recours à la «prénotification», dès lors qu'une prise de contact avant la notification permet de minimiser le risque d'incomplétude lorsque le dossier est notifié formellement et d'accélérer l'examen de l'opération par l'Autorité. Les lignes directrices

révisées prévoient que pour engager cette phase informelle, les parties envoient la présentation du projet de concentration à l'Autorité qui, dans les cinq jours ouvrés suivant cet envoi, leur communiquera le nom du ou des rapporteurs chargés de l'examen de la notification.

La prescription quinquennale de l'article L. 462-7 du Code de commerce est applicable aux faits relevant de l'article L. 430-8, I. Selon l'Autorité de la concurrence, la réalisation d'une concentration sans notification préalable constitue une infraction permanente soumise au régime des infractions continues : la prescription commence à courir le jour où le changement de contrôle se matérialise. Lorsque l'opération a été réalisée sans notification préalable, l'Autorité de la concurrence dispose, aux termes de l'article L. 430-8, du pouvoir d'enjoindre, sous astreinte, aux parties de notifier, à moins de revenir à l'état antérieur. Conformément à l'article L. 464-2, l'astreinte ne peut excéder 5 % du chiffre d'affaires journalier moyen, par jour de retard à compter de la date fixée. La procédure d'examen reprend alors dans les conditions fixées par les articles L. 430-5 à L. 430-7.

A RETENIR

Le défaut de notification peut, en outre, être sanctionné par une amende pouvant s'élever à 5 % du chiffre d'affaires hors taxe réalisé en France lors du dernier exercice clos, augmenté le cas échéant de celui de la partie acquise (pour les personnes physiques, le montant maximum est de 1,5 million d'euro).

La sanction est prononcée à l'encontre du débiteur de l'obligation de notification. Le manquement à l'obligation de notification constitue, selon le Conseil d'État, en tant que tel, et quelle que soit l'importance des effets anticoncurrentiels de l'opération de concentration sur le ou les marchés concernés, un manquement grave, car il fait obstacle au contrôle de l'Autorité de la concurrence. L'Autorité n'en tient pas moins 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 dispose, ou de l'éventuelle volonté délibérée de ses responsables de contourner l'obligation légale de notification, en particulier lorsque l'opération est susceptible de porter une atteinte substantielle à la concurrence.

En cas d'omission ou de déclaration inexacte dans une notification, la sanction pécuniaire est la même. Elle peut s'accompagner du retrait de la décision ; les parties doivent alors procéder à une nouvelle notification dans un délai d'un mois à compter de cette décision, à moins de revenir à l'état antérieur. Enfin, une sanction pécuniaire peut également être infligée aux personnes ayant réalisé l'opération notifiée sans attendre la décision de l'Autorité de la concurrence.

II. Dossier de notification

Le contenu du dossier de notification est, comme sous l'empire du droit antérieur, renvoyé à la partie réglementaire du Code de commerce. À l'instar du droit européen, le dossier de notification doit comprendre : - une description de l'opération, - une présentation des entreprises concernées et des groupes auxquels elles appartient,

- une description sommaire de chaque marché concerné (délimitation, part de marché de parties à l'acte), - une description détaillée de chaque marché affecté, - une déclaration d'exactitude et de complétude.

La notification complète fait l'objet d'un accusé de réception. Dans l'hypothèse où la Commission décide de renvoyer aux autorités françaises tout ou partie d'une concentration de dimension européenne, le Code de commerce indique que les parties communiqueront le dossier de notification présenté précédemment à l'autorité européenne (art. R. 430-3).

La pratique a montré qu'il était très difficile de décrire une opération de concentration en suivant l'ordre préconisé par le texte. Aussi, les entreprises ont-elles pris l'habitude, notamment dans le cadre des entretiens informels de présentation de leur opération, de fournir à l'autorité de contrôle une note de présentation synthétique des entreprises parties à l'opération, des marchés concernés et des effets attendus sur la concurrence. Par ailleurs, la masse des informations à fournir est trop importante et insuffisamment encadrée : l'entreprise notifiante court toujours le risque de voir son dossier de notification considéré comme incomplet, ce qui repousse d'autant le délai imparti à l'Autorité de la concurrence pour faire connaître sa position quant à l'opération notifiée.

Un dossier simplifié peut être déposé en cas d'opérations ne soulevant pas de problèmes de concurrence en l'absence de marchés affectés pour les fonds d'investissement ou les acteurs importants du commerce de détail qui réalisent un grand nombre d'opérations contrôlables. Selon les nouvelles lignes directrices, relèvent en outre de la procédure simplifiée les opérations «pour lesquelles le ou les acquéreurs ne sont présents ni sur les mêmes marchés que ceux sur lesquels opèrent la ou les cibles, ni sur des marchés amont, aval ou connexes» ou «qui sont notifiables en application du II de l'article L. 430-2 du Code de commerce [seuils spécifiques aux concentrations dans le commerce de détail] mais non du I du même article et qui n'entraînent pas un changement d'enseigne du ou des magasins de commerce de détail concernés». L'Autorité précise toutefois qu'elle peut, lorsqu'elle l'estime nécessaire, adopter la procédure non simplifiée, même si l'opération remplit ces conditions.

III. Transparence de la notification

La notification des opérations de concentration est entièrement transparente vis-à-vis du ministre de l'Économie, des tiers et des salariés de l'entreprise.

A. La transparence vis-à-vis du ministre de l'Économie

En application de l'alinéa 4 de l'article L. 430-3 du Code de commerce, dès réception du dossier de notification, l'Autorité de la concurrence devra en adresser un exemplaire au ministre de l'Économie. Cette règle garantit une meilleure information.

B. La transparence vis-à-vis des tiers

En application de l'alinéa 3 du même article, la notification de l'opération à l'Autorité de la concurrence fera l'objet d'un communiqué publié dans un délai de cinq jours ouvrables. Le texte, qui s'inspire de la procédure européenne, est destiné à permettre aux personnes intéressées par l'opération de transmettre leurs observations aux autorités de

contrôle. L'Autorité de la concurrence et le ministre de l'Économie peuvent, aux termes de l'article L. 430-10 du Code de commerce, entendre les tiers au sujet de l'opération, de ses effets et des engagements proposés. Ils doivent lors de cette audition tenir compte de l'intérêt légitime des parties qui procèdent à la notification ou des personnes citées à ce que leurs secrets d'affaires ne soient pas divulgués.

C. La transparence vis-à-vis des salariés

Selon l'article L. 2323-20, alinéa 1, du Code du travail, toute opération de concentration donnant lieu à contrôle (européen ou français) est portée à la connaissance du comité d'entreprise qui doit être réuni dans un délai de trois jours suivant la notification. L'objectif est d'informer pleinement les salariés sur leur sort.

L'obligation de réunir le comité d'entreprise vise tant l'entreprise cible que l'entreprise acquéreuse puisque la loi s'applique à toute partie à une opération de concentration. Au cours de la réunion du comité ou, le cas échéant de la commission économique (obligatoire à partir de 100 salariés), celui-ci se prononce sur le recours à un expert, dont les frais sont pris en charge par l'entreprise. S'il est désigné, l'expert viendra exposer le résultat de ses travaux au cours d'une deuxième réunion. Toutefois, la possibilité de se faire assister d'un expert comptable ne vaut que pour les entités économiques affectées directement ou indirectement par la prise de contrôle.

SECTION 2

Suspension de l'opération

I. Principe et dérogations

A RETENIR

Pour assurer l'efficacité du contrôle, l'opération est suspendue pendant un délai de vingt-cinq jours ouvrés à compter de la notification complète : la réalisation effective de la concentration ne peut intervenir qu'après accord de l'Autorité de la concurrence ou du ministre de l'Économie, lorsqu'il a évoqué l'affaire (art. L. 430-4 C. com.).

Le délai sera prorogé si les parties présentent des mesures visant à remédier aux effets anticoncurrentiels de l'opération ; il expire alors quinze jours ouvrés après la réception des engagements. Une dérogation peut toutefois être obtenue en cas de nécessité particulière dûment motivée afin de procéder à la réalisation effective de tout ou partie de la concentration sans attendre la décision. L'octroi de cette dérogation peut être soumis à condition. Si dans les trois mois à compter de la réalisation effective de l'opération, l'Autorité n'a pas reçu la notification complète, la dérogation cesse d'être valable.

L'article R. 430-5 du Code de commerce prévoit de façon spécifique que lorsqu'une concentration est réalisée par achat ou échange de titres sur un marché réglementé, l'absence de décision de l'Autorité ne fait pas obstacle au transfert des titres. Toutefois, sa réalisation effective n'intervient que lorsque sont exercés les droits attachés aux titres. Comme en droit européen, l'usage des droits de vote attachés aux titres est donc suspendu dans l'attente de la décision de l'Autorité. Les parties ont la faculté de soumettre leur

offre à la condition suspensive de l'autorisation. Une copie de la lettre de notification doit, dans ce cas, être jointe au dossier d'offres soumis à l'AMF. L'absence d'autorisation rend l'offre caduque. Une nouvelle offre peut être déposée sans condition, ou en cours de procédure, en cas de surenchère.

Les Lignes directrices règlent, en outre, le cas particulier de la cession de bloc de contrôle. Dans cette hypothèse, le contrôle de la concentration est déclenché par deux événements indissociables : la conclusion de l'accord hors marché et le dépôt de l'OPA. De telles opérations peuvent être notifiées au stade de la conclusion de l'accord hors marché si le projet est suffisamment abouti ou après le lancement de l'OPA, lorsque l'opération est engagée de manière irrévocable. La suspension s'applique aussi bien à l'exercice des droits attachés aux titres acquis hors marché qu'à celui des droits attachés aux titres faisant l'objet de l'OPA. En revanche, les opérations analogues dont la seconde étape consiste en une offre privée d'achat ne bénéficient pas d'une dérogation automatique à la suspension et sont soumises à l'obligation de notification dès l'acquisition du contrôle par tout moyen.

II. Gun jumping

A RETENIR

Selon l'Autorité, la réalisation anticipée d'une concentration peut être réprimée, lorsqu'elle intervient au cours de la période suspensive, qui court de la date de notification jusqu'à la date d'autorisation, la prohibition s'appliquant dès avant la notification, et même en l'absence de notification.

L'interdiction de la réalisation anticipée d'une concentration vise à garantir que l'opération ne produise ses effets sur le marché concerné - et que les parties ne cessent de se comporter en concurrents - avant que l'Autorité de la concurrence n'ait été en mesure d'effectuer son bilan concurrentiel et, si besoin est, de rendre des remèdes obligatoires. Elle garantit ainsi non seulement l'exercice effectif de son pouvoir d'autorisation par l'Autorité mais aussi qu'aucun changement structurel ou échange d'informations ne se produise tant que les parties à la concentration seront susceptibles d'y renoncer, soit du fait de la procédure de contrôle des concentrations, soit pour des raisons qui leur sont propres, tout en incitant les entreprises à coopérer avec l'Autorité tout au long de la procédure. La récente décision Altice (Aut. conc. n° 16-D-24 du 8 nov. 2016 LawLex162126), que l'Autorité qualifie de cas d'école, sanctionne de manière inédite en France une pratique de gun jumping : les parties à la concentration ont respecté l'obligation de notification, mais ont mis en oeuvre l'opération avant son autorisation. L'Autorité précise que la réalisation prématurée d'une concentration est effective soit lorsque la propriété de tout ou partie des actifs de la cible et les droits qui y sont attachés sont effectivement transférés à l'acquéreur avant l'autorisation de l'Autorité de la concurrence, auquel cas la situation de fait (le contrôle) se confond avec la situation de droit (les titres de propriété), soit lorsque, sans que la propriété des actifs ne soit transférée (ou avant même ce transfert), l'acquéreur acquiert néanmoins une influence déterminante sur tout ou partie des activités de la cible. En l'espèce, le transfert de la propriété des actifs n'est pas intervenu au cours de la période suspensive, mais les parties ont cessé de se livrer

concurrence pour agir comme une entité unique : l'acquéreur a ainsi exercé prématurément une influence déterminante sur les sociétés cibles en s'ingérant dans leur gestion opérationnelle, en procédant par échanges d'informations stratégiques et en imposant la prise de fonction anticipée du personnel encadrant. Selon l'Autorité, pour apprécier si les parties peuvent être regardées comme ayant effectivement réalisé la concentration avant son autorisation, il convient d'analyser les éléments relatifs à l'exercice d'un contrôle opéré par l'acquéreur sur les décisions de la cible, la nature de leurs relations économiques et les informations échangées entre les parties pendant la période suspensive.

Le non-respect de l'obligation de suspension est sanctionné par une amende pouvant s'élever à 5 % du chiffre d'affaires hors taxe réalisé en France lors du dernier exercice clos, augmenté le cas échéant de celui de la partie acquise (pour les personnes physiques, le montant maximum est de 1,5 million d'euro). La réalisation anticipée d'une concentration peut être sanctionnée sans avoir à démontrer que cette infraction aurait eu des effets sur la concurrence. En outre, l'infraction doit être imputée à la société qui acquiert de façon ultime le contrôle de la cible, et non à la seule société juridiquement signataire de la notification, dans la mesure où cette société dispose, «directement ou indirectement», de la «possibilité d'exercer une influence déterminante sur l'activité» de la cible. Dans la décision Altice, qui constitue également une première mondiale, s'agissant du montant de l'amende infligée et de l'ampleur des pratiques incriminées, l'Autorité a considéré que l'infraction de gun jumping avait été commise de manière délibérée et prononcé en conséquence une amende record de 80 millions d'euro.

SECTION 3

Procédure d'instruction

PLAN

La procédure d'instruction se décompose en deux phases :

- l'examen préalable ;
- l'examen approfondi.

I. Examen préalable (Phase I)

Cette phase permet de recueillir auprès des tiers intéressés les informations nécessaires afin d'affiner l'analyse menée sur la base du dossier de notification et de vérifier la pertinence des éléments y figurant. À cet effet, dès réception du dossier, l'Autorité de la concurrence publie sur son site internet les informations utiles relatives à l'opération (date de notification, nom des entreprises, secteur concerné). L'Autorité réalise un test de marché si l'opération le rend nécessaire. Des questionnaires relatifs à l'activité de l'entreprise destinataire, aux marchés pertinents, à leur fonctionnement ou aux effets attendus de l'opération sont adressés par l'Autorité de la concurrence aux concurrents, clients ou fournisseurs des parties.

A RETENIR

Si l'opération ne présente aucune difficulté particulière, l'Autorité de la concurrence se prononce dans un délai de vingt-cinq jours ouvrés suivant une notification complète (art. L. 430-5).

À tout moment avant l'expiration du délai de vingt-cinq jours ouvrés, les parties peuvent soumettre des engagements visant à remédier aux effets anticoncurrentiels de l'opération. Le délai est prorogé de quinze jours ouvrés lorsque l'Autorité de la concurrence reçoit des engagements. En outre, une suspension des délais d'examen, dans la limite des quinze jours ouvrés, peut être obtenue par les parties en cas de nécessité particulière, telle que la finalisation des engagements proposés. Lorsque les engagements s'avèrent nécessaires, mais que les parties n'en ont pas proposé, l'Autorité de la concurrence les invite à le faire. Le service des concentrations évalue la recevabilité des engagements proposés au regard des atteintes à la concurrence que l'opération risque de provoquer et peut les tester auprès des acteurs du marché.

L'Autorité de la concurrence peut, depuis l'adoption de la loi Macron, suspendre le délai de vingt-cinq jours lorsque les parties notifiantes ne l'ont pas informée, dès sa surveillance, d'un fait nouveau qui aurait dû être notifié s'il s'était produit avant une notification au sens de l'article L. 430-3, ou si ces dernières ou des tiers, mais pour des raisons imputables aux parties notifiantes, ne lui ont pas communiqué, dans le délai imparti, tout ou partie des informations demandées. Le délai recommence à courir une fois la cause ayant justifié la suspension disparue.

Les tiers peuvent être interrogés au sujet de l'opération, de ses effets et des engagements proposés. Ces auditions préservent les secrets d'affaires des personnes notifiantes (art. L. 430-10).

A RETENIR

Au terme de l'examen préalable, l'Autorité de la concurrence peut :

- soit constater, par décision motivée, que l'opération notifiée n'entre pas dans le champ d'application du contrôle ;
- soit autoriser l'opération par décision motivée, en subordonnant éventuellement cette autorisation à la réalisation effective des engagements pris par les parties.

Si l'Autorité de la concurrence n'adopte aucune décision dans ce délai, éventuellement prolongé, elle en informe le ministre de l'Économie. L'opération est tacitement autorisée au terme du délai ouvert au ministre pour demander à l'Autorité de la concurrence de procéder à un examen approfondi. La décision est publiée dans le respect du secret des affaires et des intérêts légitimes des personnes citées.

II. Examen approfondi (Phase II)

A RETENIR

Si l'Autorité de la concurrence estime qu'il subsiste un doute sérieux d'atteinte à la concurrence, elle peut engager un examen approfondi de l'opération (art. L. 430-5).

De même que lors de la phase I, les parties peuvent demander une suspension des délais d'examen (art. L. 430-7). En revanche, pour la phase II, le texte prévoit une procédure «d'arrêt des pendules» («stop the clock»), à l'initiative de l'Autorité, qui lui permet de suspendre le délai d'examen de l'opération dans deux cas : en cas de fait nouveau ou de défaut de réponse à une demande d'informations de l'Autorité.

Lors de l'examen approfondi, l'Autorité contrôle s'il est porté atteinte à la concurrence par création ou renforcement d'une position dominante ou par création ou renforcement d'une puissance d'achat plaçant les fournisseurs en situation de dépendance. L'appréciation de la contribution au progrès économique s'effectue à ce stade de la procédure. La phase d'examen approfondi ne peut excéder soixante-cinq jours ouvrés à compter de son ouverture à l'issue des vingt-cinq jours ouvrés, éventuellement prolongé, octroyé à l'Autorité pour se prononcer sur l'opération, par l'article L. 430-5. Des engagements peuvent, comme en phase I, être proposés.

La procédure applicable aux décisions en matière de concentration est en grande partie identique à celle applicable aux ententes, abus de position dominante et abus de dépendance, à laquelle renvoie l'article L. 430-6 du Code de commerce, à l'exception des délais qui sont modifiés. La procédure étant non contentieuse, elle ne comporte toutefois pas de notification des griefs. Pour le reste, le principe du contradictoire s'applique. Le rapport élaboré par le rapporteur est constitué sur la base des renseignements recueillis auprès des entreprises, mais l'établissement de procès-verbaux d'audition n'est pas exigé. Il est communiqué aux entreprises participant à l'opération de concentration et au commissaire du Gouvernement. Il est accompagné des documents sur lesquels se fonde le rapporteur et, éventuellement, des observations des parties. Les parties notifiantes et le commissaire du Gouvernement disposent d'un délai de quinze jours ouvrés pour présenter des observations en réponse. Les tiers et les comités d'entreprises peuvent être entendus par l'Autorité de la concurrence en l'absence des parties notifiantes. L'Autorité recueille également l'avis de l'autorité sectorielle concernée.

SECTION 4

Décision de l'Autorité de la concurrence

I. Pouvoirs de l'Autorité de la concurrence

A RETENIR

L'Autorité de la concurrence peut, aux termes de l'article L. 430-7 du Code de commerce, par décision motivée :

- soit interdire l'opération et enjoindre, le cas échéant, aux parties de prendre toutes mesures propres à rétablir une concurrence suffisante ;

- soit l'autoriser en enjoignant aux parties de prendre toute mesure propre à assurer une concurrence suffisante ou en les obligeant à observer des prescriptions de nature à apporter au progrès économique une contribution suffisante pour compenser les atteintes à la concurrence ;
- soit l'autoriser en subordonnant l'autorisation à la réalisation effective des engagements pris par les parties notifiantes.

Le projet de décision est transmis aux parties intéressées, auxquelles un délai raisonnable est imparti pour présenter leurs observations. Les dispositions de l'article L. 430-7 et celles de l'article L. 463-1 qui imposent le respect du contradictoire au cours de l'instruction et de la procédure devant l'Autorité ne sont applicables qu'aux décisions interdisant ou autorisant des opérations de concentration et à celles qui sont prises en matière de contrôle des pratiques anticoncurrentielles. Elles ne peuvent donc être utilement invoquées par le candidat repreneur dans le cadre du recours pour excès de pouvoir formé contre la décision de la présidente de l'Autorité de la concurrence qui lui a refusé l'agrément en application de l'article L. 461-3.

Si aucune de ces décisions n'est prise par l'Autorité de la concurrence, elle en informe le ministre de l'Économie. La concentration fait l'objet d'une autorisation tacite au terme du délai accordé au ministre de l'Économie pour évoquer l'affaire.

La décision doit intervenir dans un délai de soixante-cinq jours ouvrés à compter de l'ouverture de l'examen approfondi. Avant l'expiration de ce délai, et, après avoir pris connaissance de l'engagement d'un examen approfondi, les parties peuvent encore prendre des engagements. Lorsque des engagements ou des modifications apportées à des engagements déjà proposés sont transmis à l'Autorité moins de vingt jours ouvrés avant l'expiration du délai de soixante-cinq jours, celui-ci est prolongé de vingt jours ouvrés après leur réception, dans la limite de quatre-vingt-cinq jours ouvrés à compter de l'ouverture de l'examen approfondi. Ce délai court à compter du jour de la délivrance des accusés de réception, sous réserve que le dossier soit complet. Le délai d'examen peut être suspendu à la demande des parties dans la limite de ces vingt jours, en cas de nécessité particulière, telle que la finalisation des engagements. La suspension peut avoir lieu à l'initiative de l'Autorité lorsque les parties notifiantes ne l'ont pas informée d'un fait nouveau ou que les informations demandées aux parties ou aux tiers n'ont pas été communiquées de manière complète dans les délais impartis du fait des parties notifiantes. La disparition de la cause de suspension entraîne la reprise du cours normal du délai. L'Autorité de la concurrence, siégeant en formation plénière, rend les décisions prises en application de l'article L. 430-7 soit en sections, soit en commission permanente. Avant l'adoption de la loi Macron, aucune décision relative à une concentration ne pouvait faire l'objet d'un examen approfondi par son seul président ou l'un de ses vice-présidents. Désormais, en application de l'article L. 461-3 du Code de commerce, le président, ou un vice-président désigné par lui, peut adopter seul les mesures de révision ou de mise en œuvre des engagements ou injonctions de la phase II. Selon le Conseil d'État, l'Autorité tire de l'article L. 430-7, la faculté de modifier les engagements, injonctions ou prescriptions qu'elle a adoptées, pour en réduire ou même en supprimer la portée en fonction de l'évolution de la situation des marchés pertinents et de l'utilité de la poursuite de leur exécution. Lors-

qu'elle a procédé au réexamen des engagements et injonctions auxquels le rachat de TPS par Groupe Canal Plus avait été subordonné, l'Autorité a ainsi, à l'issue d'une nouvelle analyse concurrentielle, levé certaines injonctions pour prendre en considération l'évolution de la situation de la concurrence sur les marchés concernés.

Les injonctions et prescriptions ont un caractère obligatoire : elles s'imposent aux parties nonobstant les stipulations dont elles sont convenues. Le contrôle de l'exécution des engagements auxquels est subordonnée une décision d'autorisation de concentration ne relève pas d'une appréciation globale, mais porte sur le respect des engagements pris un à un dont chacun a valeur obligatoire.

En cas de non-respect d'une injonction, d'un engagement ou d'une prescription figurant dans sa décision, l'Autorité de la concurrence peut aux termes de l'article L. 430-8, IV :

- retirer la décision d'autorisation, sauf à revenir à la situation antérieure, les parties devant, dans ce cas, procéder à une nouvelle notification dans un délai d'un mois à compter de la décision de retrait ; le pouvoir de retrait de l'Autorité de la concurrence, dont la conformité au principe de liberté d'entreprendre a été soumis au Conseil constitutionnel, est, selon la Haute autorité, justifié par les objectifs de préservation de l'ordre public économique que le législateur s'est assignés ; en particulier, l'importance des engagements, en tout ou partie non respectés au regard de l'ensemble des mesures correctives adoptées et des effets anticoncurrentiels qu'ils entendaient prévenir et l'ampleur des conséquences difficilement réversibles causées par leur inexécution sur le niveau de la concurrence sur les marchés concernés, justifient le retrait de l'autorisation de concentration et le prononcé d'une sanction pécuniaire ;
- enjoindre, sous astreinte, l'exécution, dans un délai déterminé ; l'injonction est adressée aux parties auxquelles incombait l'obligation inexécutée.
- enjoindre sous astreinte, dans un délai qu'elle fixe, des injonctions ou prescriptions en substitution de l'obligation inexécutée ; selon le Conseil d'État, les astreintes dont sont assorties les injonctions prononcées par l'Autorité de la concurrence en application de l'article L. 430-8, IV du Code de commerce ne peuvent être regardées comme méconnaissant par elles-mêmes le plafond fixé à l'article L. 464-2, II, du même code.

L'Autorité de la concurrence opère un choix entre les options ouvertes par le IV de l'article L. 430-8 du Code de commerce en cas d'inexécution d'engagements auxquels l'autorisation de la concentration est subordonnée en fonction de la gravité des manquements constatés, de la nature des engagements souscrits, de leur importance dans l'économie générale de la décision d'autorisation, ou encore du temps écoulé depuis l'opération et la durée des engagements restant à courir à la date à laquelle elle statue.

L'Autorité peut également infliger une sanction pécuniaire aux personnes à qui l'obligation incombait dont le montant maximum s'élève, pour les personnes morales, à 5 % du chiffre d'affaires hors taxes réalisé en France par l'entreprise au cours du dernier exercice clos, augmenté, le cas échéant, de celui qu'a réalisé en France durant la même période la partie acquise, et, pour les personnes physiques, à 1,5 million d'euro. Le montant de la sanction en cas d'inexécution d'un engagement auquel est subordonnée l'autorisation de la concentration doit être déterminé de telle sorte que l'entreprise ayant pris les enga-

gements ne soit pas incitée à se livrer à un calcul économique consistant à les proposer à l'Autorité de la concurrence, en vue d'obtenir l'autorisation de la concentration, mais sans vouloir les exécuter effectivement ou sans prendre les mesures nécessaires à cet effet.

II. Secret des affaires

A RETENIR

Aux termes de l'article L. 430-10 du Code de commerce, lorsqu'ils interrogent des tiers au sujet de l'opération, de ses effets et des engagements proposés par les parties, l'Autorité de la concurrence et le ministre de l'Économie tiennent compte de l'intérêt légitime des parties qui procèdent à la notification ou des personnes citées à ce que leurs secrets d'affaires ne soient pas divulgués.

Les parties notifiantes doivent préciser à l'Autorité de la concurrence les informations couvertes par le secret des affaires et fournir une version non confidentielle. Le rapporteur général veille à ce que les informations confidentielles soient réservées à l'Autorité et au commissaire du Gouvernement (C. com., art. R. 463-15-1). Certaines mentions ne peuvent cependant pas être occultées. Les Lignes directrices relatives au contrôle des concentrations en dressent la liste :

- informations dont la publication est obligatoire en application de la réglementation en vigueur en France ou dans un autre pays de l'Union européenne ;
- informations divulguées par l'entreprise elle-même ;
- informations ayant perdu leur importance commerciale ;
- informations faisant partie de l'analyse concurrentielle ou permettant de définir le périmètre des engagements consentis par les parties.

Les autorités de contrôle ne sont pas liées pas les demandes d'occultation. La protection des secrets d'affaires doit en effet être conciliée avec l'information des tiers. Ainsi, les éléments qui sont les supports nécessaires de la décision et indispensables à la compréhension de son sens par les tiers ne pourront pas être occultés.

III. Droits de la défense

A RETENIR

Le principe général des droits de la défense doit être respecté au cours de la procédure de contrôle. Les parties doivent ainsi être en mesure de présenter leurs observations préalablement à la décision des autorités de contrôle.

Tel est le cas lorsque les représentants des parties sont reçus à plusieurs reprises par l'Autorité de la concurrence, à laquelle ils ont fait parvenir une lettre proposant des aménagements à l'opération. Les tiers doivent également pouvoir présenter leurs observations. L'article L. 430-7 consacre expressément l'obligation de communiquer aux parties le projet de décision afin qu'elles puissent présenter leurs observations. Ainsi, le Conseil d'État a annulé, sur le fondement du principe général des droits de la défense, l'arrêté

intervenir sans que les tiers aient eu communication du projet de décision accompagné de l'avis de l'Autorité de la concurrence. Interprétant de manière extensive l'article L. 430-5 du Code de commerce, la Haute juridiction consacre une obligation de notifier le projet de décision aux entreprises tierces à l'opération mises en cause dans la décision, sans qu'il soit nécessaire d'ouvrir une procédure contradictoire avec les tiers intéressés.

La circonstance que le rapporteur chargé de rassembler les éléments permettant à l'Autorité de la concurrence d'apprécier l'intérêt de se saisir d'office ait ensuite été désigné aux fins d'instruire cette saisine ne peut être regardée comme ayant porté atteinte aux exigences attachées au principe d'impartialité, dès lors que le rapporteur ne prend part ni à la décision d'autosaisine, ni à la décision de sanction. De même, le fait que certains des membres de l'Autorité qui ont pris part à une décision d'autorisation sous injonction aient également délibéré sur la sanction de retrait de cette autorisation, ne saurait être regardée comme ayant méconnu les dispositions des articles L. 461-1 et suivants du Code de commerce ou le principe d'impartialité.

Lorsqu'elle se prononce sur une opération de concentration, l'Autorité de la concurrence ne tranche pas une contestation sur des droits et obligations de caractère civil, mais exerce un pouvoir de police sur le fondement de normes de droit à l'issue d'une procédure organisée. Aussi sa décision n'entre-t-elle pas dans le champ d'application des dispositions de l'article 6, paragraphe 1, de la CEDH.

SECTION 5

Intervention du ministre de l'Économie

A RETENIR

Avant le transfert de la procédure de contrôle des concentrations à l'Autorité de la concurrence par la loi LME, le ministre de l'Économie était le maître de la procédure. Il ne dispose désormais que d'une compétence résiduelle, qui lui permet de reprendre la main sur la procédure à l'issue soit de l'examen préalable, soit de l'examen approfondi. L'article L. 430-7-1 règle l'intervention du ministre de l'Économie.

Celui-ci dispose d'un délai de cinq jours ouvrés à compter de la réception de la décision de l'Autorité de la concurrence ou du jour où il a été informé, lorsqu'elle s'abstient de prendre une décision dans un délai de vingt-cinq jours ouvrés à compter de la notification complète, pour lui demander d'engager un examen approfondi.

Le ministre dispose, par ailleurs, d'un pouvoir d'évocation de l'affaire, pour des motifs d'intérêt général, lorsqu'à l'issue de l'examen approfondi, l'Autorité prend l'une des décisions prévues à l'article L. 430-7 (interdiction, autorisation avec conditions et charges, autorisation pure et simple éventuellement subordonnée à la réalisation d'engagements) ou lorsqu'elle s'abstient de prendre une décision dans le délai de soixante-cinq jours ouvrés (éventuellement prolongé) à compter de l'ouverture de la phase d'examen approfondi. Usant de manière inédite de son pouvoir d'évocation d'une concentration autorisée sous réserve d'injonctions, le ministre a autorisé la prise de contrôle exclusif d'une partie du pôle plats cuisinés ambiants du groupe Agripole sous réserve d'un engagement de

maintien global de l'emploi au sein du repreneur, mais sans mise en œuvre de la cession d'actifs enjointe précédemment par l'Autorité de la concurrence qui, selon lui, aurait eu un impact immédiat de dégradation très significative de la rentabilité du repreneur tout en menaçant directement un nombre élevé d'emplois, au sein de bassins d'emploi souvent marqués par un taux de chômage élevé avec de faibles possibilités de reconversion (Min. éco., 19 juill. 2018, LawLex181150).

Dans un délai de vingt-cinq jours ouvrés à compter de la décision ou du jour où il en a été informé, le ministre peut statuer sur l'opération en cause et prendre une décision motivée. Cette décision peut être assortie d'engagements. Avant de prendre sa décision, le ministre est tenu d'entendre les parties notifiantes. La décision du ministre est transmise sans délai à l'Autorité de la concurrence. Si le ministre estime que les parties n'ont pas exécuté un engagement figurant dans sa décision, il peut, en application de l'article L. 430-8-IV, 1° à 3°, retirer la décision d'autorisation ou enjoindre sous astreintes aux parties (i) d'exécuter les injonctions, prescriptions ou engagements inexécutés figurant dans sa décision ou (ii) d'exécuter dans un délai qu'il fixe des injonctions ou des prescriptions en substitution de l'obligation non exécutée.

L'étendue de la compétence du ministre de l'Économie a fait l'objet de débats. L'Autorité de la concurrence avait préconisé que l'intervention du ministre soit limitée à l'autorisation de concentrations interdites. Le texte finalement adopté donne au ministre un large pouvoir d'évocation lui permettant à la fois d'autoriser une opération de concentration que l'Autorité de concurrence a interdite (ou de modifier les conditions de l'autorisation) ou d'interdire une opération qu'elle a autorisée. Le pouvoir du ministre devra cependant s'exercer dans les limites du droit européen.

SECTION 6

Publicité et voies de recours

I. Publicité

A RETENIR

Les décisions de l'Autorité de la concurrence et du ministre de l'Économie, et les opérations réputées avoir fait l'objet d'une autorisation, sont rendues publiques (C. com., art. R. 430-6 et D. 430-8). Elles sont diffusées sur le site internet de l'Autorité. Cette publication veille au respect de la protection des secrets d'affaires.

Les décisions mentionnées à l'article L. 430-5 sont notifiées à l'auteur ou aux auteurs de la notification, ainsi qu'au ministre de l'Économie. Les parties disposent d'un délai de quinze jours pour indiquer les mentions qu'elles considèrent comme relevant du secret des affaires (C. com., art. R. 430-7).

II. Recours en annulation

Le Code de commerce ne prévoit aucune disposition quant aux voies de recours pouvant être exercées contre les décisions rendues en matière de contrôle des concentrations. Conformément au droit commun, elles peuvent faire l'objet d'un recours pour excès de

pouvoir puisqu'il s'agit d'une décision émanant d'une autorité administrative. En l'absence de dispositions prévoyant que les recours contre les décisions de l'Autorité de la concurrence doivent être portés directement devant le Conseil d'État, ils auraient dû être introduits devant le tribunal administratif puisqu'il s'agit de décisions non réglementaires.

A RETENIR

Le décret 2000-389 du 4 mai 2000, entré en vigueur le 1er janvier 2001, déclare le Conseil d'État seul compétent pour statuer sur les recours introduits contre les décisions du ministre de l'Économie.

La compétence est consacrée par les lignes directrices qui affirment sa compétence exclusive pour connaître des décisions en matière de concentrations tant de l'Autorité de la concurrence, autorité administrative indépendante, que du ministre. Le Conseil d'État exerce désormais d'une influence déterminante sur le contrôle des concentrations. La compétence du juge administratif n'exclut pas celle du juge civil pour faire droit à l'action en réparation d'un opérateur lésé par le non-respect des engagements auxquels était subordonnée l'autorisation d'une concentration.

Toutes les décisions portant sur l'autorisation ou l'interdiction des opérations de concentration, mais aussi certaines décisions connexes, notamment en matière de publication ou d'agrément d'un repreneur d'actifs, sont susceptibles de recours. Les actes de soft law (avis, recommandations, mises en garde et prises de position) adoptés par l'Autorité dans l'exercice des missions dont elle est investie, peuvent être déférés au juge de l'excès de pouvoir lorsqu'ils revêtent le caractère de dispositions générales et impératives, ou énoncent des prescriptions individuelles dont l'autorité pourrait ultérieurement censurer la méconnaissance ou sont de nature à produire des effets notables, notamment de nature économique, ou encore ont pour objet d'influer de manière significative sur les comportements des personnes auxquelles ils s'adressent. Ainsi, le Conseil d'État est compétent pour connaître du recours en annulation contre une prise de position de l'Autorité de la concurrence qui a eu pour effet de modifier la portée pratique d'une injonction dont elle avait assortie une décision antérieure d'autorisation de concentration. En revanche, les appréciations portées par l'Autorité dans les motifs d'une décision d'autorisation sur le contrôle exercé par une association autre que les parties notifiantes ne peuvent faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir. Dans un délai de deux mois, un recours en annulation peut être formé devant le Conseil d'État qui examine la légalité interne et externe de l'acte. Il exerce un contrôle entier de la décision, qui peut l'amener à adopter une approche économique. Le Conseil d'État a ainsi considéré que compte tenu des effets excessifs pour l'ordre public économique d'une annulation immédiate, l'annulation de la décision de l'Autorité de la concurrence autorisant sous réserve d'engagement le rachat de Direct 8 et Direct Star par le groupe Canal Plus et Vivendi Universal doit être différée.

III. Référé-suspension

A RETENIR

La décision d'autorisation peut faire l'objet d'une action en référé devant le Conseil d'État afin d'en obtenir la suspension sous certaines conditions. La recevabilité d'une telle action est, selon le Conseil d'État, limitée à la phase de non-exécution de la décision d'autorisation ; autrement dit, elle n'est envisageable que tant que la concentration n'a pas produit tous ses effets.

Dès lors que, au jour de l'introduction de la requête, les actions ont été cédées et payées, et l'ensemble des dirigeants de l'entité acquise remplacés, la décision d'autorisation est entièrement exécutée et le référé-suspension, par conséquent, irrecevable. Il en est de même lorsque les éléments d'exploitation nécessaires au fonctionnement effectif et autonome de l'entité cible ont été transférés à l'acquéreur. La condition d'urgence invoquée par l'entité notifiante pour obtenir la suspension de la décision d'autorisation conditionnelle de l'opération dans l'attente du jugement au fond s'apprécie au regard de l'impact financier des engagements litigieux sur les surfaces de vente et le chiffre d'affaires de la nouvelle entité et non des effets potentiels sur chacune des zones de chalandise. Une requête en suspension d'une décision de l'Autorité qui a subordonné l'autorisation d'une opération de concentration au respect de 11 injonctions doit être rejetée, pour défaut d'urgence, dès lors que la mise en œuvre de ces injonctions n'est pas de nature à causer un préjudice irréversible à la situation économique et financière des requérantes avant l'intervention de la décision au fond. Il n'y a pas urgence pour le juge des référés à prononcer la suspension lorsque l'opération de concentration n'apparaît pas, par elle-même, de nature à porter à la situation de concurrence sur le marché concerné une atteinte telle que les engagements que comporte la décision d'autorisation soient, par leur insuffisance ou leur inadéquation, de nature à permettre une atteinte grave et immédiate à la concurrence ou à la situation du requérant. De même, l'urgence n'est pas caractérisée du fait que les engagements auxquels a été subordonnée l'opération de concentration laisseraient subsister des parts de marché trop importantes de la nouvelle entité. Il n'y a pas non plus lieu de suspendre l'exécution du refus d'agrément d'acquisition de points de vente opposé par la présidente de l'Autorité de la concurrence, dès lors que les requérantes ne pouvaient ignorer que leurs projets d'acquisition, en application des engagements souscrits par l'acquéreur, étaient subordonnés à un agrément de l'Autorité, de sorte que les frais qu'elles ont exposés l'ont été en toute connaissance du risque attaché à l'opération, leur montant, au surplus, n'étant pas tel qu'il porterait une atteinte grave et immédiate à leur pérennité économique ou financière.

SECTION 7

Sanctions civiles**A RETENIR**

A la différence du Titre II relatif aux pratiques anticoncurrentielles, le Titre III du Code de commerce, portant sur la concentration économique, ne prévoit pas de dispositions concernant les litiges nés de l'application des articles L. 430-1 et suivants. Mais, la sanction civile des fautes commises à l'occasion d'une opération de concentration ne s'en trouve pas pour autant exclue.

La Cour de cassation (Cass. com., 31 janv. 2018 LawLex18239) vient de reconnaître à un opérateur tiers lésé par le non-respect d'engagements auxquels l'autorisation d'une concentration était subordonnée, la possibilité d'obtenir des dommages et intérêts devant le juge civil. Elle consacre ainsi, pour la première fois, un droit à réparation des victimes de comportements fautifs mis en œuvre dans le cadre d'une opération de concentration. Selon la Haute juridiction, le non-respect d'engagements souscrits, qui ont une valeur contraignante et peuvent être opposés par les sociétés qu'elles ont pour finalité de protéger, est constitutif d'une faute civile. En outre, même si les décisions de l'Autorité de la concurrence, relatives au respect des engagements qui figurent dans une décision autorisant une opération de concentration, ne s'imposent pas au juge judiciaire, elles peuvent être produites en justice à titre d'éléments de preuve, au soutien d'une action en responsabilité civile fondée sur le non-respect de ces engagements.