Organisation de Coopération et de Développement Économiques
Organisation for Economic Co-operation and Development

16-Oct-2012

Français - Or. Français

Direction des affaires financières et des entreprises
COMITÉ DE LA CONCURRENCE

DAF/COMP/AR(2012)35
Non classifié

RAPPORT ANNUEL SUR L'EVOLUTION DE LA POLITIQUE DE LA CONCURRENCE EN FRANCE

-- 2011 --

Ce rapport est soumis par la France au Comité de la concurrence POUR INFORMATION lors de sa prochaine réunion des 24-25 octobre 2012.

Français - Or. Français

JT03328875

Document complet disponible sur OLIS dans son format d'origine
Ce document et toute carte qu'il peut comprendre sont sans préjudice du statut de tout territoire, de la souveraineté s'exerçant sur ce dernier, du tracé des frontières et limites internationales, et du nom de tout territoire, ville ou région.

TABLE DE MATIÈRES

1. Modification ou projet de modification des lois et politiques de la concurrence 3

1.1 Nouvelles dispositions relevant du droit de la concurrence et des matières connexes 3
1.2 Autres mesures prises dans ce domaine 3
1.3 Modifications du droit et de la politique de la concurrence proposées par les pouvoirs publics 7

2. Mise en œuvre de la législation et de la politique de la concurrence 8

2.1 Action contre les pratiques anticoncurrentielles, y compris contre les ententes et abus de positions dominantes 8
2.2 Fusions et acquisitions 24

3. Le rôle des autorités chargées de la concurrence dans la formulation et la mise en œuvre des autres politiques, par exemple les mesures de réforme réglementaire, les mesures de politique commerciale ou les mesures de politique industrielle 28

3.1 Avis 11-A-02, 20 janvier 2011, jeux d'argent et de hasard en ligne 28
3.2 Avis 11-A-05, 8 mars 2011, marchés de gros du haut débit et du très haut débit 29
3.3 Avis 11-A-10, 29 juin 2011, tarif social de l'Internet haut débit 30
3.4 Avis 11-A-15 et 11-A-16, 29 septembre 2011, gares de voyageurs 31
3.5 Avis 12-A-02, 17 janvier 2012, fibre optique 32

4. Ressources des autorités chargées de la concurrence 32

4.1 Ressources globales (chiffres actuels et évolution par rapport à l'année précédente) 32

5. Résumé de nouveaux rapports et études sur les questions concernant la politique de concurrence (ou références bibliographiques) 33

5.1 La DGCCRF 33
5.2 L'Autorité de la concurrence 33

1. Modification ou projet de modification des lois et politiques de la concurrence

1.1 Nouvelles dispositions relevant du droit de la concurrence et des matières connexes

1.1.1 La loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit

1. L'article 50 de cette loi, entrée en vigueur le 19 mai 2011, a exclu du champ du droit d'accès des administrés aux documents administratifs « *les documents élaborés ou détenus par l'Autorité de la concurrence dans le cadre de l'exercice de ses pouvoirs d'enquête, d'instruction et de décision* » (article 6-I de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal tel que modifié par l'article 50 précité).

2. L'effet utile des dispositions du code de commerce relatives à l'accès au dossier en matière de concurrence - lesquelles réservent cet accès aux parties à la procédure et, dans certaines conditions, à certains tiers comme le commissaire du Gouvernement - est garanti par ce nouveau régime.

3. Protégées contre la divulgation des informations sensibles relevant du secret des affaires, les parties à la procédure sont également prémunies contre l'accès des tiers aux documents qu'elles transmettent à l'Autorité dans le cadre de leur demande de clémence. La nouvelle disposition assure ainsi la préservation de l'efficacité des programmes de clémence.

1.1.2 La loi n° 2011-590 du 26 mai 2011 relative au prix du livre numérique

4. Cette loi oblige tout éditeur diffusant un livre numérique en France à fixer un prix de vente au public. Elle impose la publicité du prix du livre numérique. La loi encadre aussi la remise commerciale de l'éditeur au bénéfice des personnes proposant des offres de livres numériques aux acheteurs en France.

5. En 2009, l'Autorité a rendu à la demande du ministre de la Culture et de la Communication un avis portant sur le livre numérique par lequel elle avait estimé primordial, au regard du caractère embryonnaire du marché en cause, de permettre aux acteurs d'innover et de tester le marché, et, par conséquent, de ne pas mettre en place de façon prématurée un cadre qui pourrait se révéler trop rigide ou rapidement obsolète et qui risquerait de ralentir le développement du marché. L'Autorité avait ainsi recommandé qu'une période d'observation d'un à deux ans soit respectée au cours de laquelle aucun dispositif spécifique ne serait défini pour le livre numérique et durant laquelle plusieurs modèles pourraient cohabiter tels que la fixation des prix par le détaillant ou l'éditeur et le système technique ouvert ou fermé de téléchargement du livre.

1.2 Autres mesures prises dans ce domaine

1.2.1 Communiqué sur la méthode de détermination des sanctions pécuniaires

6. L'Autorité de la concurrence a publié le 16 mai 2011 un communiqué sur la méthode de détermination des sanctions pécuniaires, fruit d'une réflexion engagée dès 2006, menée en cohérence avec les « *Principes pour une convergence* » adoptés par les autorités de concurrence de l'Union européenne sur proposition de l'Autorité de la concurrence française et de son homologue italienne : http://www.conseil-concurrence.fr/doc/eca_ppes_convergence.pdf. L'adoption de ce communiqué fait suite à une consultation publique d'une durée de deux mois.

7. S'agissant des sanctions de pratiques anticoncurrentielles, l'Autorité s'est référée, dans sa réflexion, à quatre principaux éléments : (i) la position des parlementaires, qui ont soutenu depuis 2001 le

principe de sanctions administratives, dont la sévérité a été renforcée, et les vœux exprimés par l'Assemblée Nationale à l'occasion de l'établissement du bilan de la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008 (« LME »), appelant à une politique de sanction « suffisamment dissuasive», (ii) les principes ECA, (iii) les pratiques des principales autorités de concurrence européennes, qui travaillent en réseau et doivent respecter des principes d'équivalence et d'efficacité lorsqu'elles appliquent le droit européen, et (iv) les résultats de la mission que la ministre de l'Economie avait confiée à MM. Folz, Raysseguier et Schaub, rendus publics en septembre 2010.

8. Des objectifs de transparence et de renforcement de dialogue avec les parties ont également nourri la rédaction du communiqué de l'Autorité, rendu public le 16 mai 2011, qui l'engage pour sa pratique à venir.

9. L'Autorité a suivi une méthode de calcul des amendes transparente en trois étapes permettant de respecter les critères de détermination de la sanction fixés par l'article L. 464-2, I, al. 3 du code de commerce : dans un premier temps, la définition d'un montant de base ancré dans la réalité économique proportionné à la nature de l'infraction et à ses effets (prise en compte de la valeur des ventes de biens ou services en relation avec l'infraction en fonction de ses caractéristiques spécifiques et de sa durée), ensuite l'individualisation du montant de base pour chaque entreprise, en fonction de son comportement (en ce compris une éventuelle réitération, critère fixé par la loi) et de sa situation financière individuelle, et, enfin, le cas échéant, l'écrêtage en fonction du maximum légal.

10. Le communiqué final, et son communiqué de presse, sont disponibles sur le site de l'Autorité : http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/communique_sanctions_concurrence_16mai2011_fr.pdf
http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/standard.php?id_rub=388&id_article=1598

1.2.2 Communiqué de procédure relatif à la non-contestation des griefs

11. L'Autorité de la concurrence a publié le 10 février 2012 un communiqué de procédure relatif à la non-contestation des griefs, procédure introduite dans le droit français par la loi du 15 mai 2001 sur les nouvelles régulations économiques (« *NRE* ») et modifiée par l'ordonnance du 13 novembre 2008.

12. Codifiée à l'article L.464-2 du code de commerce, la procédure de non-contestation des griefs permet aux entreprises mises en cause dans une affaire de pratiques anticoncurrentielles de renoncer à contester les griefs notifiés par l'Autorité de la concurrence, et éventuellement d'adopter des engagements pour l'avenir, en contrepartie d'une réduction de la sanction encourue si le rapporteur général de l'Autorité estime que la mise en œuvre de cette procédure est opportune. Dans l'esprit d'une « transaction », cette procédure favorise, d'une part, l'accélération du traitement des dossiers et permet ainsi à l'Autorité de consacrer ses ressources à l'instruction d'autres dossiers et, d'autre part, réduit l'exposition financière des entreprises en cas d'infraction.

13. L'Autorité avait acquis une certaine expérience dans la mise en œuvre de cette procédure, avec plus de trente affaires, mais elle n'avait pas encore « codifié » sa pratique dans un texte qui l'engageait vis-à-vis des entreprises.

14. Le communiqué décrit ainsi, dans un objectif de transparence, les conditions et modalités pratiques de mise en œuvre de la procédure de non-contestation des griefs. Au titre de la détermination de la réduction de la sanction pécuniaire infligée à l'entreprise mise en cause, le communiqué précise que peut s'ajouter à la réduction initiale de 10% du montant de l'amende accordée en cas de non-contestation des griefs, une réduction supplémentaire comprise entre 5% et 15% si l'Autorité accepte les engagements substantiels, crédibles et vérifiables pris par l'entreprise de modifier son comportement pour l'avenir.

15. Initialement établi sur la base des résultats de la consultation publique lancée entre octobre et décembre 2011, le communiqué de procédure intègre la décision de l'Autorité sanctionnant le cartel des lessives (décision 11-D-17 du 8 décembre 2011) qui reconnaît aux entreprises la possibilité de cumuler les bénéfices de la clémence et de la non-contestation des griefs lorsque cela permet de dégager des gains procéduraux du point de vue de l'Autorité. Tel est notamment le cas lorsque le champ des griefs notifiés à l'entreprise en cause diffère sur un ou plusieurs point(s) important(s) de l'entente qu'elle a portée à la connaissance de l'Autorité dans sa demande de clémence.

16. Le communiqué final est disponible sur le site de l'Autorité : http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/standard.php?id_rub=260&id_article=1794

1.2.3 Document-cadre sur les programmes de conformité aux règles de concurrence

17. Publié le même jour que le communiqué de procédure sur la non-contestation des griefs, le document-cadre relatif aux programmes de conformité a également été précédé d'une consultation publique organisée au cours du dernier trimestre 2011. Ce document-cadre confirme le soutien que l'Autorité apporte au développement des programmes de conformité, une étude indépendante ayant déjà été réalisée en 2007 à la demande du Conseil de la concurrence et dont les résultats avaient été présentés lors d'un colloque organisé le 15 septembre 2008 en présence de Christine Lagarde, alors ministre de l'Economie, de l'Industrie et de l'Emploi.

18. Les programmes de conformité sont des outils préventifs et pédagogiques auxquels les acteurs économiques peuvent recourir afin d'éviter autant que possible d'enfreindre les normes juridiques qui s'appliquent à eux, notamment en matière de concurrence. Ces programmes visent non seulement à créer une culture orientée vers le respect des règles (formation, sensibilisation), mais également à susciter les bons réflexes au sein des entreprises en comportant des mécanismes d'alerte, de conseil, d'audit et de responsabilisation qui favorisent la prévention, la détection et le traitement des cas d'infractions possibles. A titre d'exemple des bénéfices que présentent de tels outils pour les entreprises, le document-cadre souligne l'opportunité pour l'entreprise qui découvre sa participation à un cartel de présenter une demande de clémence en vue de bénéficier d'une exonération totale ou partielle de la sanction encourue.

19. La conformité constitue ainsi l'un des piliers essentiels de la politique de concurrence. Mais cette démarche ne peut découler que d'une initiative des entreprises, qu'elle soit spontanée et guidée par la recherche d'une compétitivité fondée sur les mérites, ou qu'elle découle d'un calcul de risques financiers, juridiques, commerciaux et réputationnels. Le rôle des autorités de concurrence est donc de stimuler la réflexion des entreprises et de favoriser la généralisation de la démarche au-delà des grands groupes de taille européenne ou mondiale, tout en leur laissant prendre en main leur avenir concurrentiel. Il est essentiel que les entreprises puissent adapter leurs programmes à la spécificité de leur organisation et des marchés sur lesquels elles opèrent, à leur gestion des ressources humaines, à leur taille, à leurs relations avec les investisseurs et, de façon plus générale, à leur culture et à leur gouvernance.

20. Le document-cadre du 10 février 2012 compile donc des bonnes pratiques et recense cinq éléments essentiels à l'efficacité d'un programme de conformité :

- l'existence d'un engagement clair, ferme et publique de l'entreprise de respecter les règles de concurrence ;

- l'engagement de désigner, au sein de l'entreprise, des personnes responsables de la mise en œuvre du programme de conformité (« correspondants conformité ») ;

- l'engagement d'instaurer des mesures de communication interne, de formation et de sensibilisation du personnel ;

- l'engagement de mettre en place des mécanismes de contrôle, d'audit et d'alerte ;

- l'engagement de mettre en œuvre un dispositif de suivi en cas de détection d'infractions.

21. Par ailleurs, dans le cadre spécifique des engagements accessoires à une non-contestation de griefs, l'Autorité s'engage à accorder jusqu'à 10% de réduction de la sanction encourue, en complément des 10% accordés au titre de la non-contestation, à une entreprise qui mettrait en place ou améliorerait de façon substantielle un programme de conformité existant à condition que ce programme réponde aux cinq conditions évoquées ci-dessus.

22. Le document-cadre publié le 10 février 2012 est disponible sur le site de l'Autorité : http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/standard.php?id_rub=260&id_article=1793

1.2.4 Rapport de Richard MALLIÉ, député des Bouches-du-Rhône, Françoise BRANGET, députée du Doubs et Bernard DEBRÉ, député de Paris, relatif aux commissions payées par les commerçants pour les paiements par carte, remis au ministre de l'Economie le 11 juillet 2011

23. Ces travaux résultent de l'engagement pris par Mme Lagarde lors des débats sur la loi de régulation bancaire et financière du 22 octobre 2010. Ils avaient pour objectif de dégager des pistes d'amélioration de la tarification des commissions que les commerçants payent à leurs banques ou à d'autres prestataires de service pour les paiements par carte.

24. Le rapport propose :

- une plus grande transparence sur les frais acquittés. Les auteurs du rapport proposent la mise à disposition aux commerçants d'un récapitulatif annuel détaillé de l'ensemble des frais acquittés pour les cartes bancaires. Ces détails permettront aux commerçants de mieux comparer les offres, faire jouer la concurrence et négocier avec leurs prestataires ;

- des baisses de niveau des commissions pour les commerçants qui enregistrent un faible volume de transactions. Cette offre incitative permettra à de très petites entreprises, commerçants ou artisans qui ne peuvent pas aujourd'hui accepter de paiement par carte, de proposer ce mode de paiement à leurs clients. Cette mesure devrait concerner près d'un professionnel sur quatre ;

- des baisses de niveau des commissions pour les paiements de petit montant. Les auteurs souhaitent que le niveau des commissions pour les petits montants, inférieurs à 15 euros, soit fortement réduit, en limitant les minima de commissions prélevés à quelques centimes.

25. Bien que ces mesures ne se limitent pas aux seuls paiements opérés dans le cadre du groupement des cartes bancaires, elles s'inscrivent dans le prolongement de la décision 11-D-11 du 7 juillet 2011 de l'Autorité de la concurrence relative à des pratiques mises en œuvre par le Groupement des Cartes Bancaires par laquelle l'Autorité a accepté les engagements présentés par le Groupement des cartes bancaires, qui prévoient une baisse de près de 40% de la commission interbancaire de paiement sur les cartes.

26. Les mesures proposées par les auteurs du rapport visent à s'assurer que la baisse des commissions interbancaires obtenue par l'Autorité de la concurrence sera bien répercutée en priorité vers les très petites entreprises, commerçants ou artisans qui proposent le paiement par carte.

1.3 Modifications du droit et de la politique de la concurrence proposées par les pouvoirs publics

1.3.1 Projet de loi relatif à la régulation économique outre-mer

27. Le ministre des Outre-Mer, Victorin Lurel, a présenté le projet de loi relatif à la régulation économique Outre-Mer en Conseil des ministres le 5 septembre 2012 qui sera examiné par le Parlement à l'automne.

28. Ce projet de loi, élaboré par le ministre des Outre-Mer et la DGCCRF, crée de nouveaux outils de régulation adaptés aux Outre-Mer qui visent à « *rétablir une concurrence effective (...) aujourd'hui restreinte par les caractéristiques de ces marchés insulaires de petite taille* », notamment dans le prolongement d'enquêtes sectorielles que l'Autorité avaient conduites en 2009 sur les marchés des carburants (avis n° 09-A-21 du 24 juin 2009) et sur l'importation et la distribution de produits de grande consommation (avis n° 09-A-45 du 8 septembre 2009), qui avaient identifié, au-delà des handicaps structurels liés à l'insularité, à l'éloignement géographique, et à l'étroitesse des territoires concernés, des barrières à l'entrée de nature réglementaire mais également liés aux structures économiques et aux comportements des opérateurs économiques concernés.

29. L'orientation générale du texte consiste à substituer à la tentation de réglementer les prix de détail de façon temporaire ou permanente, sur le fondement de l'article L. 410-2 du code de commerce, un dispositif de régulation des marchés amont adapté à ces spécificités.

30. Les nouveaux outils instaurés par le projet de loi sont notamment les suivants :

- la faculté pour le Gouvernement de prendre par décret des mesures de régulation des marchés de gros et de la chaîne logistique, y compris le fret, dont le respect est assuré par l'Autorité de la concurrence, dans le cadre de ses pouvoirs d'injonction (*Article 1er*) ;

- l'interdiction des accords exclusifs d'importation sauf démonstration d'une justification économique de nature à bénéficier au consommateur (*Article 2*) ;

- la faculté pour les collectivités territoriales de saisir directement l'Autorité de la concurrence de pratiques anticoncurrentielles ou contraires à l'article 1er précité dans leurs territoires respectifs (*Article 3*), l'article L.462-5 du code commerce ne prévoyant à l'heure actuelle la possibilité pour les collectivités territoriale de saisir l'Autorité uniquement pour les affaires qui concernent les intérêts dont elles ont la charge ;

- l'abaissement du second seuil pour le contrôle des concentrations dans le commerce de détail en outre-mer, passant de 7,5 millions d'euros à 5 millions d'euros (*Article 4*) , le premier seuil de 75 millions d'euros n'étant, quant à lui, pas modifié ;

- la faculté pour l'Autorité d'adresser aux opérateurs en position dominante des injonctions structurelles, telles que la cession d'actifs, en cas de prix ou de marges élevés que l'entreprise ou le groupe d'entreprises pratique en comparaison des moyennes habituellement constatées dans le secteur économique concerné (*Article 5*) ;

- la négociation d'un accord de modération du prix global d'une liste limitative de produits de consommation courante et en cas d'échec des négociations, l'établissement par le représentant de l'Etat de modalités d'encadrement du prix global de cette liste (*Article 6 bis*).

1.3.2 La réparation des dommages causés aux victimes par des pratiques anticoncurrentielles

31. L'Autorité de la concurrence a publié le 25 mai 2011 sa réponse à la consultation publique de la Commission européenne relative à une approche européenne cohérente en matière d'actions collectives.

32. Considérant qu'un droit effectif à réparation des victimes de pratiques anticoncurrentielles constitue le complément indispensable de l'action de protection de l'ordre public économique dont elle est chargée, l'Autorité se déclare favorable à la définition d'un modèle européen d'action en réparation dont l'efficacité reposerait sur les principes suivants :

- la formation d'actions en réparation consécutives soit à une décision définitive de la Commission européenne, soit à celle de l'Autorité pourrait être privilégiée. Selon l'Autorité, ces actions dites consécutives (« follow on ») permettent (i) d'alléger la charge de la preuve pesant sur les victimes, (ii) d'éviter le risque de procédures et recours abusifs, (iii) d'assurer les entreprises mises en cause d'une meilleure prise en considération des demandes de secrets des affaires et des arguments d'efficience économique compte tenu de l'expertise des autorités nationales de concurrence (« ANC ») dans ces domaines et (iv) de simplifier la mise en état du dossier pour le juge civil ;

- les décisions des ANC devraient bénéficier d'un statut renforcé afin de simplifier l'engagement et le traitement de l'action en réparation ;

- la confidentialité des déclarations et demandes de clémence devrait être protégée afin que les entreprises en cause ne soient pas placées dans une situation moins favorable devant le juge civil que si elles n'avaient pas sollicité la clémence auprès de la Commission européenne ou d'une ANC.

33. Les conditions ainsi énoncées par l'Autorité traduisent son souci d'assurer la complémentarité entre l'action publique et l'action privée et de s'inscrire dans la réflexion menée en France autour de la création d'une action de groupe.

34. La réponse de l'Autorité est disponible sur son site :
http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/standard.php?id_rub=388&id_article=1606

2. Mise en œuvre de la législation et de la politique de la concurrence

2.1 Action contre les pratiques anticoncurrentielles, y compris contre les ententes et abus de positions dominantes

2.1.1 Résumé des activités des Autorités chargées de la Concurrence

35. La loi de modernisation de l'économie (ci-après « LME ») du 4 août 2008, l'ordonnance de modernisation de la régulation de la concurrence du 13 novembre 2008 et leurs décrets d'application ont modifié le cadre institutionnel de la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles. Ces textes ont créé l'Autorité de la concurrence, et instauré un nouveau partage des compétences entre cette Autorité et la DGCCRF (Direction générale de la concurrence de la consommation et de la répression des fraudes).

36. L'une des composantes de la réforme a consisté à faire traiter les affaires de portée locale par la DGCCRF au moyen de nouveaux pouvoirs de transaction/injonction conférés au ministre de l'Economie. Cette réforme, entrée en vigueur le 2 mars 2009, redéfinit en conséquence l'articulation des compétences entre les deux institutions.

2.1.1.1 Résumé des activités de la DGCCRF

37. La DGCCRF, ainsi que les services déconcentrés compétents, assurent une mission essentielle de détection des pratiques anticoncurrentielles selon les priorités définies par sa Directive nationale d'orientation (DNO). La DGCCRF dispose de la faculté de mener des enquêtes de concurrence, qui sont réalisées par les directions régionales des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi (DIRECCTE) et bénéficie de pouvoirs de transaction et d'injonction pour le règlement des pratiques anticoncurrentielles locales. La répartition territoriale de ses enquêteurs lui permet d'organiser une veille concurrentielle grâce aux tâches nationales et régionales de recherches d'indices qui sont programmées chaque année en fonction des priorités définies par sa Directive nationale d'orientation (DNO).

38. La DGCCRF intervient en tant que commissaire du Gouvernement devant l'Autorité de la concurrence, sans participer au délibéré.

- La Directive nationale d'orientation (DNO)

  Depuis six ans, l'activité de la DGCCRF fait l'objet d'une programmation intégrée dans une démarche globale de définition des priorités. Celles-ci sont déclinées, année par année, dans une Directive nationale d'orientation (DNO) qui regroupe les actions communes à tous les services déconcentrés (orientations nationales) ou au niveau d'une région (orientations régionales). La DNO constitue l'élément moteur de la réalisation de son contrat pluriannuel de performance (CPP). La DNO formalise la déclinaison opérationnelle de la politique gouvernementale en matière de concurrence, de consommation et de répression des fraudes qui repose sur le développement de la concurrence, la protection économique et la sécurité des consommateurs.

  En 2011, la DNO a fixé trois orientations synthétisant les axes prioritaires de la politique dans les domaines de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes. L'orientation n° 2 a pour objectif de "*contribuer à assurer le fonctionnement concurrentiel des marchés et l'équilibre des relations commerciales*". Cette orientation a pour objet de contribuer à une veille efficace face aux pratiques préjudiciables au bon fonctionnement concurrentiel, notamment par des enquêtes de recherche d'indices de nature à mettre à jour des pratiques anticoncurrentielles et des enquêtes visant à améliorer la connaissance économique des marchés (exemples : énergie, transport, …).

  Cette thématique a été reproduite en 2012.

- Le bilan d'activité de la DGCCRF

  – *L'activité globale de régulation concurrentielle*

    Parmi les 80 206 actions effectuées relatives à la mission de régulation concurrentielle, 7,6 % d'entre elles ont révélé des pratiques infractionnelles (notamment des pratiques restrictives et des pratiques anticoncurrentielles locales). 1 289 infractions ont fait l'objet de suites administratives ou contentieuses.

  – *L'activité spécifique relative aux ententes et abus de position dominante (les pratiques anticoncurrentielles)*

    Depuis la réforme de 2008, la DGCCRF conserve dans le dispositif institutionnel la mission essentielle de détecter les indices de pratiques anticoncurrentielles, ce qu'elle peut faire grâce à la répartition territoriale de ses enquêteurs. Les dysfonctionnements de concurrence sont repérés soit à l'occasion de l'exercice normal des missions de la DGCCRF, soit lors

d'enquêtes spécifiques de recherches d'indices de pratiques anticoncurrentielles dans le cadre de la Directive nationale d'orientation (DNO).

La DGCCRF poursuit également la veille concurrentielle dans la commande publique en mettant à profit la relation d'intérêt partagé qui s'est développée entre les acheteurs publics et les enquêteurs de la DGCCRF. Une fois les indices de pratiques anticoncurrentielles mis en lumière par les services de la DGCCRF, conformément à l'article L. 450-5 du code de commerce, l'Autorité de la concurrence est informée de tous ceux d'entre eux qui méritent une enquête approfondie et décide alors si elle souhaite en prendre la direction. Lorsque l'Autorité ne souhaite pas prendre en charge l'enquête, c'est la DGCCRF qui la réalise. A l'issue de ses investigations, la DGCCRF informe l'Autorité des résultats obtenus. L'Autorité se saisit alors des rapports d'enquête présentant des pratiques de dimension nationale laissant le soin à la DGCCRF de traiter par la procédure de transaction/injonction, les pratiques de dimension locale en application de l'article L. 464-9 du code de commerce (Cf infra).

Dans l'hypothèse où le rapporteur général ne proposerait pas au collège de se saisir d'office des résultats d'une enquête, le Ministre a la possibilité de saisir lui-même le collège des faits qu'il estime contraires aux dispositions des articles L. 420-1 et L. 420-2 du code de commerce. C'est notamment le cas lorsque les montants de chiffre d'affaires des entreprises en cause ou la dimension communautaire des pratiques ne lui permettent pas de mettre en œuvre la procédure d'injonction ou de transaction.

- Bilan chiffré

  – *Projets d'enquête (indices)*

    Parmi les 433 indices de pratiques anticoncurrentielles détectés par la DGCCRF en 2011, 84 projets d'enquête (indices qui méritent qu'une enquête approfondie soit menée) ont été transmis à l'Autorité de la concurrence qui en a pris en charge 27 (32%). La DGCCRF a donc traité les 57 projets d'enquête restants.

    L'Autorité sélectionne les enquêtes qu'elle veut réaliser notamment en fonction de l'importance du secteur et de la taille des entreprises en cause, de l'ampleur des pratiques supposées et de l'intérêt jurisprudentiel du cas.

  – *Rapports d'enquête*

    Les services de la DGCCRF ont réalisé 69 enquêtes en 2011. 45 ont été transmises à l'Autorité de la concurrence. Parmi ces 45 enquêtes, 4 ont été réalisées à la demande de l'Autorité. Sur ces 41 enquêtes transmises à l'Autorité, 26 n'ont pas permis de caractériser des pratiques (transmission pour information) et 15 (soit 36,5 %) ont révélé des preuves de pratiques anticoncurrentielles.

    Parmi les 15 rapports présentant des pratiques anticoncurrentielles, l'Autorité s'est saisie de 6 dossiers, soit 40 % des enquêtes concluant à des pratiques anticoncurrentielles. 8 dossiers sont ainsi restés à la charge de la DGCCRF.

- Les injonctions et les transactions « concurrence »

  L'ordonnance du 13 novembre 2008 a confié au ministre de l'Economie un pouvoir d'injonction et de transaction destiné au règlement des pratiques anticoncurrentielles locales. Ce dispositif est mis en œuvre par la DGCCRF pour les pratiques anticoncurrentielles dont l'Autorité de la

concurrence ne s'est pas saisie d'office, qui affectent un marché de dimension locale, ne portent pas sur des faits relevant des articles 101 et 102 du Traité sur le fonctionnement de l'UE, et sont commises par des entreprises dont le chiffre d'affaires n'excède pas 50 millions d'euros sur le plan individuel et 100 millions d'euros pour l'ensemble des entreprises responsables d'une pratique anticoncurrentielle. Le rapporteur général de l'Autorité de la concurrence décide de se saisir ou non de l'enquête proposée par la DGCCRF, en amont ou à l'issue de celle-ci, à partir d'un certain nombre de critères – notamment la dimension des pratiques (locale, nationale, communautaire), l'importance des entreprises, l'intérêt jurisprudentiel, et le plan de charge de l'Autorité. Lorsque la DGCCRF met en œuvre le dispositif de l'ordonnance du 13 novembre 2008, elle peut enjoindre à leurs auteurs de cesser leurs pratiques et, le cas échéant, leur proposer une transaction financière, jusqu'à 75 000 euros ou 5% du chiffre d'affaires de l'entreprise concernée. L'exécution par les entreprises des obligations résultant de la transaction éteint toute action devant l'Autorité de la concurrence pour les mêmes faits. En cas de refus de la transaction ou d'inexécution des obligations découlant de la transaction, la DGCCRF saisit l'Autorité de la concurrence.

Ce pouvoir a été instauré afin d'organiser un traitement efficace des pratiques anticoncurrentielles de moindre importance et cependant dommageable à l'économie et aux consommateurs. Il apporte une solution simple et rapide aux pratiques anticoncurrentielles qui affectent un marché de dimension locale, et offre aux PME, auteurs de ces pratiques, la possibilité d'amender leurs comportements et, le cas échéant, de régler à l'Etat une compensation financière. Il constitue donc un outil complémentaire dans le dispositif de lutte contre les pratiques anticoncurrentielles.

Ce dispositif est désormais pleinement opérationnel. Entre 2010 et le 1er semestre 2012, une quinzaine d'affaires ont été conclues par 29 injonctions et 17 transactions dans des secteurs divers (taxis, bâtiment, transport sanitaires, agences immobilières, cinéma, pompes funèbres, organisation de spectacles, nettoyage de locaux, etc.). Elles ont donné lieu à un montant d'amende transactionnelle total d'environ 160 000 €. Plusieurs autres dossiers sont en cours. Pour la seule année 2011, 8 dossiers ont fait l'objet d'une acceptation de 7 transactions et de 15 injonctions par les professionnels ayant commis des pratiques anticoncurrentielles.

L'intervention de la DGCCRF a ainsi permis de mettre fin à des pratiques d'ententes et à des abus directement préjudiciables aux entreprises, aux consommateurs et aux particuliers. Elle concourt à assainir le fonctionnement de la concurrence dans des secteurs d'activités variés et à prévenir le développement de mauvaises pratiques par des opérateurs peu accoutumés au droit de la concurrence. Elle est également l'occasion d'opérations conjointes de promotion de la culture de concurrence auprès des professionnels.

- <u>Assistance aux enquêtes menées par l'Autorité de la concurrence</u>

L'Autorité peut requérir l'aide de la DGCCRF pour réaliser les opérations de visite et saisie qu'elle aura décidé pour ses propres enquêtes (article L.450-6 du code de commerce). Elle formule une demande écrite à la DGCCRF.

En 2011, l'Autorité a réalisé 3 opérations de visite et saisie et a sollicité à 2 reprises l'assistance de la DGCCRF. Ces opérations ont mobilisé 66 rapporteurs et 11 enquêteurs de la DGCCRF. Ces derniers ont représenté 33 journées-agents entièrement financées par la DGCCRF, y compris les déplacements nécessaires.

La DGCCRF a, pour ce qui la concerne, réalisé 8 opérations de visite et saisie mobilisant 123 enquêteurs.

L'Autorité a également demandé à la DGCCRF de réaliser des enquêtes pour alimenter ses auto-saisines pour avis : enquêtes sur les pièces détachées automobiles réalisées fin 2011 dans quatre DOM (Martinique, Guadeloupe, Guyane et Réunion).

- La DGCCRF, commissaire du gouvernement pour les affaires traitées par l'Autorité

  La DGCCRF exerce les fonctions de commissaire du Gouvernement dans toutes les procédures consultatives et contentieuses traitées par l'Autorité de la concurrence. A cet effet, elle établit des observations écrites à tous les stades de la procédure et présente des observations orales lors de la séance. Elle ne participe pas au délibéré de l'Autorité et expose sa position avant les parties, qui peuvent ainsi répondre.

- La DGCCRF représente le ministre de l'Economie dans le cadre des recours devant la Cour d'appel et les pourvois formés contre les décisions de l'Autorité devant la Cour de cassation

  A ce titre, devant la Cour d'appel de Paris, la DGCCRF a déposé à 8 reprises en 2011 des observations écrites (16 en 2010), dont 7 mémoires au fond (12 en 2010). Elle est intervenue à l'occasion de 6 procédures d'urgence - demandes de sursis à exécution des décisions prononcées par l'Autorité de la concurrence ou mesures conservatoires - en 2011 (2 en 2010). Elle a participé à 13 audiences de plaidoirie en 2011 (12 en 2010).

  La DGCCRF est également intervenue devant la Cour de cassation (représentation obligatoire par avocat) : elle a formé un pourvoi en cassation en 2011 contre un arrêt de la Cour d'appel ayant annulé une décision du Conseil de la concurrence (secteur des travaux publics dans la région Ile de France) et est intervenue à 2 reprises à l'occasion de deux arrêts de la Cour d'appel de Paris (secteur de la manutention pour le transport de conteneurs au port du Havre et secteur du béton prêt à l'emploi dans la région Provence-Alpes-Côte-d'Azur).

2.1.1.2 Résumé des activités de l'Autorité de la concurrence

39. En 2011, l'Autorité de la concurrence a rendu 21 décisions au fond en matière de contrôle des pratiques anticoncurrentielles (4 faisant suite à une enquête ou à une saisine du ministre de l'Economie), dont notamment 8 décisions de sanction, 1 mesure conservatoire, 3 décisions de non-lieu, 4 décisions d'irrecevabilités/de rejets, 5 décisions d'engagements et a clos 3 saisines d'office.

40. Le tableau suivant recense les décisions de sanctions adoptées par l'Autorité en 2011.

Numéro décision	Date décision	Libellé	Sanctions en €
11-D-01	18/01/2011	Manutention portuaire à La Réunion	70 000
11-D-02	26/01/2011	Restauration des monuments historiques*	9 803 590
11-D-07	24/02/2011	Travaux de peinture d'infrastructures métalliques*	1 160 100
11-D-10	06/07/2011	Pompes funèbres à Marseille	60 000
11-D-12	20/09/2011	Manquement aux engagements souscrits par Canal Plus lors du rachat de TPS	30 000 000
11-D-13	05/10/2011	Marchés d'électrification*	9 402 100
11-D-17	08/12/2011	Lessives	367 950 000
11-D-19	15/12/2011	Distribution de gadgets et articles fantaisies*	1 340 000
Total			***419 785 790***

* Décisions faisant suite à une enquête ou à une saisine du ministre de l'Economie

41. Les 8 décisions de sanction adoptées par l'Autorité ont atteint un montant total de 419,7 millions d'euros. On relèvera que ce chiffre est marqué par la sanction d'un cartel d'une importance exceptionnelle : dans l'affaire des lessives, l'Autorité a infligé aux entreprises en cause une amende d'un montant total de 367,95 millions d'euros, le premier demandeur de clémence ayant bénéficié d'une immunité en raison de la valeur ajoutée apportée par ses déclarations et les preuves portées au dossier.

42. Parmi les pratiques sanctionnées, on dénombre 6 ententes, 1 non-respect d'engagements et aucun abus de position dominante seul. L'Autorité a rendu trois décisions dans lesquelles elle a appliqué la procédure de non-contestation des griefs (11-D-02, 11-D-07 et 11-D-13), soit la moitié des procédures de sanction pour pratiques anticoncurrentielles.

43. Le tableau suivant recense les décisions d'acceptation d'engagements prises par l'Autorité en 2011.

Numéro décision	Date décision	Secteur
11-D-08	27/04/2011	Cartes cadeaux multi-enseignes
11-D-11	07/07/2011	Commissions interbancaires appliquées aux transactions par cartes bancaires
11-D-14	20/10/2011	Pompes funèbres
11-D-18	15/12/2011	Accès au scanner et à l'IRM du centre hospitalier d'Arcachon
11-D-20	16/12/2011	Distribution alimentaire (Carrefour)

44. En 2011, 6 décisions de l'Autorité en matière de contrôle des pratiques anticoncurrentielles ont fait l'objet d'un recours devant la Cour d'appel de Paris, sur un total de 21 décisions rendues (20 décisions et 1 mesure conservatoire), ce qui représente un taux de recours de 28%, en légère hausse par rapport à 2010.

2.1.2 Résumé des activités des tribunaux

2.1.2.1 Les pratiques commerciales restrictives

45. Le nombre des décisions judiciaires civiles intervenant en la matière se maintient depuis 2004. Alors que 19 décisions avaient été rendues cette année là, 25 ont été prononcées en 2011. Pour l'année 2012, 16 décisions ont déjà été rendues par les juridictions civiles et commerciales françaises.

46. Ces décisions concernent un large éventail de pratiques commerciales, mais ont principalement trait à la perception d'avantages sans contrepartie ou manifestement disproportionnés et aux ruptures brutales des relations commerciales. Les décisions judiciaires restent rares en matière de délais de paiement abusifs, d'obtention d'un avantage comme condition préalable à toute commande ou de soumission à des conditions de paiement manifestement abusives.

47. Le moyen juridique introduit par la loi de modernisation de l'économie, le *« déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties »* a d'ores et déjà donné lieu à plusieurs condamnations d'enseignes de la grande distribution française. Plus particulièrement, le ministre chargé de l'Economie avait assigné 9 distributeurs à l'automne 2009 sur le fondement de l'article L. 442-6 I 2° du code de commerce car l'analyse des accords commerciaux les liant à leurs fournisseurs avait mis en lumière l'existence de clauses susceptibles d'être appréhendées au titre de ce dispositif. Dans ces 9 affaires, 5 décisions favorables au Ministre ont déjà été rendues pour un montant total de 2,1 millions d'euros.

48. De manière générale, les amendes civiles infligées, sur le fondement des dispositions du titre IV du livre IV du code de commerce, sont en croissance continue depuis 2006. Ainsi, 338 000 € d'amende ont été alloués en 2006 contre 2 288 000 € en 2011. Toutefois, une baisse du montant d'amende avait été constatée en 2010.

49. De même, l'indu, c'est-à-dire la restitution des sommes indument payées en violation des dispositions d'ordre public de l'article L. 442-6 du code de commerce, a atteint en 2011, 16 169,99 € alors qu'il s'élevait à 254 058,12 € en 2010 et 24.018.598,82 en 2009.

50. Ces deux dernières années, les condamnations sont en effet moins nombreuses car plusieurs décisions (10 décisions) n'abordent pas le fond des litiges. Il s'agit notamment des décisions rendues dans le cadre de questions prioritaires de constitutionnalité[1].Cette baisse est également à mettre en corrélation avec le nombre important d'arrêts de cassation qui confirment ou infirment des arrêts d'appel et partant, ne prononcent pas de condamnation d'amende civile ou d'indu (7 arrêts).

51. En matière pénale, le nombre de décisions tend à diminuer notamment en raison de la montée en puissance de la transaction. Pour l'année 2011, 70 jugements ont été rendus (contre 259 transactions), principalement en matière de facturation. Le montant global des amendes pénales est évalué à 427 340 € (contre 1 174 130€ obtenu par voie transactionnelle).

2.1.2.2 Les recours exercés contre les décisions rendues par le Conseil de la concurrence ou l'Autorité de la concurrence

52. Au cours de l'année 2011, sur 21 décisions rendues en matière de contrôle des pratiques anticoncurrentielles, 6 décisions de l'Autorité ont fait l'objet d'un recours devant la Cour d'appel de Paris. Plusieurs de ces décisions, portant tant sur des questions de procédure que sur des questions de fond, retiennent l'attention.

- Les arrêts de la Cour d'appel de Paris

  – *Arrêt CA Paris, ch. 5-7, Perrigault, 20 janvier 2011 (recours contre la décision 10-D-13)*

    Par une décision du 15 avril 2010, l'Autorité de la concurrence avait sanctionné quatre entreprises de manutention de conteneurs dans le port du Havre pour s'être coordonnées, en ce qui concerne trois d'entre elles, afin de se partager des postes à quai en construction et s'être réparties, pour deux d'entre elles, la clientèle de la manutention portuaire notamment par application extensive d'une clause de non-concurrence contenue dans l'accord fondateur de l'entreprise commune Terminal Porte Océane (« *TPO* ») conclu entre les sociétés Perrigault et APMMM. La Cour d'appel a réformé la décision de l'Autorité s'agissant de l'entente de répartition de clientèle.

    Sur le plan procédural, la Cour qui admet la recevabilité du recours de TPO a rejeté son allégation selon laquelle ses droits de la défense auraient été méconnus en raison d'un accès entravé au dossier de l'Autorité. La Cour a précisé que « *la réalisation et l'envoi d'un CD-Rom au stade de la notification de griefs ne constituent qu'une facilité supplémentaire offerte aux entreprises qui conservent, en tout état de cause, la possibilité de venir consulter le dossier dans les locaux de l'Autorité* » et a relevé que TPO n'avait à aucun moment sollicité la consultation du dossier au siège de l'Autorité alors même qu'une telle possibilité lui avait été rappelée par les services d'instruction dans la notification des griefs.

[1] Depuis le 1er mars 2010, tout justiciable peut soulever, à l'occasion d'un litige pendant devant le juge administratif ou judiciaire, la question de la constitutionnalité d'une norme qui lui est applicable. Si la question de constitutionnalité de la norme présente un caractère sérieux, l'examen de la QPC est renvoyée à la Cour de cassation ou au Conseil d'Etat qui eux mêmes peuvent en saisir le Conseil constitutionnel. Le traitement d'une QPC (en cas de renvoi(s)) peut durer 3 à 6 mois environ.

Par ailleurs, la Cour a estimé que le grief soulevé par TPO tiré de la violation du principe d'impartialité du fait d'une instruction qui aurait été menée uniquement à charge n'était pas fondé. A ce titre, la Cour a indiqué que l'appréciation de l'impartialité de l'instruction ne saurait résulter de la seule circonstance que le rapporteur n'aurait pas pris en considération, dans sa notification des griefs, d'éléments à décharge, les parties ayant pu faire valoir les arguments au soutien de leur défense dans le cadre de la discussion sur le bien-fondé des griefs et répondre aux accusations portées contre elles en soumettant l'ensemble des observations et pièces qui apparaissaient utiles à leur défense. La Cour a également considéré que la circonstance qu'aucune opération de visite et saisie n'avait été menée dans les locaux d'APMM était inopérante, dès lors qu'un tel argument consistait en fait à « *contester le contenu de l'ordonnance de visite et saisie rendue par le juge des libertés et de la détention en ce qu'elle ne vise pas les locaux d'APMM, alors qu'elle est dépourvue de qualité pour le faire* ».

Enfin, réformant la décision sur le grief d'entente de partage de clientèle, la Cour a considéré que, compte tenu de l'absence d'autonomie commerciale et financière de la filiale commune, TPO, les sociétés Perrigault et TPO devaient être considérées comme formant une même unité économique. En conséquence, la Cour a relevé que la prohibition des ententes ne leur était pas applicable. Au titre des éléments attestant de l'absence d'autonomie commerciale de TPO, la Cour a notamment pris en compte le fait que, selon l'accord fondateur, (i) Perrigault et APMM - qui détiennent chacune 50% du capital de la filiale – désignaient respectivement les deux dirigeants, (ii) détenaient l'une et l'autre 50% des droits de vote au sein du conseil d'administration, et (iii) TPO n'était pas dotée d'une force de vente propre. Selon la Cour, le fait que les entreprises aient déclaré, dans le cadre de la notification de la création de la filiale commune, que TPO exercerait ses activités de manière autonome et indépendante importait peu. La Cour a conclu que « *les pratiques en cause sont l'expression d'un conflit opposant Perrigault et APMM* » et qu'elles « *ne peuvent procéder d'une volonté commune des sociétés Perrigault et TPO de se comporter sur le marché de manière concertée* ».

– *L'Autorité de la concurrence a formé un pourvoi contre cet arrêt. Le 30 mai 2012, la Cour de cassation a rejeté ce pourvoi. Arrêt CA Paris, ch. 5-7, 27 janvier 2011, Société Française du Radiotéléphone (recours contre la décision 04-D-48)*

La Société Française du Radiotéléphone (« *SFR* ») et France Télécom ont introduit un recours contre la décision du Conseil de la concurrence les sanctionnant à hauteur de 20 millions d'euros pour avoir mis en œuvre des pratiques de ciseau tarifaire sur le marché de la téléphonie fixe vers mobile des entreprises entre 1999 et 2001.

La Cour d'appel de Paris a rendu le 27 janvier 2011 un arrêt par lequel elle a rejeté l'ensemble des moyens de procédure soulevés par les parties requérantes.

D'une part, concernant le grief soulevé par SFR relativement à la violation du respect du contradictoire en raison de la différence entre le grief de ciseau tarifaire retenu et le grief de prédation tarifaire notifié, la Cour a jugé que le moyen manquait en fait.

D'autre part, en ce qui concerne le grief soulevé par France Télécom relativement au manque d'impartialité du rapporteur au motif qu'il aurait renoncé à obtenir les éléments probants que la saisissante devait fournir, la Cour d'appel a souligné que, conformément aux dispositions des articles L.463-1 et L.463-2 du code de commerce, les parties ont eu, dès la notification des griefs, la faculté de (i) consulter le dossier, (ii) demander l'audition de témoins, (iii) soumettre leurs observations sur les griefs notifiés et le rapport et (iv) présenter des observations orales devant le Conseil de la concurrence.

Sur le fond, la Cour a validé la délimitation des marchés pertinents telle qu'opérée par le Conseil de la concurrence dans sa décision, estimant que « *le marché pertinent est une réalité économique qui préexiste à la décision qui le définit ; qu'en outre, ainsi que France Télécom l'admet elle-même, la définition des marchés pertinents pour l'application d'une réglementation sectorielle ne lie pas les autorités de concurrence saisies au contentieux, qui peuvent retenir des marchés différents en tenant compte des circonstances propres à chaque affaire ; qu'en l'espèce, il importe seulement que la définition retenue soit motivée par des considérations, relatives aux caractéristiques du service demandé et de l'offre élaborée pour y répondre, contemporaines des pratiques en cause* ».

En revanche, la Cour d'appel a réformé la décision du Conseil de la concurrence. Elle a notamment précisé, s'agissant de SFR, que « *les pratiques doivent être examinées à la lumière d'une guerre des prix que se sont livrée l'opérateur en position ultradominante et les nouveaux opérateurs, auxquels appartenait le Groupe SFR CEGETEL ; que les offres du Groupe ne visaient pas à éliminer la concurrence mais bien à tenter de pénétrer le marché* ». Elle a également jugé que le Conseil de la concurrence n'avait pas suffisamment démontré que l'interconnexion directe fournie par l'opérateur dominant verticalement intégré à ses concurrents leur était indispensable pour la concurrencer sur le marché aval, compte tenu de possibilités de re-routages, et qu'en conséquence il aurait dû se livrer à « *un examen objectif et approfondi de la situation relative aux pertes subies par un concurrent aussi efficace que l'auteur de la pratique reprochée* » qui seul « *permet[tait] d'apporter la démonstration que la pratique a eu ou pouvait avoir un effet anticoncurrentiel* », en allant au-delà de la démonstration d'effets de la pratique sur la pénétration du marché par des concurrents.

La Cour fait droit à la demande de France Télécom et impose à l'Autorité de la concurrence de publier sur son site, et à ses frais, dans le journal *les Échos*, un communiqué informant du dispositif de la décision. L'Autorité de la concurrence a formé un pourvoi contre cet arrêt. Par arrêt du 17 janvier 2012, la Cour de cassation a confirmé l'arrêt de la Cour d'appel.

– *Arrêt CA Paris, ch. 5-7, ENFenCONFIANCE, 27 janvier 2011 (recours contre la décision 10-D-24)*

Un recours a été formé par la société ENFenCONFIANCE contre la décision de l'Autorité de la concurrence déclarant sa saisine irrecevable au motif qu'elle échappait à sa compétence. La Cour d'appel a confirmé en tous points l'analyse de l'Autorité.

Saisie par la société ENFenCONFIANCE de pratiques mises en œuvre par la Caisse Nationale d'Allocations Familiales (« *CNAF* ») consistant à exploiter le site « mon-enfant.fr » destiné, comme celui de la saisissante, à informer les parents sur les disponibilités en places d'accueil auprès des assistants maternels, l'Autorité avait considéré qu'une telle activité ne saurait être assimilée à une activité de production, de distribution et de services au sens des dispositions de l'article L.410-1 du code de commerce et que, par conséquent, elle ne relevait pas de sa compétence. La Cour a validé l'approche de l'Autorité, considérant que la création dudit site internet constitue un moyen pour la CNAF d'assurer sa mission générale d'information à destination des familles sur les modes d'accueil des jeunes enfants.

En outre, la Cour a relevé la pertinence de la référence faite par l'Autorité à la décision du Conseil d'Etat du 28 mai 2010 qui a jugé que l'activité correspondant à l'exploitation par la CNAF d'un site internet d'information sur les structures d'accueil destinées à la petite enfance ne constitue pas l'exercice d'une activité économique.

– *Arrêt CA Paris, ch. 5-7, Cemex Bétons Sud-Est, 27 janvier 2011 (recours contre la décision 97-D-39)*[2]

Par une décision du 17 juin 1997, le Conseil de la concurrence avait sanctionné 13 entreprises dans le secteur du béton prêt à l'emploi dans la région Provence-Alpes-Côte-d'Azur pour ententes par fixation de prix et de quotas, répartition des marchés et pratiques collectives de prix prédateurs.

Le 27 janvier 2011, la Cour d'appel, sur renvoi de la Cour de cassation, a confirmé l'intégralité de la décision du Conseil de la concurrence.

Elle a écarté un certain nombre de moyens de procédure soulevés par les requérantes.

En premier lieu, concernant l'impartialité du rapporteur auquel les parties reprochaient d'avoir, auparavant, été en charge de l'instruction du dossier ayant conduit à la décision de mesures conservatoires 94-MC-10 et d'avoir assisté aux délibérés, la Cour a relevé que « *s'il ne suffit pas que les parties aient pu, à partir de la notification des griefs, consulter le dossier, demander l'audition de témoins à charge, présenter des observations sur les griefs puis sur le rapport et s'exprimer oralement au cours des débats en séance, comme l'impose l'article L.463-1 du code de commerce, cependant, et en l'espèce, il résulte des explications données dans la Décision et devant la Cour d'appel, que le rapporteur avait assisté au délibéré sur les mesures conservatoires mais n'avait ensuite fait qu'user des prérogatives qu'il tient de l'article devenu L.450-6 du code de commerce, en définissant les orientations de l'enquête, accomplie concrètement et pour l'essentiel par l'administration sous le contrôle désintéressé du rapporteur, en se tenant informé du déroulement de cette enquête, en appréciant lui-même et objectivement l'utilité d'actes supplémentaires, en examinant souverainement mais objectivement les propositions formulées par les entreprises mises en cause, lesquelles sont hors d'état d'invoquer précisément un refus significatif d'acte d'instruction ou toute manœuvre tendant à évincer les droits desdites entreprises* ».

En second lieu, sur la validité des preuves utilisées dans la décision, la Cour a estimé que la détention pendant plusieurs mois, par les services de la DGCCRF, de documents irrégulièrement produits par un ancien salarié d'une des entreprises mises en cause, n'avait pu vicier la procédure « *dès lors que ces pièces n'avaient pas été versées au dossier et qu'il n'est pas démontré qu'elles aient été utilisées, étant observé au demeurant que les enquêteurs étaient bien obligés d'en prendre connaissance pour en apprécier l'origine* ». A ce titre, après avoir rappelé que les procès-verbaux d'enquête administrative valent jusqu'à preuve contraire, la Cour a souligné que « *les seules allégations, émises postérieurement, des personnes concernées par les investigations relatées dans ces procès-verbaux ne suffisent pas à contredire les énonciations claires qui y sont portées, alors au surplus qu'elles les ont signés sans réserve* ».

La Cour valide l'ordonnance ayant autorisé les visites et saisies. Elle considère notamment que le recours en contrôle de légalité de l'OVS ouvert par les mesures transitoires de l'ordonnance du 13 novembre 2008 constitue un recours juridictionnel effectif, c'est-à-dire certain et assurant un redressement approprié dans la mesure où il peut conduire à l'anéantissement des actes d'enquête. L'exigence de délai raisonnable protège directement et exclusivement les droits de l'entreprise qui a subi les visites domiciliaires ; en l'espèce, ce délai a été de 3 ans (durée de 15 ans entre perquisitions et saisine de la Cour, diminuée du temps de la procédure judiciaire jusqu'à l'ouverture du nouveau recours, soit de 1995 à

[2] Cet arrêt a été cassé par la Cour de cassation (Cass. com., 14 février 2012, n° 11-11.750 et n° 11-13.130) pour des questions de procédure.

2008), l'autorité d'enquête ne pouvant voir ses prérogatives mises en péril par la survenance d'événements dont elle n'aurait pas maîtrisé le cours.

S'agissant des sanctions qui ont été infligées aux requérantes, la Cour a validé en tous points l'analyse à laquelle s'était livré le Conseil de la concurrence. D'une part, la Cour a confirmé l'imputabilité à la société Unibéton des pratiques commises par sa filiale, la Société méditerranéenne de béton (« *SMB* »), relevant notamment que « *l'administration de la SMB dès sa création avait été entièrement confiée à Unibéton qui assurait l'intégralité des fonctions de gestion, tant commerciales, administratives, techniques que comptables ou juridiques* ». D'autre part, sur la gravité des pratiques, la Cour a précisé que « *si la durée brève d'une pratique est un critère à prendre en compte pour atténuer la gravité du manquement, la durée pertinente n'est toutefois pas la durée du déroulement des appels d'offres eux-mêmes mais la durée de leur exécution pendant laquelle sont ressentis les effets sur le marché* » et relevé que « *les pratiques en cause ont eu une emprise significative sur les marchés du béton prêt à l'emploi concernés notamment en raison de l'appartenance de certaines entreprises à des groupes multinationaux* ». En outre, la Cour a validé l'appréciation du dommage à l'économie à laquelle avait procédé le Conseil de la concurrence, considérant que « *le dommage à l'économie est d'une indéniable importance en l'espèce (...) en raison des spécificités du marché puisque les pratiques portaient sur un matériau indispensable dans le bâtiment et les travaux publics pour lequel il n'existait, à l'époque, ni substitut ni fournisseurs alternatifs en raison des contraintes de proximité, et qu'elles ont lésé les entreprises de gros œuvre qui n'étaient pas en mesure de faire fonctionner des centrales de chantier dans des conditions d'efficacité et de coût comparable* ».

Cet arrêt du 27 janvier 2011 a été cassé par la Cour de Cassation le 14 février 2012 et renvoyé devant la Cour d'appel. Les points remis en cause sont l'impartialité de la juridiction et le délai raisonnable dans lequel doit pouvoir être exercé le recours contre l'ordonnance autorisant les visites et saisies.

Enfin, on relèvera que, dans son précédent arrêt du 13 janvier 2011 ordonnant la réouverture des débats à la suite de deux arrêts[3] de la CEDH estimant que « *n'ayant disposé que d'un pourvoi en cassation, les sociétés requérantes n'ont pas bénéficié d'un contrôle juridictionnel effectif pour contester la régularité et le bien-fondé de l'ordonnance du juge des libertés et de la détention ayant autorisé les visites et saisies (...).* », la Cour a estimé que le recours en contestation prévu par l'ordonnance du 13 novembre 2008 ne répondait pas aux exigences de l'article 6 § 1 de la Convention. Dans ce même arrêt, la Cour a considéré que l'Autorité de la concurrence, partie défenderesse devant la Cour et disposant de tous les droits inhérents à cette qualité, devait pouvoir conclure sur la portée de cet arrêt dans l'espèce.

– *Arrêt CA Paris, ch. 5-7, Orange France, 30 juin 2011 (recours contre la décision 05-D-65)*

La Cour d'appel, sur renvoi de la Cour de cassation, a rejeté le recours introduit par la société Orange France à l'encontre de la décision du Conseil de la concurrence du 30 novembre 2005 qui l'avait sanctionnée, avec SFR et Bouygues, pour avoir échangé régulièrement, entre 1997 et 2003, des informations confidentielles relatives au marché de la téléphonie mobile et pour s'être entendues, entre 2000 et 2002, afin de stabiliser leurs parts de marchés. Un arrêt de la Cour de cassation du 30 mai 2012, rejetant le pourvoi formé par Orange, a clos définitivement le litige[4].

[3] Arrêts de la CEDH du 21 décembre 2010, « Canal Plus » et « Primagaz ».

[4] Cass. com., 30 mai 2012, n° 11-22.144.

En premier lieu, sur la portée de la cassation partielle, la Cour d'appel a rappelé que « les motifs, fussent-ils le soutien nécessaire du dispositif, n'ont pas l'autorité de la chose jugée ; que c'est donc au regard de son seul dispositif qu'il y a lieu d'apprécier la portée de tout arrêt de cassation ; que, par ailleurs, l'article 624 du code de procédure civile énonce que « la censure qui s'attache à un arrêt de cassation est limitée à la portée du moyen qui constitue la base de la cassation » ; que la portée dudit moyen est nécessairement déterminée et circonscrite par le chef du dispositif de l'arrêt d'appel visé par le moyen retenu par la Cour de cassation ». En l'espèce, la Cour a estimé que, dans la mesure où la cassation ne concerne pas l'ensemble des dispositions de l'arrêt déféré du 11 mars 2009 mais uniquement celles relatives aux sanctions prononcées à l'encontre d'Orange pour avoir échangé des informations, elle se trouvait saisie de l'appréciation de la sanction dans sa globalité, en ce compris la gravité de la pratique reprochée et l'importance du dommage à l'économie.

En second lieu, la Cour a relevé que la société Orange France n'était pas fondée à minimiser la gravité de la pratique qui lui était reprochée. A cet égard, la Cour a pris en considération les éléments suivants : (i) la durée de la pratique, laquelle s'est étendue sur six années, (ii) l'absence de démarche spontanée visant à renoncer à la pratique incriminée, (iii) le caractère confidentiel et stratégique des informations échangées et (iv) la parfaite régularité des échanges au cours des six années.

Enfin, après avoir rappelé que l'article L.464-2 du code de commerce n'exige pas une évaluation chiffrée du dommage à l'économie mais seulement une appréciation de son existence et de son importance, la Cour a relevé que la pratique d'échanges d'informations a causé un dommage certain et obligé à l'économie en ce qu'elle avait significativement réduit l'incertitude sur les évolutions de la demande. En outre, la Cour a souligné que « *la création artificielle d'une structure de transparence propre aux auteurs de la pratique illicite est préjudiciable à la libre concurrence sur un marché oligopolistique par le simple fait qu'elle a un effet dissuasif en soi à l'endroit de concurrents potentiels souhaitant entrer sur ce marché (...)* ».

- Les arrêts de la Cour de cassation

En 2011, la Cour de cassation a rendu douze arrêts ayant pour origine des recours exercés contre onze décisions du Conseil de la concurrence et une décision de l'Autorité de la concurrence.

La Cour a rejeté ou déclaré non admis les pourvois formés dans sept affaires. Par un arrêt du 29 mars 2011, la Cour a corroboré en tous points l'analyse menée par le Conseil de la concurrence, et confirmée par la Cour d'appel de Paris dans son arrêt du 26 janvier 2010, relativement aux pratiques mises en œuvre par Adecco, Manpower et VediorBis - devenue Randstad - dans le secteur du travail temporaire. Dans le cadre du pourvoi formé par Expédia à l'encontre de l'arrêt de la Cour d'appel du 23 février 2010, la Cour, par décision du 10 mai 2011, a sursis à statuer et renvoyé une question préjudicielle devant la Cour de justice de l'Union européenne. Pour trois arrêts (Société Colas Midi-Méditerranée, 21 juin 2011 ; Sociétés Colas Rail et Vecchetti, 2 novembre 2011 ; Sociétés Veolia Transport, Keolis et Transdev, 15 novembre 2011), la Cour de Cassation a considéré que la même formation de jugement ne pouvait examiner la légalité de l'ordonnance ayant autorisé les visites et saisies puis statuer sur le bien-fondé des griefs sans encourir le reproche de partialité. Les affaires en cause qui remontent à de nombreuses années (plus de dix ans) vont donc être à nouveau jugées en appel.

– *Cour de cassation, 1er mars 2011, Total Réunion (décision n°08-D-30, CA Paris 24 novembre 2009)*

Sur la notion d'affectation du commerce intra-communautaire, la Cour de cassation valide l'analyse de la Cour d'appel qui conclut que le commerce entre Etats membres est susceptible

d'être affecté mais elle censure les modalités d'examen de la sensibilité de l'affectation. En effet, sur ce dernier point, la Cour de cassation n'aurait pas dû se déterminer en tenant compte de la taille des entreprises et du lieu de leurs activités alors que ces éléments étaient insuffisants pour établir le caractère sensible de l'affectation du commerce entre États membres, s'agissant d'une entente ne couvrant qu'une partie d'un État. L'atteinte devait être appréciée en tenant compte du volume de ventes affecté par la pratique par rapport au volume de ventes global des produits en cause à l'intérieur de cet État.

– *Cour de cassation, ch. Comm., 29 mars 2011, Manpower France Holding et Manpower France*

Par un arrêt en date du 29 mars 2011, la Cour a rejeté l'ensemble des pourvois formés à l'encontre de l'arrêt de la Cour d'appel du 26 janvier 2010 qui confirmait la décision du Conseil de la concurrence relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du travail temporaire par les sociétés Adia, Adecco, Manpower et VediorBis.

La Cour a tout d'abord rejeté le grief soulevé par les sociétés Manpower selon lequel la possibilité qui leur était offerte de solliciter le déclassement des messageries électroniques de salariés de la société VediorBis n'était pas effective dans la mesure où, ne connaissant pas son contenu, elles étaient dans l'impossibilité de démontrer que ces messageries contenaient des éléments indispensables à l'exercice de leurs droits de la défense. A cet égard, la Cour a précisé que si les messageries ont, dans un premier temps, été assimilées à des pièces uniques et régulièrement classées en annexe confidentielle, certains éléments des messageries ont, suite à la demande du rapporteur, été déclassés et ainsi soumis au débat contradictoire. En outre, la Cour a relevé que les sociétés Manpower n'avaient pas démontré que la possibilité qui leur était offerte de solliciter le déclassement de cette pièce – faculté qu'elles n'ont pas exercé alors qu'elle leur était pourtant ouverte par l'article R.463-15 du code de commerce – aurait été vouée à l'échec.

La Cour a également écarté le moyen soulevé par les sociétés Manpower relativement à la portée de la procédure de non-contestation des griefs, ces dernières soutenant que le Conseil de la concurrence ne pouvait décider que l'entente était acquise entre les entreprises ayant renoncé à contester les griefs et se borner à établir la participation des entreprises n'ayant pas eu recours à cette procédure. Sur ce point, la Cour a estimé que les sociétés Adia, Adecco et VediorBis n'ayant pas contesté les griefs qui leur étaient notifiés et n'ayant ainsi remis en cause ni la matérialité des faits, ni leur qualification juridique, ni leur imputabilité, « *c'est à bon droit que la Cour d'appel a jugé que le Conseil avait justement décidé qu'en conséquence seule la question de la participation des sociétés Manpower aux pratiques anticoncurrentielles reprochées devait être discutée* ».

Sur la prise en compte de la situation de crise économique affectant le secteur concerné, la Haute juridiction a jugé que « les éventuelles difficultés du secteur concerné par les pratiques ne figurent pas parmi les critères énumérés par l'article L.464-2 du code de commerce et que seules les difficultés rencontrées individuellement par les entreprises peuvent être prises en compte dans le calcul de la sanction ».

Enfin, la Cour a écarté le moyen soulevé par VediorBis selon lequel la Cour d'appel ne pouvait retenir une circonstance de réitération en se fondant sur une première décision du Conseil qui concernait une entente locale et limitée à un secteur d'activité pour sanctionner une entente nationale intervenue dans différentes branches d'activité. La Cour a confirmé que la réitération pouvait être retenue sans que la Cour d'appel ait « *à procéder à une analyse des circonstances précises dans lesquelles les pratiques précédemment sanctionnées avaient été mises en œuvre* » dans la mesure où une précédente infraction avait été constatée par une

décision rendue avant la commission des nouvelles pratiques et devenue définitive à la date à laquelle le Conseil avait statué dans la nouvelle affaire et compte tenu du fait que les nouvelles pratiques étaient identiques par leur nature et leur objet aux précédentes.

– *Cour de cassation, ch. Comm., 10 mai 2011, Expédia*

A la suite de pourvois formés contre l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 23 février 2010, qui avait confirmé la décision du Conseil de la concurrence relative à des pratiques mises en œuvre par la SNCF et Expedia Inc. dans le secteur de la vente de voyages en ligne, la Cour de cassation a rendu deux arrêts le 10 mai 2011. Dans un premier arrêt, elle donne acte à la société Karavel de son désistement. Dans un second arrêt, rendu sur le pourvoi de la société Expédia, la Cour surseoit à statuer et renvoie une question préjudicielle devant la CJUE.

La société Expédia reprochait à la Cour d'appel d'avoir considéré que le Conseil n'était pas tenu de faire application de la règle *de minimis* au motif que l'article L.464-6-1 du code de commerce accorde une simple faculté pour le Conseil de ne pas poursuivre la procédure lorsque, en matière d'entente, hors les marchés publics, la part de marché cumulée des entreprises en cause ne dépasse pas 10% dès lors que ces dernières sont concurrentes sur les marchés concernés. En outre, la Cour d'appel avait estimé que « *si l'article 3.2 du Règlement 1/2003 dispose que « l'application du droit national de la concurrence ne peut entraîner l'interdiction d'accords […] qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre Etats membres mais qui n'ont pas pour effet de restreindre la concurrence au sens de l'article [101§1] du Traité », cela n'interdit pas aux autorités nationales de la concurrence de poursuivre des pratiques ayant pour objet ou effet de restreindre la concurrence au sens de l'article [101§1] du Traité et de l'article L.420-1 du code de commerce, quand bien même les entreprises auteurs de ces pratiques rempliraient les critères susceptibles d'autoriser une exemption de poursuite* ».

Saisie d'un pourvoi, la Cour de cassation a sursis à statuer et a posé à la CJUE la question préjudicielle suivante : « l'article 101§1, du TFUE et l'article 3-2, du règlement n° 1/2003 doivent-ils être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à ce qu'une pratique d'accords, de décisions d'associations d'entreprises, ou de concertation qui est susceptible d'affecter le commerce entre Etats membres, mais qui n'atteint pas les seuils fixés par la Commission européenne dans sa communication du 22 décembre 2001 concernant les accords d'importance mineure qui ne restreignent pas sensiblement le jeu de la concurrence au sens de l'article 81 paragraphe 1 du traité instituant la Communauté européenne (de minimis) (JOCE C 368/13), soit poursuivie et sanctionnée par une Autorité nationale de concurrence sur le double fondement de l'article 101§1, du TFUE et du droit national de la concurrence ? ».

L'avocat général Juliane Kokott a rendu ses conclusions le 6 septembre 2012 dans lesquelles elle propose à la CJUE de répondre en deux temps : d'une part, « *l'article 81, paragraphe 1, CE et l'article 3, paragraphe 2, du règlement (CE) n° 1/2003 doivent être interprétés en ce sens que l'autorité de la concurrence d'un Etat membre peut considérer comme anticoncurrentiel et poursuivre et réprimer à ce titre un accord entre entreprises, même si les seuils de parts de marché définis par la Commission dans sa « communication de minimis » ne sont pas atteints, à condition toutefois que l'autorité nationale ait dûment pris en considération cette communication et prouve par d'autres moyens que l'accord a pour objet ou pour effet de restreindre sensiblement le jeu de la concurrence* » et, d'autre part, « *la « communication de minimis » de la Commission doit être interprétée en ce sens que les seuils de parts de marché qui y sont définis dont dénués de pertinence lorsqu'il s'agit de déterminer si des accords poursuivant un objet anticoncurrentiel entraînent une restriction sensible du jeu de la concurrence* ».

– *Cour de cassation, ch. Comm., 21 juin 2011, Colas Midi-Méditerranée*

La Cour de cassation a cassé l'arrêt de la Cour d'appel en date du 26 juin 2009 qui avait annulé la décision du Conseil de la concurrence – sanctionnant 14 entreprises en raison de leur participation à une concertation dans le cadre de la passation de marchés publics dans le secteur des travaux d'aménagement routier, terrassement, pose de canalisations et assainissement dans le département du Var - à l'égard de la société Colas Midi-Méditerranée au motif que la présence du rapporteur ou du rapporteur général au délibéré, même sans voix délibérative, méconnaissait les exigences du procès équitable posées par l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme (« *CEDH* »).

La Cour a écarté le grief soulevé par la société Colas Midi-Méditerranée qui faisait valoir que l'atteinte au principe d'impartialité entachait la procédure d'instruction d'irrégularité, considérant que « *la présence du rapporteur ayant instruit l'affaire traitée ainsi que du rapporteur général au délibéré de la décision du Conseil ne saurait entacher l'instruction, antérieure à ce délibéré, d'une méconnaissance du principe de la séparation des fonctions et porter atteinte aux droits de la défense* ».

En revanche, la Cour a accueilli l'argument de la requérante relatif à la violation du principe d'impartialité dès lors que la Cour d'appel serait conduite, siégeant dans la même composition, à se prononcer à la fois sur la régularité de l'ordonnance d'autorisation des opérations de visite et saisie et sur le fond de l'affaire.

– *Cour de Cassation, ch. Comm., 2 novembre 2011, Colas Vecchietti*

La Cour de cassation confirme que seules les personnes visées par l'ordonnance de visite et saisie sont recevables à former le recours ouvert par l'article 5 IV de l'ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008.

La Cour casse et annule l'arrêt déféré en considérant qu'une même formation de jugement ne peut statuer sur le recours exercé contre l'ordonnance d'autorisation de visite et saisie et sur le recours dirigé contre la décision de l'Autorité de la concurrence. Pour la Cour, l'examen de l'existence de présomptions de pratiques anticoncurrentielles autorisant les visites et saisies par la même formation de jugement que celle appelée à statuer sur le bien-fondé des griefs retenus et de la sanction prononcée au titre de ces pratiques est de nature à faire naître un doute raisonnable sur l'impartialité de la juridiction.

– *Cour de cassation, ch. Comm., 15 novembre 2011, Veolia Transport, Kéolis et Transdev*

La Cour de cassation a déclaré irrecevable le pourvoi formé par la société Kéolis et cassé partiellement l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 15 juin 2010 qui, sur renvoi après cassation partielle, avait déclaré irrecevables et rejeté les pourvois formés par les sociétés Veolia Transport, Kéolis et Transdev à l'encontre de la décision du Conseil de la concurrence les sanctionnant pour entente sur le marché du transport public urbain de voyageurs.

La Cour a écarté l'argument soulevé par les sociétés Kéolis et Transdev selon lequel, au regard de l'article 615 du code de procédure civile, il existait un lien d'indivisibilité entre les parties résultant de leur participation à une même entente de sorte que le rejet du pourvoi en cassation de l'une d'elles ne faisait pas obstacle à ce qu'elle profite de la cassation intervenue sur le pourvoi d'une autre partie. Sur ce point, après avoir rappelé que « *l'indivisibilité au sens des dispositions de l'article 615 du code de procédure civile est caractérisée lorsqu'il existe une impossibilité juridique d'exécution simultanée de deux décisions, tenant à leur contrariété irréductible* », la Cour a considéré que le seul fait qu'un même grief ait été

reproché aux parties requérantes ne suffit pas à satisfaire la condition d'indivisibilité « *dès lors qu'au regard de ce grief notifié séparément à chacune de ces entreprises, le Conseil leur a infligé, après l'avoir déterminée de manière individuelle, une sanction qui peut être appréciée, puis, le cas échéant, exécutée séparément* ».

En revanche, la Cour a accueilli le pourvoi formé par la société Véolia qui alléguait la violation du principe d'impartialité dès lors que la Cour d'appel serait conduite, siégeant dans la même composition, à se prononcer à la fois sur la régularité de l'ordonnance d'autorisation des opérations de visite et saisie et sur le fond de l'affaire.

- Résumé des arrêts du Conseil d'Etat

53. Le Conseil d'Etat, compétent pour examiner les recours contre les décisions de concentration, ne s'est pas prononcé au cours de l'année 2011.

2.1.3 Description des affaires importantes, notamment celles qui ont des conséquences sur le plan international

- Décision 11-D-17 du 8 décembre 2011 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des lessives

L'Autorité de la concurrence a sanctionné en 2011 un cartel d'envergure dans le secteur des lessives sur la base d'une demande de clémence sollicitée en mars 2008 par l'un des producteurs de lessive (Unilever). Par la suite, les trois autres grands fabricants de lessive (Henkel, Procter & Gamble et Colgate-Palmolive) ont successivement déposé devant l'Autorité une demande de clémence, faisant de cette affaire le plus important dossier de clémence que l'Autorité ait eu à connaître. Sur la base des pièces ainsi fournies par les parties, l'Autorité a sanctionné une entente entre les quatre fabricants de lessive actifs en France qui, entre 1997 et 2004 (avec une interruption entre 1998 et 1999), ont coordonné leurs stratégies commerciales en décidant en commun les prix de vente et les promotions qu'ils entendaient pratiquer auprès de la grande distribution.

Cette entente se matérialisait par des réunions régulières entre les directeurs commerciaux des filiales françaises, dont l'offre cumulée représentait 85% des ventes sur le marché français, et portait sur l'ensemble des gammes des grandes de marques de lessive commercialisées en France ainsi que sur l'ensemble des formats de lessive. Un suivi de la mise en œuvre des accords était mis en place par le biais notamment des dépliants publicitaires de la grande distribution sur lesquels figuraient les prix des lessives standard pratiqués par chacun des concurrents. L'Autorité a constaté que ces pratiques ont eu un effet inflationniste sur le prix payé par les consommateurs pour leurs achats d'un produit de grande consommation pendant près de six ans et ont maintenu des niveaux de promotion artificiellement bas. En outre, les quatre entreprises représentaient ensemble, à l'époque des faits, la majeure partie de l'offre sur le marché français (environ 85% des ventes de lessives).

Ayant été la première à dénoncer l'entente, Unilever a bénéficié d'une immunité totale. Quant aux trois autres fabricants de lessive, ils ont bénéficié d'une exonération partielle, calculée en fonction de la valeur ajoutée des pièces produites – qui dépend elle-même du rang dans lequel les entreprises ont présenté leur demande de clémence – et de la coopération dont ils ont fait preuve pendant toute la phase d'enquête et d'instruction menée par l'Autorité.

- Décision 11-D-11 du 7 juillet 2011 relative à des pratiques mises en œuvre par le Groupement des Cartes Bancaires

Les cartes bancaires constituent le premier moyen de paiement scriptural en France en volume d'utilisation. Les commissions sur les cartes de paiement fixées en commun par le Groupement

des Cartes Bancaires (« *GIE CB* ») – qui regroupe plus de 130 acteurs bancaires - n'avaient pas évolué depuis 20 ans malgré l'évolution des techniques de lutte contre la fraude, des positions bancaires, la baisse des coûts et la généralisation de la carte de paiement, ce qui était de nature à faire douter de leur compatibilité avec les conditions de progrès économique fixées dans l'article 101, paragraphe 3 TFUE. L'Autorité a, dans ce cadre, ouvert une procédure à l'encontre du GIE cartes bancaires et de ses adhérentes et leur a communiqué, dans une évaluation préliminaire, ses préoccupations de concurrence.

A l'issue de deux séances qui ont permis de confronter le point de vue des organisations saisissantes (la Fédération des entreprises, du Commerce et de la Distribution et le Conseil du Commerce de France) et des banques, l'Autorité a obtenu que le GIE CB aille plus loin dans les engagements qu'il avait proposés au cours de l'instruction : (i) les baisses des commissions interbancaires se sont ainsi avérées plus importantes que celles initialement prévues, et ont été portées à 21% pour les commissions de retrait, 36% pour les commissions de paiement et 44% pour les commissions de capture (ii) leur périmètre a été élargi, comprenant non seulement les cartes « consommateur » mais également les cartes professionnelles.

Dans le prolongement de cette décision, l'Autorité a mis en place un comité de pilotage le 6 février 2012 dont la mission est de définir, en coopération avec toutes les parties concernées ainsi que le régulateur sectoriel et la Commission européenne, les conditions de mise en œuvre d'un test dit « d'indifférence du commerçant » ou « test du touriste » qui servira à l'avenir à apprécier le montant des commissions interbancaires (ce test consiste à vérifier que les commissions d'interchange ne dépassent pas un seuil correspondant à l'indifférence des commerçants entre un paiement par carte et un paiement en espèces).

Dans le cadre de l'examen des commissions interbancaires sur l'ensemble des moyens de paiement, l'Autorité a également obtenu, le 5 juillet 2012, des engagements des banques françaises consistant à supprimer à compter du 1er septembre 2013 les principales commissions interbancaires appliquées aux prélèvements, virements, titres interbancaires de paiements (« TIP »), télérèglements et lettres de change, après une période intermédiaire pendant laquelle ces commissions sont réduites de 50%, du 1er septembre 2012 au 1er septembre 2013 (décision 12-D-17).

2.2 Fusions et acquisitions

54. Depuis la LME, le contrôle des opérations de concentrations a été transféré du ministre de l'Economie à l'Autorité de la concurrence, qui reçoit les notifications des projets de fusions, et autorise ou non l'opération après une analyse concurrentielle de "phase 1", ou un examen approfondi de "phase 2", en cas de doute sérieux d'atteinte à la concurrence.

55. L'Autorité de la concurrence peut (i) autoriser une concentration sans condition, (ii) sous réserve d'engagements proposés par les parties, (iii) sous réserve d'injonctions ou (iv) interdire la concentration.

56. Pour autant, le Ministre :

- À l'issue de la phase 1, peut demander à l'Autorité de conduire un examen approfondi de phase 2. L'Autorité peut donner suite ou non à cette demande.
- À l'issue de la phase 2, peut évoquer et statuer sur l'opération en cause par une décision motivée pour des motifs d'intérêt général autres que la concurrence. A ce jour, cette faculté n'a jamais été mise en œuvre.

57. Dans ce cadre, le rôle de la DGCCRF est de faire connaître au Ministre en quoi les décisions de l'Autorité et les engagements souscrits sont susceptibles d'interagir sur d'autres aspects d'intérêt général**.** Les motifs d'intérêt général autres que le maintien de la concurrene pouvant conduire le ministre chargé de

l'Économie à évoquer l'affaire sont, 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.

58. L'Autorité de la concurrence a publié en décembre 2009 des lignes directrices sur le contrôle des concentrations qui se sont substituées à celles éditées en 2004 par la DGCCRF, qu'elles actualisent et complètent. Ce document constitue un mode d'emploi complet pour les entreprises, sur la procédure applicable, les critères utilisés pour l'analyse concurrentielle ou les différents types de décisions qui peuvent être prises à l'issue de la procédure. Elles traduisent l'unification de la procédure grâce au nouveau rôle de guichet unique de l'Autorité, reflètent les modifications introduites par la LME, notamment le raccourcissement des délais, introduisent de nouvelles simplifications au bénéfice des entreprises (dossiers et décisions simplifiés, restrictions accessoires), mettent l'analyse économique concrète au premier plan et assurent davantage de convergence avec les méthodes d'analyse européenne.

2.2.1 Statistiques sur le nombre, la taille et le type de fusions notifiées ou soumises à un contrôle

59. En 2011, l'Autorité a été saisie de 231 notifications d'opérations de concentration, et a rendu 215 décisions. Outre une décision d'inapplicabilité du contrôle, l'Autorité a rendu 213 décisions d'autorisation en phase 1 et une décision en phase 2 qui a concerné la prise de contrôle exclusif de la société Quartier Français Spiritueux par la Compagnie Financière Européenne de Prise de Participation (décision 11-DCC-187 du 13 décembre 2011). Parmi ces autorisations, 7 ont été données sous réserve de mise en œuvre d'engagements – dont cinq en phase 1 et deux en phase 2 (Tatex/Geodis puis abandon de l'opération et Quartier Français Spiritueux/ Compagnie Financière Européenne de Prise de Participation).

60. Au 23 juillet 2012, l'Autorité a rendu 102 décisions dans le cadre du contrôle des concentrations dont 99 en phase 1 et 3 en phase 2. On relève que 92 d'entre elles ont été autorisées sans engagement, 8 avec engagements, 1 avec injonction. 1 décision a constaté l'inapplicabilité du contrôle.

61. La Commission européenne a renvoyé en 2011 à l'Autorité l'examen de deux opérations en application de l'article 4§4 du Règlement 139/2004 relatif au contrôle des concentrations (l'acquisition du groupe Saturn par le groupe HTM et la prise de contrôle exclusif du groupe Brossette par le groupe Point P). En 2012, l'Autorité a également autorisé, après renvoi de la Commission européenne, la prise de contrôle exclusif de la société Guyenne et Gascogne SA par la société Carrefour SA ainsi que la prise de contrôle exclusif du groupe Kéolis par la SNCF sous réserve du maintien des engagements souscrits en 2010.

62. Près de la moitié (47%) des décisions rendues en 2011 ont concerné le secteur du commerce de détail (notamment alimentaire et automobile), conséquence du niveau moins élevé des seuils de notification pour cette activité. En outre, 12% des décisions rendues ont concerné l'industrie, 8% les services aux entreprises, 8% le commerce de gros, 6% l'agroalimentaire, 5% la banque et la finance, les 14% restants concernant diverses activités.

2.2.2 Description des affaires importantes

- <u>Décision 11-DCC-34, 25 février 2011, Ne Varietur et GDF Suez</u>

  L'Autorité de la concurrence a examiné les effets unilatéraux de l'achat par le groupe GDF Suez de l'ensemble des activités du groupe Ne Varietur – actif notamment sur le marché de la gestion déléguée des réseaux de chaleur, dont il détenait préalablement 34% du capital, mais qui acquerrait, du fait de l'acquisition, un contrôle exclusif sur ce dernier, qui se comportait jusqu'alors comme un concurrent de GDF Suez.

L'Autorité a relevé que le marché des réseaux de chaleur en France, bien que fonctionnant essentiellement sur appels d'offres, était caractérisé par (i) un petit nombre d'appels d'offres par an, (ii) une durée très longue des contrats de délégation de service public (de 12 à 24 ans), (iii) un nombre d'offreurs restreints et (iv) l'importance des barrières à l'entrée pour les concurrents dans les régions où le groupe sera fortement implanté à l'issue de l'opération (en Bourgogne et Pays-de-la-Loire).

En outre, l'Autorité a considéré que, dans la mesure où Ne Varietur était partiellement sous-traitant de l'exploitation du réseau de la ville de Meaux pour le compte de Coriance, l'opération envisagée conduisait à restreindre les chances de Coriance de présenter une candidature crédible au renouvellement de la délégation de service public prévue dans quatre ans et, en conséquence, à restreindre davantage la compétitivité de la frange concurrentielle.

Dans le contexte spécifique d'un marché d'appel d'offres, l'Autorité a accepté les engagements comportementaux présentés par GDF Suez consistant, d'une part, à conférer aux collectivités de Montceau-les-Mines (Bourgogne) et de Saint-Pierre-des-Corps (située dans la proximité immédiate de Tours et de la région Pays-de-la-Loire), le droit de résilier unilatéralement et sans indemnité leurs contrats de délégation de service public en cours avec les filiales de Ne Varietur et, d'autre part, à octroyer à Coriance un droit de résiliation unilatéral sans indemnité du contrat de sous-traitance la liant à Ne Varietur pour l'exploitation du réseau de chaleur de la ville de Meaux.

- Décision 11-DCC-87, 10 juin 2011, Saturn et HTM

A la suite d'une décision de renvoi de la Commission européenne en date du 24 janvier 2011, en application de l'article 4§4 du Règlement (CE) n° 139/2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, l'Autorité de la concurrence a rendu sa décision relative à la prise de contrôle exclusif des magasins français Saturn - exploités par la société Média Concorde SNC - par le groupe High Tech Multicanal (« *HTM* ») qui exploite des magasins sous l'enseigne Boulanger. Les parties à l'opération sont toutes deux actives sur le marché de la vente au détail de produits électrodomestiques.

Si l'Autorité a estimé que l'opération ne soulevait aucun problème de concurrence sur le marché amont de l'approvisionnement, elle a en revanche constaté que l'opération envisagée conduisait à des effets unilatéraux en ce qu'elle renforçait significativement la présence des enseignes de la future entité sur sept zones de chalandise (Aubergenville, Mulhouse, Angers, Le Havre, Toulon, Tours et Avignon) sans que les concurrents soient en mesure d'exercer une pression concurrentielle suffisante.

Afin de remédier aux risques d'atteinte à la concurrence, HTM s'est engagé à des remèdes structurels, c'est-à-dire la cession de cinq points de vente Saturn dans les villes d'Aubergenville, Mulhouse, Angers, Le Havre et Toulon et un point de vente Boulanger à Tours, et à un remède comportemental, la renonciation au projet d'ouverture du magasin Saturn de Vedène près d'Avignon.

- Décision 11-D-12, 20 septembre 2011, Vivendi et Groupe Canal Plus/TPS et CanalSatellite

Le ministre de l'Economie avait autorisé l'acquisition de TPS et CanalSatellite par Vivendi Universal et Canal Plus le 30 août 2006, qui aboutissait à la création d'un monopole de fait dans le secteur de la télévision payante sous réserve du respect de 59 engagements comportementaux.

Après avoir mené une enquête contradictoire, l'Autorité de la concurrence a constaté que le Groupe Canal Plus avait manqué à dix des engagements, qui étaient au cœur du dispositif visant à préserver la concurrence, et consistaient à mettre à disposition, auprès de tous les distributeurs de

télévision payante, sept chaînes de qualité afin de préserver l'attractivité de bouquets concurrents, et à négocier de façon non-discriminatoire et transparente avec les éditeurs de chaînes indépendantes. L'Autorité a, en conséquence, imposé une sanction de 30 millions d'euros et retiré la décision d'autorisation en application du IV de l'article L. 430-8 du code de commerce.

A la suite de cette décision, le Groupe Canal Plus a notifié l'opération à l'Autorité de la concurrence le 24 septembre 2011. Cette dernière l'a examinée au regard des conditions de marché actuelles et a rendu sa décision, à l'issue d'un examen approfondi, le 23 juillet 2012.

Le groupe Canal Plus a formé un recours devant le Conseil d'Etat tendant à la suspension de la décision de retrait de l'autorisation en date du 20 septembre 2011. Dans le cadre de ce recours, le Conseil d'Etat a partiellement transmis au Conseil constitutionnel la question prioritaire de constitutionnalité soulevée par la requérante. Le Conseil constitutionnel a déclaré conformes à la Constitution les dispositions législatives qui lui étaient soumises. Il a jugé que la sanction de l'inexécution d'engagements conditionnant l'autorisation d'une concentration était conforme à la liberté d'entreprendre et que la séparation fonctionnelle entre l'instruction et la décision était conforme au principe d'impartialité.

- Décision 11-DCC-150, 10 octobre 2011, Elle-et-Vire et Agrial

L'Autorité de la concurrence a examiné la prise de contrôle exclusif de la coopérative Elle-et-Vire, active dans la collecte de lait et les activités cidricoles, par le groupe coopératif Agrial.

La cession de l'activité cidricole d'Elle-et-Vire à Agrial était déjà intervenue le 30 juin 2009 sans qu'elle ait été soumise au contrôle des concentrations puisqu'elle n'atteignait pas les seuils de notification prévus au code de commerce. Cependant, en application du point 63 de ses lignes directrices, qui reprennent l'article 5, paragraphe 2, deuxième alinéa, du règlement (CE) no 139/2004, l'Autorité de la concurrence est compétente pour examiner les effets d'opérations successives entre les mêmes acheteur et acquéreur dans un délai de deux ans si les opérations, même non contrôlables individuellement, atteignent, du fait de leur cumul, les seuils de contrôle.

Dans son analyse, l'Autorité a identifié des effets unilatéraux ainsi que des risques de verrouillage vertical du marché de la distribution de produits d'agrofourniture auprès des producteurs laitiers.

D'une part, l'Autorité a relevé que la nouvelle entité détiendrait de très fortes parts de marché sans que les concurrents présents ou potentiels soient en mesure d'exercer une pression concurrentielle suffisante. Afin d'éviter le renforcement de sa position dominante sur le marché du cidre en France, le groupe coopératif Agrial s'est engagé à céder deux cidreries acquises en 2009 situées sur les communes de Condé-sur-Vire (50) et Cahagnes (14) avec l'ensemble des actifs et des contrats nécessaires au fonctionnement de celles-ci.

D'autre part, l'Autorité a constaté que la grande majorité des producteurs de lait collecté par la coopérative Elle-et-Vire n'auront pas d'autre choix que de rejoindre la coopérative Agrial pour sécuriser leurs débouchés. Si tout risque d'exploitation de la puissance d'achat d'Agrial sur le marché de la collecte de lait a pu être écarté, le groupe coopératif pourrait en revanche en user sur le marché de la distribution de produits d'agrofourniture en conditionnant la collecte de lait à une obligation préalable, pour les exploitants agricoles, d'acheter leurs semences, engrais, produits phytosanitaires et aliments pour bétail auprès de son réseau de distribution.

Afin d'éliminer le risque de verrouillage du marché de la distribution de produits d'agrofourniture auprès des producteurs laitiers, Agrial a proposé à l'Autorité des engagements

comportementaux consistant à modifier ses statuts et à ouvrir aux exploitants agricoles la possibilité de s'approvisionner, pour l'alimentation de leurs animaux et autres produits d'agrofourniture, auprès des distributeurs de leur choix.

- Décision 11-DCC-187, 13 décembre 2011, Quartier Français Spiritueux (QFS) et Compagnie Financière Européenne de Pris de Participation (Cofepp)

  L'Autorité de la concurrence a examiné la prise de contrôle exclusif par la Cofepp du groupe QFS, détenu par l'Union coopérative sucrière Tereos (décision d'autorisation 10-DCC-51 du 28 mai 2010) active dans le secteur du sucre et des spiritueux. L'Autorité a décidé d'ouvrir une phase d'examen approfondi de l'opération dans la mesure où la position de la nouvelle entité était importante (parts de marché de 64% à 95%) sur les marchés de la production et de la vente de rhum, d'une part, et sur celui de la production et la commercialisation d'autres spiritueux destinés à être vendus sous marque de distributeur (« *MDD* »), d'autre part.

  L'Autorité a identifié des effets unilatéraux. Elle a estimé que l'opération aurait permis à la Cofepp de rassembler la majeure partie des marques de rhum disposant d'une forte notoriété, les rhums La Mauny, Trois Rivières et Charrette s'ajoutant ainsi aux marques déjà détenues par la Cofepp, notamment Dillon, Saint James et Negrita. Concernant le rhum vendu sous MDD, la Cofepp et QFS étant les deux principaux fournisseurs de la grande distribution, l'Autorité a considéré que l'opération envisagée emportait le risque de réduire significativement l'intensité de la concurrence aux dépens de la grande distribution et *in fine* des prix de ces produits pour les consommateurs.

  L'Autorité a autorisé l'opération sous réserve d'engagements structurels et comportementaux permettant de remédier aux risques d'atteinte à la concurrence. La Cofepp s'est engagée à céder l'ensemble des actifs de QFS à la Martinique et à céder la marque de rhum Charrette et la distillerie de Savanna à La Réunion. Par ailleurs, la Cofepp s'est engagée à fournir annuellement des volumes de rhum contingentés à La Réunion afin de compléter les quantités dont disposera le repreneur de la marque Charrette pour en assurer le développement et à les mettre à la disposition d'opérateurs tiers actifs sur les marchés de la vente de rhum sous MDD.

3. Le rôle des autorités chargées de la concurrence dans la formulation et la mise en œuvre des autres politiques, par exemple les mesures de réforme réglementaire, les mesures de politique commerciale ou les mesures de politique industrielle

63. La mise en œuvre de la faculté reconnue à l'Autorité, depuis la LME, de pouvoir s'exprimer de sa propre initiative sur des questions générales de concurrence lui permet d'établir le bilan concurrentiel d'un texte en vigueur ou en projet, d'analyser un secteur économique (enquête sectorielle) ou de proposer un diagnostic assorti de recommandations pour résoudre un problème de concurrence. Dans certains cas, les enquêtes sectorielles peuvent également faciliter l'auto-évaluation par les opérateurs de leurs pratiques, et, le cas échéant, encourager l'adoption de nouvelles pratiques conformes au droit de la concurrence. Se maintenant à un niveau élevé en 2011 (38 demandes d'avis), les saisines de l'Autorité pour avis sont particulièrement soutenues dans certains secteurs, tels que les télécommunications et le secteur ferroviaire. En 2011, l'Autorité a également mis en œuvre sa capacité d'initiative en matière d'enquêtes sectorielles en se prononçant sur les jeux en ligne et en lançant deux enquêtes sectorielles, l'une sur le commerce en ligne, l'autre sur la réparation automobile.

3.1 Avis 11-A-02, 20 janvier 2011, jeux d'argent et de hasard en ligne

64. S'étant saisie de sa propre initiative, l'Autorité de la concurrence a rendu un avis sur les questions de concurrence soulevées par l'ouverture du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne. La loi du 12

mai 2010 a ouvert à la concurrence les jeux en ligne tout en conservant à la Française des jeux et au Pari Mutuel Urbain (« *PMU* ») le monopole de la collecte de paris dans les réseaux physiques. Si l'Autorité a constaté que le maintien de ce monopole n'était pas, en soi, contraire au droit de la concurrence, elle a observé que les conditions n'en ont pas été suffisamment aménagées afin de laisser un réel espace de concurrence aux opérateurs alternatifs uniquement présents sur les jeux en ligne qui ne disposent pas d'un réseau de distribution physique. L'Autorité a recommandé à ce titre trois mesures principales :

- La séparation juridique et fonctionnelle des activités des deux opérateurs historiques selon qu'ils proposent des paris en ligne ou dans les cafés et bars-tabac, ainsi que l'utilisation d'un nom commercial et d'enseignes différentes,
- la clarification de la loi afin d'assurer aux opérateurs alternatifs qu'ils puissent abonder les gains entre les courses sous la forme d'un report, en l'absence de gagnant, des sommes normalement affectées à la combinaison gagnante sur une ou plusieurs courses ultérieures. Cette mesure est indispensable pour permettre aux opérateurs alternatifs de concurrencer effectivement le PMU, qui est le seul opérateur actif à la fois dans l'organisation des évènements sportifs et dans l'offre de paris en proposant des paris complexes. L'Autorité a, en revanche, écarté le principe d'une mutualisation de la masse collectée par le PMU pour tous les opérateurs.
- L'octroi au régulateur sectoriel, l'Autorité de régulation des jeux en ligne (« *ARJEL* »), d'un pouvoir de surveillance et de sanction en matière de diffusion transparente et non discriminatoire des données de courses hippiques.

65. Par ailleurs, l'Autorité s'est interrogée sur la barrière à l'entrée que peut représenter le niveau du « droit au pari », droit de propriété intellectuelle détenu par les clubs sportifs et a proposé d'instituer un mécanisme de règlement des différends dans les mains du régulateur sectoriel, l'ARJEL.

3.2 Avis 11-A-05, 8 mars 2011, marchés de gros du haut débit et du très haut débit

66. L'Autorité de la concurrence a été saisie pour avis le 26 janvier 2011 par l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (« *ARCEP* ») afin d'étudier le dispositif de régulation envisagé par le régulateur sectoriel concernant les marchés de gros du haut débit et du très haut débit pour la période 2011-2014. Il s'agit du troisième cycle d'analyse de ces marchés.

67. Se félicitant du succès de la régulation dans le secteur de l'Internet haut débit qui vaut notamment à la France d'être régulièrement citée en exemple pour le dynamisme de son marché, l'Autorité a souligné, pour les zones denses où plusieurs opérateurs alternatifs font désormais jeu égal avec l'opérateur historique (Orange) sur le marché résidentiel et dominent le marché de gros des offres activées, que la régulation *ex ante* qui impose aujourd'hui à France Télécom de fournir des offres de gros doit être allégée au profit de l'application du droit commun de la concurrence. En revanche, s'agissant des zones moins denses et de la clientèle professionnelle, une action soutenue du régulateur demeure nécessaire, selon l'Autorité, compte tenu de la forte position de l'opérateur historique.

68. L'Autorité a préconisé la mise en place d'une clause de rendez-vous à 18 mois pour évaluer l'efficacité du dispositif de régulation du déploiement de la fibre optique, amenée à terme à remplacer la paire de fil de cuivre de France Télécom. Cette étape à mi-parcours de l'analyse des marchés devrait permettre de déterminer si les possibilités d'investissement des différents opérateurs dans les réseaux étaient insuffisantes ou si les consommateurs disposaient d'une liberté de choix trop réduite. Dans ce cas, la régulation pourrait favoriser une concurrence par les services en imposant de manière plus large la fourniture d'offres de gros d'accès à la fibre optique.

69. Concernant la montée en débit dans les zones rurales et périurbaines, l'Autorité a salué les travaux menés par l'ARCEP pour permettre aux collectivités territoriales d'accroître rapidement les débits disponibles sur leur territoire sans pénaliser la concurrence à laquelle les consommateurs sont attachés, répondant ainsi aux préoccupations qu'elle avait formulées dans son avis 09-A-57. L'Autorité a rappelé, qu'en tout état de cause, la modernisation du réseau téléphonique de France Télécom ne constitue qu'une des réponses possibles pour accroître les débits sur les territoires. L'opérateur historique pourrait en effet avoir intérêt à retarder le déploiement de la fibre optique, dans un contexte où le dégroupage régresse.

70. Enfin, l'Autorité a invité l'ARCEP à conduire des travaux en vue de préciser les modalités d'utilisation éventuelle de la faculté qui lui est désormais reconnue, du fait de la transposition du dernier paquet « télécoms », d'imposer à France Télécom une séparation fonctionnelle entre les activités qui resteront durablement en monopole et celles qui relèvent du champ concurrentiel.

3.3 Avis 11-A-10, 29 juin 2011, tarif social de l'Internet haut débit

71. L'Autorité de la concurrence a été saisie pour avis le 8 mars 2011 par le ministre de l'Economie au sujet de la mise en place d'un tarif social d'accès à l'Internet haut débit qui permettrait de lutter contre la fracture numérique touchant les foyers les plus modestes.

72. Insistant sur la nécessité d'établir un diagnostic portant sur la fracture numérique qui pose la question de l'éducation, du prix des services et surtout des équipements et de l'égal accès à ces services sur le territoire, l'Autorité a recommandé de développer les Espaces publics numériques (« *EPN* ») qui assurent un service non commercial d'accès à Internet et d'accompagnement du grand public à l'utilisation des nouvelles technologies et usages numériques. En outre, selon l'Autorité, les bailleurs pourraient être encouragés à équiper les logements sociaux en accès aux technologies numériques et le prix de l'accès aux services d'Internet pour les personnes défavorisées pourrait être réduit.

73. L'Autorité a souligné la nécessité de mettre en place un tarif social de l'accès à Internet haut débit qui soit compatible avec le droit de la concurrence. Rappelant que l'intervention des pouvoirs publics est légitime dès lors qu'elle vise à corriger une défaillance du marché et à remplir un objectif d'intérêt général, l'Autorité a relevé que quels que soient les modes d'attribution et de financement retenus, ils doivent introduire le moins de distorsions de concurrence possible.

74. Ensuite, l'Autorité a abordé l'hypothèse d'une extension du mécanisme du service universel au tarif social de l'accès à Internet haut débit, aujourd'hui limité au service téléphonique. A cet égard, l'Autorité a relevé que, si l'inclusion de l'accès à Internet haut débit dans le champ du service universel n'est pas possible en l'état actuel du droit européen, le gouvernement pourrait néanmoins, dans un délai court, étendre l'éligibilité de la réduction sociale, actuellement réservée aux offres fournissant uniquement le service téléphonique, aux offres multiservices haut débit incluant ce service aux côtés de l'accès à Internet.

75. Enfin, concernant la proposition du gouvernement de procéder par labellisation d'offres des fournisseurs d'accès à Internet (« *FAI* ») répondant à certains critères, notamment de prix, l'Autorité a souligné que la mise en place d'un label soulève le risque concurrentiel d'un effet de ciseau tarifaire compte tenu de la position particulière de l'opérateur historique sur les marchés de gros et de détail du haut débit. Selon l'Autorité, la labellisation ne pourra être rendue compatible avec le droit de la concurrence que si les mécanismes mis en place permettent à l'ensemble des FAI de participer au dispositif de manière effective.

3.4 Avis 11-A-15 et 11-A-16, 29 septembre 2011, gares de voyageurs

76. L'Autorité de la concurrence a rendu deux avis concernant le secteur du transport ferroviaire, dans lesquels elle formule des recommandations à l'égard des pouvoirs publics, de l'Autorité de régulation des activités ferroviaires (« *ARAF* ») et de la SNCF, l'opérateur historique de transport ferroviaire, afin d'assurer l'effectivité de l'ouverture à la concurrence. En effet, dans le cadre de la transposition en droit français des directives européennes, la loi n° 2009-1503 du 8 décembre 2009 relative à l'organisation et à la régulation des transports ferroviaires (« *loi ORTF* ») a ouvert à la concurrence le transport ferroviaire international de voyageurs et a créé l'ARAF.

77. Dans ce contexte, la question de l'accès des concurrents aux gares s'est posée avec la mise en place, à la fin de l'année 2011, des premières liaisons assurées par des transporteurs concurrents de la SNCF, laquelle a créé en son sein une unité spécifique, Gares et Connexions, prenant en charge la gestion de l'ensemble des gares de voyageurs du réseau ferré national. Cette organisation a ensuite été reprise par un projet de décret, soumis pour avis à l'Autorité le 26 juillet 2011.

78. En premier lieu, l'Autorité a souligné la nécessité d'une réelle séparation fonctionnelle de la direction de gestion des gares, ayant constaté que l'organisation mise en place par la SNCF laissait trop de latitude à l'opérateur historique. Ainsi, l'Autorité a-t-elle préconisé de s'inspirer de la procédure de nomination du directeur des circulations ferroviaires, nommé pour 5 ans, par décret du Premier ministre sur proposition du ministre chargé des Transports et après avis de l'ARAF. En outre, observant que le directeur de Gares et Connexions dispose d'une délégation de pouvoir limitée à 15 millions d'euros pour des opérations d'acquisitions et de cessions tandis que la compétence du président de la SNCF peut s'élever à 160 millions d'euros, l'Autorité a recommandé d'attribuer un plus large pouvoir de gestion sur le patrimoine des gares aux dirigeants de Gares et Connexions afin d'éviter le risque d'une orientation des investissements au seul bénéfice de la SNCF et, en conséquence, au détriment de ses concurrents. Par ailleurs, afin de garantir l'imperméabilité entre les activités commerciales de la SNCF et ses missions de gestionnaire d'infrastructures de services, l'Autorité a préconisé de rendre le dispositif de protection des informations commerciales plus contraignant. Enfin, l'Autorité a recommandé que Gares et Connexions obtienne la réelle maîtrise de la relation commerciale avec les opérateurs ferroviaires afin de prévenir le risque que la SNCF puisse connaître les projets des transporteurs concurrents.

79. En deuxième lieu, l'Autorité a relevé la nécessité d'une indépendance financière de Gares et Connexions. Si le bilan et le compte de résultats établis répondent effectivement aux exigences légales (depuis le 1er janvier 2011, l'établissement de comptes séparés pour l'activité gares de voyageurs de la SNCF constitue une obligation), l'Autorité a néanmoins constaté qu'ils mettaient en évidence la structure financière fragile de Gares et Connexions, ce qui la rend dépendante du reste de la SNCF. En conséquence, l'Autorité a préconisé que les modalités de financement de Gares et Connexions fassent l'objet d'une convention pluriannuelle avec la SNCF afin d'améliorer la prévisibilité de son financement et que l'ARAF recoure régulièrement à des audits extérieurs pour valider ces comptes séparés.

80. Enfin, l'Autorité a souligné la nécessité de renforcer le pouvoir d'intervention de l'ARAF compte tenu du faible degré de séparation entre la SNCF et Gares et Connexions. A ce titre, l'Autorité a recommandé la mise en place d'une régulation *ex ante* des tarifs des prestations en gare et des coûts répercutés aux entreprises ferroviaires afin que la tarification soit transparente et prévisible et n'introduise pas d'éléments de discrimination tarifaire injustifiée. Préconisant à moyen terme une séparation juridique de l'entité Gares et Connexions, l'Autorité a précisé que la séparation fonctionnelle, au sein de la SNCF, entre les activités de transporteur et de gestionnaire de gares exige une répartition stricte et rapide des compétences sur les plans fonctionnel, financier, opérationnel et humain.

3.5 Avis 12-A-02, 17 janvier 2012, fibre optique

81. L'Autorité de la concurrence a été saisie pour avis le 8 septembre 2011 par le Sénat sur le cadre d'intervention des collectivités territoriales en matière de déploiement des réseaux à très haut débit. Cette demande d'avis s'inscrit dans le contexte du programme national très haut débit (« *PNTHD* ») lancé par le gouvernement en 2009 à l'égard duquel l'Autorité s'est prononcée dans son avis 10-A-07 et dans son avis n° 11-A-05 (voir ci-dessus).

82. Sur la question relative à la priorité accordée aux déploiements des opérateurs sur les initiatives des collectivités territoriales par le PNTHD, l'Autorité a souligné que le cadre juridique laisse de larges possibilités d'interventions aux collectivités locales, notamment au travers de la notion de service d'intérêt économique général (« *SIEG* »), dans le respect cependant de strictes conditions portant sur la sélection de l'entreprise chargée de fournir ce service ainsi que sur les modalités de compensation financière de cette entreprise. Selon l'Autorité, la logique du PNTHD relève d'un choix d'opportunité du gouvernement, sur lequel il ne lui appartient pas de se prononcer. Se félicitant de l'appétence des opérateurs privés pour déployer la fibre optique, l'Autorité a préconisé de maintenir un cadre incitatif et assurant le respect des déclarations d'intention.

83. Si l'Autorité a rappelé que les procédures publiques lancées par les collectivités territoriales dans le domaine du très haut débit et du déploiement de la fibre optique sont pleinement légitimes et souhaitables et que les projets intégrés peuvent prendre leur place dans le cadre européen des aides d'Etat sous réserve que certaines conditions soient respectées, elle a néanmoins souligné les risques importants de distorsion de la concurrence qui pèsent sur ces appels d'offres. A cet égard et compte tenu des avantages commercial et technique importants dont disposent les opérateurs verticalement intégrés (Orange, SFR) sur les « *pure player* » (opérateurs qui servent uniquement le marché de gros), l'Autorité a recommandé, d'une part, que les opérateurs intégrés fournissent aux collectivités locales, lorsqu'ils ont l'intention de répondre à un appel d'offres, les conditions dans lesquelles ils seraient susceptibles d'utiliser le réseau public en tant que FAI et, d'autre part, que l'ARCEP s'assure de la bonne marche des travaux d'harmonisation techniques et de la pleine participation des opérateurs en livrant notamment toute l'information nécessaire.

4. Ressources des autorités chargées de la concurrence

4.1 Ressources globales (chiffres actuels et évolution par rapport à l'année précédente)

4.1.1 Budget annuel

- La DGCCRF. Le budget alloué en 2011 à l'action "régulation concurrentielle des marchés" s'est élevé à 72 millions d'euros soit 31,26 % du budget global de la DGCCRF. Les dépenses de personnel représentent 69,4 millions d'euros tandis que 2,6 millions d'euros sont octroyés aux dépenses de fonctionnement.

- L'Autorité de la concurrence. En 2011, le budget de l'Autorité s'est élevé à 20,4 millions d'euros dont 15,3 millions d'euros pour les dépenses de personnel et 5,1 millions d'euros pour les dépenses de fonctionnement.

4.1.2 Effectifs

- La DGCCRF. La concurrence n'est pas le seul domaine d'action de la DGCCRF. Les interventions en matière de consommation et de répression des fraudes constituent une part importante de son activité et sont souvent mêlées. Aussi, il est difficile de ventiler avec exactitude les ressources et les personnels affectés aux activités de concurrence, les agents

pouvant, notamment en département, effectuer des tâches relevant au moins en partie de missions autres que la concurrence *stricto sensu*.

Néanmoins, on peut donner les chiffres suivants pour ce qui relève :

– de la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles : 119 personnes en services déconcentrés et 17 personnes en administration centrale ;

– des pratiques commerciales restrictives : 154 personnes en services déconcentrés et 12 personnes en administration centrale.

- L'Autorité de la concurrence. Les effectifs de l'Autorité au 31 décembre 2011 étaient de 188.

5. Résumé de nouveaux rapports et études sur les questions concernant la politique de concurrence (ou références bibliographiques)

5.1 La DGCCRF

84. Les Ateliers de la concurrence sont des séances de réflexion d'une demi-journée regroupant des professionnels du droit de la concurrence, avocats, économistes et enseignants ainsi que des fonctionnaires de la DGCCRF, autour de divers thèmes d'intérêt commun.

85. En 2011, des ateliers ont été organisés sur les sujets suivants :

- La transparence (11 janvier 2011) ;
- Progrès économique et droit de la concurrence (24 mai 2011) ;
- Agriculture et concurrence (26 septembre 2011) ;
- Crédit : protection du consommateur et développement économique (8 décembre 2011). http://www.economie.gouv.fr/dgccrf/manifestations

5.2 L'Autorité de la concurrence

86. Le rapport annuel 2011 de l'Autorité de la concurrence fournit des informations plus détaillées sur l'activité de l'Autorité et sa jurisprudence. Il est notamment disponible en ligne gratuitement sur le site de l'Autorité, ainsi qu'une synthèse :
http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/standard.php?id_rub=22&id_article=1909

87. Par ailleurs, l'Autorité organise des conférences-débats, les « Rendez-vous de l'Autorité », qui, en 2011 et 2012, ont traité des sujets suivants :

- 30 mars 2011 – Détermination des sanctions – vers plus de prévisibilité
- 1er juillet 2011 – Grande distribution : comment rendre la concurrence plus effective ?
- 20 décembre 2011 – Conformité, non-contestation des griefs : de bonnes pratiques pour de bons réflexes
- 3 juillet 2012 – Les géants de l'Internet, nouvelles technologies, nouvelles régulations ?
- La captation vidéo de ces débats est disponible sur le site de l'Autorité : http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/rdv.php?id_rub=335