

# Jurisprudence des juridictions de contrôle





# Jurisprudence des juridictions de contrôle

<b>Jurisprudence de la cour d'appel de Paris</b> _____	349
<b>Sur la procédure</b> _____	350
Sur l'enquête administrative _____	350
Sur la saisine de l'Autorité _____	351
Sur la compétence de l'Autorité _____	352
Sur la procédure suivie devant l'Autorité _____	353
Sur la prescription _____	370
Sur la procédure suivie devant la cour d'appel _____	370
<b>Sur les mesures conservatoires</b> _____	382
L'octroi de mesures conservatoires _____	382
Le rejet de demandes de mesures conservatoires _____	384
<b>Sur le fond</b> _____	385
Sur la définition du marché pertinent _____	385
Sur les pratiques d'entente _____	388
Sur les pratiques d'abus de position dominante et de dépendance économique _____	401
<b>Sur l'application du droit communautaire</b> _____	403
L'existence d'échanges entre les États membres portant sur les produits concernés par les pratiques _____	405
L'affectation des échanges entre les États membres par les pratiques _____	405
Le caractère sensible de l'affectation des échanges entre les États membres _____	406
<b>Sur l'imputabilité des pratiques</b> _____	406
<b>Sur les sanctions</b> _____	407
Sur la gravité des pratiques _____	407
Sur le dommage à l'économie _____	413
Sur la situation des entreprises _____	418

Sur l'individualisation et la motivation de la sanction _____	420
Sur l'incidence de l'ancienneté des faits ou de la durée de la procédure _____	421
Sur l'incidence du rôle joué par la victime de pratiques anticoncurrentielles _____	421
Sur la situation de crise économique affectant le secteur concerné par les pratiques _____	421
Sur le chiffre d'affaires à prendre en considération _____	422
Sur la comparaison entre les sanctions _____	423
Sur la publication _____	424

## **Jurisprudence de la Cour de cassation** \_\_\_\_\_ 425

### **Sur la prescription et la procédure** \_\_\_\_\_ 425

Sur la prescription _____	425
Sur la procédure suivie devant l'Autorité _____	428
Sur la procédure suivie devant la cour d'appel _____	431
Sur la procédure suivie devant la Cour de cassation _____	432

### **Sur les mesures conservatoires** \_\_\_\_\_ 433

### **Sur le fond** \_\_\_\_\_ 434

L'entente anticoncurrentielle _____	434
L'abus de position dominante _____	434

### **Sur l'imputabilité des pratiques** \_\_\_\_\_ 440

### **Sur les sanctions** \_\_\_\_\_ 441

Sur la gravité des pratiques _____	441
Sur le dommage causé à l'économie _____	441
L'individualisation de la sanction prononcée contre une société absorbante à raison de pratiques commise par la société absorbée _____	442

## **Jurisprudence du Conseil d'État** \_\_\_\_\_ 442

### **Sur la motivation** \_\_\_\_\_ 442

### **Sur la position dominante collective** \_\_\_\_\_ 443

# Jurisprudence des juridictions de contrôle

## Jurisprudence de la cour d'appel de Paris

Au cours de l'année 2009, la cour d'appel de Paris, statuant sur des recours exercés contre les décisions rendues par le Conseil de la concurrence ou l'Autorité de la concurrence, a rendu 21 arrêts<sup>1</sup>, dont 16 dans lesquels la cour s'est prononcée sur le fond :

- dans neuf affaires, la cour a confirmé purement et simplement les décisions du Conseil ou de l'Autorité en rejetant les recours ;
- dans une affaire, elle a annulé la décision du Conseil pour une raison tenant à la procédure, en l'occurrence, la présence du rapporteur et du rapporteur général au délibéré du Conseil ; puis, statuant en fait et en droit sur les griefs, elle a entièrement confirmé l'analyse du Conseil, à la fois sur les pratiques et sur les sanctions ;
- quatre décisions de sanction ont fait l'objet d'annulation ou de réformation partielle, portant soit sur le fond (mise hors de cause d'une des entreprises sanctionnées pour des raisons tenant à l'imputation des pratiques et à la détermination de l'assiette de la sanction ou annulation d'un des griefs retenus à l'égard d'une entreprise et réduction subséquente de la sanction), soit seulement sur le montant des sanctions ou la mesure de publication ordonnée ;
- deux décisions de sanction ont été réformées ou annulées totalement, la cour mettant hors de cause les entreprises sanctionnées pour des raisons touchant au fond (absence de pratiques anticoncurrentielles) ou de procédure (durée excessive de la procédure ayant porté atteinte de façon irrémédiable aux droits de la défense).

---

1. Dans six affaires, la cour d'appel était saisie après cassation.

## Sur la procédure

### *Sur l'enquête administrative*

#### Sur la loyauté de l'enquête

##### *Transcription des questions sur les procès-verbaux d'audition*

Dans l'arrêt **Philips France du 29 avril 2009**<sup>2</sup> rendu sur renvoi après cassation, la cour d'appel a rappelé qu'aucun texte n'impose la transcription des questions posées par les enquêteurs sur les procès-verbaux prévus par les articles L. 450-2 et L. 450-3 du Code de commerce (*cf.* décision 05-D-66).

#### Sur le recours contre les ordonnances d'autorisation de visite et de saisie (dispositions transitoires prévues par l'article 5, IV, alinéa 2 de l'ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008)

Voir *infra* : sur la procédure suivie devant la cour d'appel.

#### Sur les conditions du déroulement des opérations de visite et de saisie

##### *Saisies effectuées sur le fondement de l'article 22-1° du règlement (CE) n° 1/2003 du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité*

Dans l'arrêt **Chevron Products Company du 24 novembre 2009**<sup>3</sup>, la cour a confirmé la régularité des saisies effectuées au Royaume-Uni aux sièges sociaux de plusieurs des compagnies pétrolières mises en cause. Elle a d'abord constaté que la société Total, qui n'avait pas fait l'objet d'investigations, n'était pas recevable à invoquer des irrégularités à ce titre : « *Une entreprise n'est pas fondée à se plaindre des violations des droits de la défense d'une entreprise tierce ou à remettre en cause la régularité d'une procédure à laquelle elle est étrangère.* » Elle a estimé ensuite que les dispositions de l'article 12 du règlement n° 1/2003 qui règle les modalités d'application de l'article 22-1° avaient été respectées. Alors qu'était dénoncée « *l'instrumentalisation du droit communautaire* », la cour a retenu que le rapporteur général avait utilisé normalement les instruments du droit communautaire, dont l'application était acquise, et rappelé que les services d'instruction sont maîtres de la conduite des investigations menées au cours de la procédure suivie devant l'Autorité, les droits des parties étant préservés par le caractère contradictoire de cette procédure à compter de la notification de griefs. Était par ailleurs dénoncé le caractère déloyal de la demande adressée à l'Office of Fair Trading (OFT) du fait de prétendues inexactitudes et omissions : la cour a retenu qu'« *en l'absence de toute disposition fixant les conditions dans lesquelles une telle demande d'assistance doit être établie, le rapporteur général a présenté les informations qui lui paraissaient essentielles pour que le directeur de l'OFT puisse se déterminer* ». La cour a également écarté

2. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

3. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

les critiques qui étaient élevées quant à la présence prétendument irrégulière de rapporteurs du Conseil lors des investigations menées dans les locaux des entreprises : elle a constaté qu'aucune société n'avait exercé de recours à cet égard, qui ne pouvait être porté que devant la juridiction compétente du Royaume-Uni, sur le fondement du droit anglais, conformément à l'article 22-1° du règlement n° 1/2003 ; en outre, les rapporteurs régulièrement désignés n'avaient fait, avec l'accord de l'OFT, qu'assister aux opérations afin de vérifier qu'elles entraient bien dans le cadre de l'enquête sollicitée, sans exercer aucun des pouvoirs de la nature de ceux qui leur sont conférés par l'article L. 450-4 du Code de commerce et leur présence avait été acceptée par les entreprises. La cour a encore rejeté le moyen tiré de l'absence d'autorisation judiciaire au Royaume-Uni, les parties invoquant l'absence de garantie équivalente en France et au Royaume-Uni sur ce point : la cour a relevé que l'article 22-1° du règlement n° 1/2003 prévoit que les mesures d'enquête exécutées sur ce fondement le sont en application du droit national de l'autorité exécutive et qu'en l'espèce, la procédure britannique ne nécessitait pas un mandat judiciaire de perquisition (article 65 F du *Competition Act*), de sorte que l'absence d'autorisation judiciaire ne pouvait constituer une irrégularité. La cour a observé qu'en supposant que les garanties du droit anglais ne soient pas équivalentes à celles du droit français, les dispositions de l'article 12-3° du règlement n° 1/2003 qui prévoient qu'à défaut de garanties équivalentes, les informations transmises d'autorité nationale de concurrence à autorité nationale de concurrence ne peuvent être utilisées comme moyen de preuve, concernent exclusivement les personnes physiques. De surcroît, les documents avaient été transmis aux enquêteurs volontairement par les entreprises, conformément à la procédure non coercitive du *Competition Act* qui avait été choisie en l'espèce (cf. décision 08-D-30).

### *Sur la saisine de l'Autorité*

#### Sur la saisine d'office de l'Autorité

##### *Régularité de la saisine d'office*

Dans l'arrêt **Établissements Mathé du 29 septembre 2009**<sup>4</sup>, la cour a écarté le moyen tiré de l'irrégularité de la saisine d'office du Conseil qui aurait résulté de l'absence des signatures de la présidente de séance et des deux vice-présidents rendant impossible la vérification de sa conformité à l'article R. 461-7 du Code de commerce qui prévoyait, dans son ancienne rédaction, que la commission permanente ne pouvait délibérer qu'en présence de trois de ses membres. Était, en effet, versée aux débats, la copie de la minute de la décision qui comportait la signature de la présidente et du secrétaire de séance ainsi que la mention du délibéré par la présidente et deux vice-présidents conformément à l'article 10 du règlement intérieur, permettant de constater que les prescriptions de l'article R. 461-7 avaient été respectées (cf. décision 08-D-12).

4. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

## Sur l'étendue du champ de la saisine de l'Autorité

Dans l'arrêt **Apple Sales International du 4 février 2009**<sup>5</sup>, la cour a rejeté l'argumentation selon laquelle le Conseil aurait excédé le champ de sa saisine. Le Conseil avait été saisi d'une plainte assortie d'une demande de mesures conservatoires de la société Bouygues Télécom visant l'exclusivité dont bénéficiait Orange, filiale de France Télécom, sur l'iPhone, cette exclusivité résultant d'un partenariat conclu entre l'opérateur de téléphonie mobile et Apple. Il était reproché au Conseil, d'une part, d'avoir étendu indûment la demande de mesures conservatoires à des entités du groupe Apple qui n'étaient pas visées dans la saisine et de s'être ainsi autosaisi alors qu'une telle autosaisine n'est pas prévue en matière de mesures conservatoires et, d'autre part, d'avoir fondé l'octroi des mesures conservatoires sur l'existence d'un accord qui n'était pas dénoncé dans la saisine. La cour a rappelé que le Conseil est saisi *in rem* et qu'il tient de l'article L. 464-1 du Code de commerce la faculté de prendre les mesures qui lui sont demandées ou celles qui lui apparaissent nécessaires. Dès lors, « *tenu de statuer sur la demande de mesures conservatoires [...], le Conseil doit prononcer les mesures qu'il estime propres à remédier aux atteintes graves et immédiates provoquées par les pratiques dont il est saisi, et ce sans être lié par la description, la qualification ou l'analyse des pratiques proposées par le demandeur, lequel au demeurant ne dispose pas de ses pouvoirs d'investigation* ». Le Conseil n'avait donc nullement excédé ses pouvoirs en prononçant les mesures conservatoires demandées par Bouygues Télécom contre les entités du groupe Apple qui étaient directement concernées, dès lors que les intéressées, attirées à la procédure par la rapporteure au cours de l'instruction, avaient été mises en mesure de présenter leurs observations, peu important que tout au long de la procédure elles se soient présentées comme intervenant pour le compte des filiales citées dans la saisine. De même, la cour a jugé que le Conseil avait régulièrement retenu, parmi les documents contractuels régissant les relations commerciales des parties mises en cause, ceux qui lui paraissaient susceptibles de caractériser la pratique dénoncée, même s'ils n'avaient pas été visés par la plaignante (*cf.* décision 08-MC-01).

## Sur la compétence de l'Autorité

Dans l'arrêt **Maître M. Pelletier du 9 juin 2009**<sup>6</sup>, la cour, statuant après cassation<sup>7</sup>, a confirmé la compétence du Conseil de la concurrence pour examiner les pratiques tarifaires de la Régie départementale des passages d'eau de la Vendée dans le cadre de sa mission de service public concernant la desserte maritime de l'île d'Yeu. La cour a écarté, par conséquent, la demande de question préjudicielle au Conseil d'État présentée par le ministre chargé de l'économie. Rappelant la jurisprudence du Tribunal des conflits (rappelée dans l'arrêt Gisserot du 4 avril

5. Cet arrêt a été cassé par la Cour de cassation (Cass. com., 16 février 2010, n° 09-11.968, France Télécom).

6. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

7. Arrêt de la Cour de cassation du 17 juin 2008 (VIVV) rendu sur un pourvoi formé contre l'arrêt de la cour d'appel du 28 juin 2005.

2009<sup>8</sup>), la cour a relevé que l'objet de la saisine du Conseil tenait exclusivement à une pratique anticoncurrentielle, que l'exercice de prérogatives de puissance publique par la régie avait été écarté par la Cour de cassation, de sorte que le premier arrêt de la cour d'appel était devenu définitif sur ce point : si la rédaction du cahier des charges de la régie, notamment l'énoncé des principes directeurs de la tarification et du subventionnement, relevait incontestablement d'une prérogative de puissance publique, la fixation détaillée et périodique des tarifs chiffrés des passages des personnes, véhicules et marchandises, en considération des décisions de même nature prises par les concurrents de droit privé, relevait, quant à elle, de la seule gestion d'entreprise. La cour a constaté également que si les acquisitions de navires avaient certainement été des décisions d'organisation du service public, aucune décision du conseil général de la Vendée relative à l'acquisition du navire concerné n'avait été contestée devant la juridiction administrative et « *que dès lors, les décisions de ce conseil général [étaient] acquises aux débats de la cour en tant que faits de la cause* » (cf. décision 04-D-79).

Dans l'**arrêt DKT International du 11 septembre 2009**, la cour a confirmé la décision dans laquelle l'Autorité de la concurrence avait décidé d'instruire au fond la plainte de la société DKT International mais avait rejeté sa demande de mesures conservatoires. Étaient dénoncées des pratiques d'entente et d'abus de position dominante de la société Éco-Emballages et de sa filiale Valorplast sur le marché des déchets d'emballages ménagers en plastique, qui auraient compromis le développement de l'activité de la plaignante de reprise des déchets auprès des collectivités locales. La cour a confirmé la compétence de l'Autorité pour examiner les pratiques dénoncées : elle a estimé que l'existence de clauses exorbitantes du droit commun dans certaines des conventions en cause ne devait pas être prise en considération pour dénier la compétence que l'Autorité tire de l'article L. 410-1 du Code de commerce, dès lors qu'elle ne traduisait pas l'exercice de prérogatives de puissance publique et qu'elle ne concernait pas le mécanisme, purement industriel et commercial, dénoncé dans la saisine (cf. décision 09-D-26).

### *Sur la procédure suivie devant l'Autorité*

#### Sur l'obligation d'informer la Commission européenne

Dans l'**arrêt Établissements Mathé du 29 septembre 2009**<sup>9</sup>, la cour a écarté le moyen tiré du défaut d'information de la Commission européenne. Il était soutenu que le Conseil aurait dû informer la Commission en application de l'article 11 § 3 du règlement n° 1/2003 dès lors que, même si l'affaire ne mettait pas en jeu le droit communautaire, l'application du droit communautaire avait été néanmoins

8. « Selon l'article L. 410-1 du Code de commerce, les règles définies au livre IV de ce code, relatif à la liberté des prix et de la concurrence, s'appliquent à toutes les activités de production, de distribution et de services, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques, notamment dans le cadre de conventions de délégation de service public; que dans la mesure où elles exercent de telles activités, et sauf en ce qui concerne les décisions ou actes portant sur l'organisation du service public ou mettant en œuvre des prérogatives de puissance publique, ces personnes publiques peuvent être sanctionnées par le Conseil de la concurrence agissant sous le contrôle de l'autorité judiciaire. »

9. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

envisagée au stade de la saisine d'office du Conseil. La cour n'a pas partagé cette analyse. Elle a constaté que si le rapporteur avait envisagé que les pratiques puissent être qualifiées au regard de l'article 81 du traité CE, la notification de griefs ne contenait aucune référence aux textes communautaires. En outre, cette absence d'information ne pouvait avoir porté atteinte aux droits des parties dès lors que, contrairement à ce qui était soutenu, les chances, pour les parties, d'obtenir une décision plus favorable devant la Commission étaient purement hypothétiques et que la Commission, également destinataire de la demande de clémence, n'avait d'ailleurs pas jugé utile de se saisir des faits dénoncés (cf. décision 08-D-12).

## Sur le principe de la contradiction et les droits de la défense

### *Absence d'examen préalable de la légalité d'un appel d'offres*

Dans l'**arrêt Ela Médical du 8 avril 2009**, la cour a confirmé la décision dans laquelle le Conseil avait sanctionné des fabricants de défibrillateurs cardiaques qui avaient refusé, de façon concertée, de répondre à un appel d'offres lancé par le CHU de Montpellier, mandaté par d'autres CHU. Ces fabricants avaient ainsi mis en échec une nouvelle procédure d'achat groupé destinée à permettre aux établissements hospitaliers de tirer un meilleur profit tant au niveau du prix que du service rendu, en cherchant à revenir à la procédure antérieure d'appels d'offres individuels. La cour a écarté la demande de question préjudicielle ou de sursis à statuer des sociétés requérantes qui critiquaient l'absence d'examen préalable de la légalité de l'appel d'offres qui aurait entraîné une atteinte aux droits de la défense. Elle a rappelé que « *si le juge administratif est seul compétent pour apprécier la légalité d'un acte administratif, en l'occurrence la procédure d'appel d'offres, et en prononcer l'annulation, le Conseil de la concurrence est compétent pour apprécier, au regard du droit de la concurrence, les comportements des entreprises auxquelles cet appel d'offres s'adresse, qu'elles prennent ou non le parti d'y répondre, et prononcer, le cas échéant, des sanctions et injonctions à l'encontre de ces entreprises si leur comportement révèle une entente ayant un objet ou un effet anticoncurrentiel; que l'intervention du juge administratif pour appréhender la légalité d'un acte administratif ne fait pas obstacle à la compétence du Conseil pour examiner de telles pratiques, indépendamment des irrégularités de l'appel d'offres* ». Elle a estimé que l'annulation éventuelle de l'appel d'offres en cause par le juge administratif n'était pas de nature à retirer son caractère anticoncurrentiel à l'entente constatée (cf. décision 07-D-49).

### *Accès au dossier (dans la procédure d'engagements)*

Dans l'**arrêt Canal 9 du 6 octobre 2009**, la cour d'appel, sur renvoi après cassation partielle<sup>10</sup>, a examiné de nouveau la question de l'étendue de l'accès des parties aux pièces du dossier dans la procédure d'engagements. Dans cette affaire, le Conseil, sur une saisine de la société Canal 9, avait accepté des engagements du GIE Les

10. Cass. com., 4 novembre 2008, n° 07-21.275, Canal 9.

indépendants<sup>11</sup>. Sa décision avait été contestée par la société plaignante qui, sur le fond, jugeait insuffisants les engagements pris et, sur la forme, se plaignait de diverses irrégularités de procédure, et notamment d'un défaut d'accès à deux documents mentionnés dans l'évaluation préliminaire – l'enquête administrative et un avis rendu par le CSA – qui ne lui avaient pas été communiqués au cours de la procédure suivie devant le Conseil. Dans un premier arrêt du 6 novembre 2007, la cour avait confirmé la régularité de la procédure suivie devant le Conseil, s'agissant tant de la participation du collège à la phase de négociation<sup>12</sup> que du respect du principe de la contradiction. Sur ce dernier point, la cour avait jugé que la saisissante ne pouvait se plaindre d'une atteinte qu'elle avait elle-même contribué à entretenir dès lors que, connaissant l'existence des deux documents litigieux mentionnés dans l'évaluation préliminaire, elle n'en avait demandé communication qu'à l'occasion de son recours devant la cour d'appel puis avait choisi finalement de renoncer à cette communication. La cour avait estimé, en outre, que les pièces litigieuses n'avaient pas été soumises au Conseil. Dans un arrêt du 4 novembre 2008 (Canal 9), la Cour de cassation avait approuvé les juges du fond sur le premier point relatif à l'absence de violation des principes d'impartialité et de séparation des pouvoirs, mais avait estimé, sur le second point relatif au contradictoire, que la cour avait « *privé sa décision de base légale* ». La Haute Juridiction avait énoncé que « *lorsque la procédure d'engagements est mise en œuvre, les parties à la procédure doivent, sous réserve de l'article L. 463-4 du Code de commerce [secret des affaires], avoir accès à l'intégralité des documents sur lesquels s'est fondé le rapporteur pour établir l'évaluation préliminaire et à l'intégralité de ceux soumis au Conseil pour statuer sur les engagements* ». Elle avait jugé qu'« *il appartient à la cour d'appel, saisie par une partie d'une demande tendant à l'annulation de la décision du Conseil faute pour elle d'avoir eu accès à l'intégralité du dossier, de vérifier, au besoin d'office, si le défaut de communication de certaines pièces a porté atteinte à ses intérêts* » et qu'en écartant l'argumentation de Canal 9 comme elle l'avait fait, la cour d'appel n'avait pas procédé à une telle vérification.

Sur renvoi, la cour d'appel a repris à son compte, en partie, la formulation utilisée par la Cour de cassation, indiquant que « *lorsque la procédure d'engagements est mise en œuvre, les parties à la procédure doivent, sous réserve des dispositions de l'article L. 463-4 du Code de commerce, avoir accès à l'intégralité des documents sur lesquels s'est fondé le rapporteur pour établir l'évaluation préliminaire et à l'intégralité de ceux soumis au Conseil pour statuer sur les engagements* ». S'éloignant ensuite quelque peu des prescriptions de la Cour de cassation, elle a estimé qu'elle devait vérifier si le défaut de communication « *a concerné également la partie mise en cause [en l'occurrence, le GIE] et porté concrètement atteinte au principe de la contradiction* ». En

11. Canal 9, qui exploite une radio locale sous le nom de Chante France, avait dénoncé le refus du GIE de l'admettre dans son réseau, lequel regroupait plusieurs radios locales et régionales et commercialisait, par l'intermédiaire d'une régie publicitaire commune, des espaces publicitaires de radios à zone de diffusion locale ou régionale auprès d'annonceurs nationaux ou internationaux.

12. Sur ce premier point, la cour avait jugé que l'évaluation préliminaire du rapporteur ne constituait pas un acte d'accusation au sens de l'article 6 § 1 de la CEDH s'apparentant à une notification de griefs et que l'intervention du collège ne pouvait être qualifiée d'immixtion dans l'instruction de l'affaire, constitutive d'une violation des principes d'impartialité et de séparation des fonctions d'instruction et de jugement.

conséquence, la cour, avant-dire droit, a demandé à l'Autorité de communiquer aux parties les deux documents litigieux et de préciser si ces documents avaient été ou non fournis au GIE, les parties, comme l'Autorité et le ministère public étant invités à conclure de nouveau (cf. décision 06-D-29).

Voir *infra* **même arrêt** : sur l'égalité des armes dans la procédure d'engagements.

### *Égalité des armes*

#### *Exercice par la DGCCRF, partie saisissante, des fonctions de commissaire du Gouvernement*

Dans l'**arrêt Ela Médical du 8 avril 2009**, la cour a jugé que le directeur général de la DGCCRF, représentant du ministre en tant que partie saisissante, peut exercer également, dans la même affaire, les fonctions de commissaire du Gouvernement sans que cela entraîne une atteinte aux principes d'égalité des armes ou du procès équitable dès lors que ce directeur ne saisit pas l'Autorité en son nom personnel, ni même *ès qualités*, mais au nom du ministre chargé de l'économie, lequel, usant de la prérogative qu'il tient de l'article L. 462-1 du Code de commerce, le désigne ensuite en qualité de commissaire du Gouvernement. La cour a précisé que ces dispositions qui autorisent le ministre à saisir l'Autorité par l'intermédiaire de son directeur général de la DGCCRF, puis à désigner cette même personne en qualité de commissaire du Gouvernement, « *ne confère[nt] ni au ministre partie saisissante, ni au commissaire du Gouvernement qu'il désigne, aucun pouvoir sur le déroulement de la procédure autre que celui de déposer des observations, qui constituent un simple avis consultatif, fût-il obligatoire, communiquées aux entreprises en cause qui ont la possibilité de faire valoir leurs propres observations en réponse [...]* » (cf. décision 07-D-49).

#### *Égalité des armes dans la procédure d'engagements*

Dans l'**arrêt Canal 9 du 6 octobre 2009**, la cour d'appel, sur renvoi après cassation partielle<sup>13</sup>, a écarté le moyen tiré de la violation du principe d'égalité des armes, la société saisissante, Canal 9, se plaignant d'avoir été écartée des négociations menées entre le rapporteur, le collègue et le GIE mis en cause. La cour a rappelé que le principe de l'égalité des armes vise « *à ne pas mettre une partie dans une position – organique ou fonctionnelle – substantiellement désavantageuse par rapport à ses adversaires, et inversement tend à garantir pour chacun une possibilité raisonnable de présenter sa cause; qu'il est un aspect essentiel du droit au procès équitable, mais ne se confond pas avec les droits de la défense, qui n'en sont qu'un aspect strictement juridictionnel, et moins encore avec le principe contradictoire, qui est un moyen – premier mais non exclusif – de la garantie des droits de la défense [...]* »<sup>14</sup>. La cour a précisé

13. Cass. com, 4 novembre 2008, Canal 9, précité, cassant partiellement l'arrêt de la cour d'appel du 6 novembre 2007.

14. La cour a également précisé la portée du principe de l'égalité des armes : « *Ce principe [...] n'implique cependant pas que les prérogatives processuelles ou plus généralement la part prise par chaque intéressé à un processus décisionnel de droit privé soient rigoureusement identiques pour tous, d'autant qu'il s'analyse, selon la jurisprudence la plus habituelle des juridictions nationales et de la CEDH aussi bien de manière concrète, en fonction des circonstances de la cause, des moyens culturels ou matériels des personnes concernées, et de la réalité factuelle de l'espèce, qu'au regard des textes nationaux qui détaillent le principe.* »

que ce principe doit être apprécié d'une manière concrète, et en l'occurrence, au regard des exigences particulières de la procédure d'engagements, qui est « *un outil de pure régulation* » et « *une procédure souple et rapide* », très différente de la procédure conduisant au prononcé de sanction<sup>15</sup>. La cour a constaté qu'en l'espèce, les dispositions de l'article R. 464-2 du Code de commerce qui organisent la procédure d'engagements avaient été strictement respectées par le Conseil. De fait, la société Canal 9, au même titre que les tiers intéressés et que le commissaire du Gouvernement, avait été pleinement associée au débat qui s'était engagé à partir de l'évaluation préliminaire du rapporteur et de la proposition d'engagements présentée par le GIE : la plaignante avait ainsi reçu communication de l'évaluation préliminaire en même temps que le GIE, avait pu discuter par écrit la proposition d'engagements du GIE lors du test de marché et ensuite faire des observations sur la version remaniée de ces engagements en séance puis par écrit. Elle n'avait donc pas été mise dans une situation substantiellement désavantageuse par rapport aux autres intervenants à la procédure (cf. décision 06-D-29).

Voir *supra* même arrêt : sur l'accès au dossier dans la procédure d'engagements.

### *Confidentialité des échanges entre les avocats et leurs clients*

Dans l'arrêt **Ela Médical du 8 avril 2009**, la cour a écarté le reproche qui était adressé au Conseil d'avoir utilisé des notes, saisies lors des opérations de visite et de saisie, qui transcrivaient des échanges entre un dirigeant d'entreprise et son avocat. La cour a constaté que la saisie de ces documents s'inscrivait dans le cadre d'opérations régulièrement autorisées et que l'entreprise concernée, n'ayant pas usé de la faculté de recours dont elle disposait en vertu de l'article L. 450-4 du Code de commerce pour contester cette saisie devant le juge des libertés et de la détention, s'était privée de toute possibilité de contestation ultérieure (cf. décision 07-D-49).

### *Notification de griefs*

#### *Précision dans la rédaction des griefs (désignation des distributeurs et des fournisseurs impliqués dans une entente verticale sur les prix)*

Dans l'arrêt **EPSE JouéClub du 28 janvier 2009**<sup>16</sup>, la cour a écarté l'argumentation d'un fabricant qui se plaignait de l'imprécision du grief d'entente verticale sur les prix qui lui avait été notifié au motif que n'avaient pas été précisément désignés les distributeurs avec lesquels on lui reprochait de s'être entendu. La cour,

15. La cour relève que les dispositions de l'article R. 464-2 qui organisent la procédure d'engagements « *s'inscrivent dans le cadre bien déterminé d'une procédure souple et rapide qui vise, non point à emporter l'adhésion du plaignant dont les demandes pourraient excéder ce qui est strictement nécessaire au règlement des préoccupations de concurrence, mais uniquement à apporter une réponse satisfaisante de l'autorité publique à ces dernières; qu'il s'agit donc d'un outil de pure régulation et non d'une procédure de sanction* »; elle observe, en outre, que « *si le plaignant n'entend pas que l'Autorité s'arrête à la procédure d'engagements, il conserve la possibilité de fournir à l'Autorité la preuve ou à tout le moins des présomptions d'abus de position dominante ou d'entente, ou encore de saisir la juridiction de premier degré sur le fondement du titre IV du livre IV du Code de commerce* ». Elle observe également que ces dispositions sont directement inspirées du règlement n° 1/2003. Elle précise encore que dans la procédure conduisant au prononcé de sanctions, contrairement à la procédure d'engagements, les entreprises acquièrent la qualité de partie après la notification de griefs, laquelle est assimilable à un acte d'accusation qui ouvre la phase contradictoire : la cour en conclut que « *l'esprit des textes est bien de donner au principe d'égalité des armes un autre relief que dans la procédure d'engagements* ».

16. Arrêt confirmé par la Cour de cassation, 7 avril 2010.

rappelant qu'« un grief est un ensemble de faits juridiquement qualifiés et imputés à une entreprise », a estimé que « l'imputation d'une entente verticale à un fabricant n'exige pas l'identification précise de chacun des distributeurs impliqués lorsque, comme en l'espèce, est invoquée l'application générale de prix évoqués ou conseillés ». Pour cette même raison, la cour a encore écarté l'argumentation par laquelle ce fabricant reprochait au Conseil d'avoir retenu à sa charge une entente avec « l'ensemble de ses distributeurs » alors que le grief qui lui avait été notifié visait un nombre déterminé de distributeurs nommément désignés. La cour a estimé que l'ensemble des distributeurs, tel que retenu dans la décision, ne pouvait s'analyser que comme l'ensemble de ceux qui étaient désignés dans la notification de griefs (cf. décision 07-D-50). À l'inverse, dans le même arrêt, la cour a accueilli l'argumentation d'un distributeur qui, sanctionné pour une entente avec deux fournisseurs nommément désignés, faisait valoir que la notification de griefs ne mentionnait pas clairement l'un de ces fournisseurs de sorte qu'il n'avait pas été en mesure de se défendre complètement. De fait, l'un des fournisseurs n'était pas expressément mentionné dans la partie conclusive (récapitulative) de la notification de griefs comme s'étant entendu avec le requérant même si ce dernier était cité comme distributeur du fournisseur dans la partie descriptive de la notification de griefs. La cour a jugé que cette dernière circonstance ne suffisait pas pour que le distributeur ait pu se défendre utilement sur le grief d'entente en ce qu'il concernait ce fournisseur et a annulé la décision de ce chef (cf. décision 07-D-50).

### *Modification du grief au stade du rapport et/ou de la décision*

Dans l'arrêt **EPSE JouéClub du 28 janvier 2009**<sup>17</sup>, la cour a écarté le moyen tiré de l'atteinte au principe du contradictoire et aux droits de la défense qui aurait résulté de la modification d'un grief au stade du rapport puis, de nouveau, au stade de la décision. Un grief d'entente sur des prix de vente conseillés avait été notifié, reposant sur trois critères : préconisation des prix de vente, alignement des prix catalogue des distributeurs au seuil de revente à perte et police des prix. Dans le rapport, avaient été visées l'adhésion des distributeurs aux conditions générales de vente des fournisseurs qui prévoyaient des remises artificiellement conditionnelles et la signature de contrats ayant pour objet une fausse coopération commerciale. Dans sa décision, le Conseil avait repris la première analyse en retenant la démonstration des ententes par la réunion des trois critères. Il était soutenu que ces évolutions avaient entraîné une modification de la nature du grief et conduit les entreprises à ne se défendre que sur le caractère faussement conditionnel des remises octroyées aux distributeurs et sur la réalité du contenu des accords de coopération commerciale. Mais la cour a retenu que la notification de griefs, en se référant à l'ensemble des éléments réunis au cours de l'enquête, visait un ensemble de faits recouvrant « les pratiques commerciales en vigueur dans le secteur du jouet, les politiques de fixation des prix de vente aux consommateurs, l'application de prix de détail identiques alignés sur le seuil de revente à perte des grandes surfaces alimentaires et spécialement l'application des prix catalogues, la préconisation des prix de vente

17. Arrêt confirmé par la Cour de cassation, 7 avril 2010.

au détail et la surveillance/police des prix» et que tous les griefs notifiés trouvaient leur source dans ce même ensemble de faits. Elle a rappelé «*qu'un grief doit être analysé par référence aux développements préalables du rapporteur dans l'acte de notification de celui-ci*». En l'espèce, avait été notifié aux entreprises «*un grief d'entente entre fournisseurs et distributeurs sur les prix de revente aux consommateurs*» et dans leur rapport, les rapporteurs, en visant la négociation d'un système de ristournes artificiellement conditionnelles et de fausses prestations de coopération commerciale conduisant à un seuil de revente à perte, avaient «*seulement entendu préciser comment l'entente [...] était démontrée*». La cour a estimé que le Conseil, qui n'est pas tenu par l'analyse des rapporteurs, avait pu valablement retenir un mode de preuve différent pour apprécier si le grief notifié était établi dès lors qu'il ne s'était pas fondé sur des éléments qui n'avaient pas été soumis au débat contradictoire. La cour a observé qu'en définitive, le mode de preuve retenu par le Conseil était plus favorable aux parties poursuivies, supposant la réunion de plusieurs éléments (évocation des prix par les fournisseurs à l'intention des distributeurs, police des prix et application généralisée de ces prix par les distributeurs) et que les entreprises s'étaient défendues, non pas seulement sur les faits analysés sous l'angle des fausses marges arrière, mais sur l'ensemble des faits relevés au titre du faisceau d'indices, pour critiquer cette méthode de démonstration ou pour contester l'existence des indices retenus (cf. décision 07-D-50).

### *Ajout d'un nouveau grief au stade du rapport ou de la décision*

Voir les arrêts **Établissements Mathé du 29 septembre 2009**<sup>18</sup> (cf. décision 08-D 12) et **Chevron Products Company du 24 novembre 2009**<sup>19</sup> (cf. décision 08-D-30).

### *Éléments servant à la détermination de la sanction*

Dans l'arrêt **Eurelec Midi-Pyrénées du 14 janvier 2009**, la cour a partiellement censuré la décision de sanction prise par le Conseil à l'encontre de cinq entreprises qui s'étaient entendues à l'occasion de la passation d'appels d'offres lancés par le Service technique de la navigation aérienne (STNA) pour la construction d'installations de navigation aérienne. L'une des entreprises responsables des pratiques avait été dissoute par absorption quelques jours avant la séance et la société absorbante était une holding présentant une situation comptable négative. Afin d'éviter que l'intéressée n'échappe artificiellement à toute sanction, le Conseil avait à la fois tenu compte des chiffres d'affaires cumulés des deux entreprises et retenu le chiffre d'affaires réalisé par la société absorbante lors de l'avant-dernier exercice clos alors que l'article L. 464-2 du Code de commerce, dans sa rédaction antérieure à l'entrée en vigueur de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 (loi NRE) applicable en l'espèce, prescrivait de prendre en compte le chiffre d'affaires réalisé lors du dernier exercice clos. La cour a estimé que le Conseil avait procédé ainsi à une «*double modification de l'assiette légale de la sanction*» en violation de la défense de la société sanctionnée qui n'avait pas été mise en mesure

18. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

19. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

de faire valoir ses observations, ce qui justifiait l'annulation partielle de la décision (cf. décision 07-D-47).

Voir aussi *infra* **même arrêt** : sur l'imputabilité des pratiques et sur les sanctions/sur le chiffre d'affaires à prendre en considération.

### *Motivation de la décision*

Voir l'**arrêt Apple Sales International du 4 février 2009**<sup>20</sup> (cf. décision 08-MC-01).

### *Procédure de mesures conservatoires*

Dans l'**arrêt Apple Sales International du 4 février 2009**<sup>20</sup>, la cour, statuant sur les recours formés contre la décision par laquelle le Conseil avait prononcé des mesures conservatoires à la demande de la société Bouygues Télécom, a écarté plusieurs moyens tirés de la violation des droits de la défense et du principe du contradictoire.

### *Dépôt tardif d'écritures et de pièces par le plaignant et délai pour répondre*

Était dénoncé le dépôt tardif par la société plaignante, Bouygues Télécom, avec l'aval du rapporteur général puis du Conseil, de volumineuses écritures et pièces comportant de nouveaux griefs, qui aurait compromis l'exercice de la défense des sociétés mises en cause malgré l'octroi d'un délai supplémentaire. La cour a rappelé qu'aucun délai n'est imposé pour la mise en état des procédures de mesures conservatoires, « *qui se caractérisent par l'urgence et dont l'instruction doit permettre, dans un temps nécessairement restreint, de réunir le plus d'éléments possibles sur le bien-fondé de la demande et, lorsque le rapporteur général, usant de la faculté qu'il tient de l'article R. 463-8 du Code [de commerce], décide, en vue d'assurer une meilleure organisation des débats, de fixer des délais aux parties pour le dépôt de leurs écritures, le dépôt de pièces ou d'écritures après l'expiration du temps imparti ne saurait justifier, sur ce seul fondement, leur rejet de la procédure, dès lors que les parties adverses ont bénéficié d'un temps suffisant pour y répondre* ». En l'espèce, les délais dont avaient disposé Orange et France Télécom pour répondre aux écritures successives de la plaignante ont été jugés suffisants (cf. décision 08-MC-01).

### *Déclassement de documents classés « secret d'affaires »*

La cour a rejeté le moyen tiré de la déloyauté et de la partialité de la rapporteure à laquelle il était reproché d'avoir déclassé au dernier moment la quasi-totalité des documents classés « secret d'affaires » pour appuyer sa position en séance. Elle a jugé que le déclassé des pièces n'est soumis à aucun délai et observé que les parties mises en cause ne pouvaient espérer que les pièces qui avaient été classées « secrets d'affaires » le resteraient puisqu'elles contenaient l'essentiel des clauses fondant les pratiques dénoncées et qu'elles en connaissaient le contenu puisqu'elles les avaient produites (cf. décision 08-MC-01).

20. Cet arrêt a été cassé par la Cour de cassation (Cass. com., 16 février 2010, n° 09-11.968, France Télécom).

*Étendue du contradictoire (absence de notification de griefs, connaissance des mesures conservatoires susceptibles d'être prononcées, pièces non contradictoires mais citées dans la décision)*

La cour a rappelé qu'aucun texte ne prévoit de notification de griefs avant une séance au cours de laquelle est examinée une demande de mesures conservatoires. Les parties ne pouvaient pas davantage prétendre avoir ignoré quelles étaient les mesures susceptibles d'être prononcées alors qu'elles avaient connaissance des demandes formées par la société saisissante. Elle a encore jugé que « *si l'instruction devant le Conseil [...] doit être pleinement contradictoire, l'absence éventuelle de pièces dans le dossier soumis aux parties n'est de nature à entraîner l'annulation de la décision que s'il est avéré qu'elle a porté atteinte à leurs intérêts* ». En l'espèce, il n'était pas contesté que tous les documents cités dans la décision n'avaient pas été soumis aux sociétés mises en cause mais celles-ci ne prétendaient pas qu'elles en auraient contesté la teneur ou l'exactitude, s'agissant pour l'essentiel de données publiques citées pour décrire le fonctionnement des marchés – dont, en leur qualité d'opérateurs de téléphonie mobile, elles avaient nécessairement connaissance – ou d'appréciations tirées d'un avis précédemment rendu par le Conseil. Si des documents avaient été transmis à titre confidentiel par SFR, opérateur qui n'était pas en cause devant le Conseil, leur contenu n'avait pas été retenu à charge contre les sociétés mises en cause, la décision ne s'y référant qu'en termes généraux et uniquement à propos de la société plaignante (cf. décision 08-MC-01).

### Sur la loyauté de la preuve (enregistrements téléphoniques)

Dans l'**arrêt Philips France du 29 avril 2009**<sup>21</sup> rendu après cassation, la cour d'appel a maintenu la position qu'elle avait adoptée dans un arrêt du 19 juin 2007, lors de son premier examen des recours formés par des fabricants de produits électroniques grand public sanctionnés pour avoir mis en place des prix de détail minimaux imposés auprès de leurs distributeurs, en validant les enregistrements téléphoniques auxquels avait procédé le plaignant à l'insu de ces fournisseurs et qu'il avait produits à titre de preuve devant le Conseil. Cette position avait pourtant été censurée par la Cour de cassation qui, dans un arrêt du 3 juin 2008 (Sony France), avait jugé, au visa de l'article 6-1 de la CEDH, que « *l'enregistrement d'une communication téléphonique réalisé par une partie à l'insu de l'auteur des propos tenus constitue un procédé déloyal rendant irrecevable sa production à titre de preuve* ».

Dans une composition présidée par son premier président, la cour d'appel a donc réaffirmé la régularité de ces enregistrements. La cour a ainsi énoncé que l'article 6-1 de la CEDH, s'il édicte le principe du droit au procès équitable et concerne, à ce titre, l'administration de la preuve, n'a pas vocation à régir l'admissibilité des preuves en droit interne : « *L'article 6, § 1, de la [CEDH], à la lumière de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, implique que chaque partie dispose de la faculté, non seulement de faire connaître les éléments nécessaires au*

21. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

succès de ses prétentions, mais aussi de prendre connaissance et de discuter toute pièce ou observation présentée au juge en vue d'influencer sa décision; qu'il n'emporte en lui-même aucune conséquence quant à l'admissibilité des preuves, qui demeure régie par le droit national, mais exige seulement que la procédure, prise dans son ensemble, garantisse un procès équitable; [...] au regard du droit communautaire, en l'absence d'une réglementation spécifique de la preuve [...] tous les moyens de preuve que les droits procéduraux des États membres admettent sont recevables; [...] les infractions aux articles 81 et 82 du traité CE peuvent être établies par tout moyen.» La cour a rappelé ensuite que les dispositions du Code de procédure civile ne s'appliquent pas à la procédure suivie devant le Conseil, qui est conduit par sa mission de protection de l'ordre public économique à exercer des poursuites à des fins répressives et à prononcer des sanctions à caractère punitif : «*Les dispositions du Code de procédure civile, qui ont essentiellement pour objet de définir les conditions dans lesquelles une partie peut obtenir du juge une décision sur le bien fondé d'une prétention dirigée contre une autre partie et reposant sur la reconnaissance d'un droit subjectif, ne s'appliquent pas à la procédure suivie devant le Conseil [...], qui dans le cadre de sa mission de protection de l'ordre public économique, exerce des poursuites à des fins répressives le conduisant à prononcer des sanctions punitives.*»

Dans un second temps, la cour a examiné l'admissibilité des enregistrements téléphoniques au regard des circonstances de l'espèce : «*[...] Devant le Conseil [...], l'admissibilité d'un élément de preuve recueilli dans des conditions contestées doit s'apprécier au regard des fins poursuivies, de la situation particulière et des droits des parties auxquelles cet élément est opposé [...].*» Elle s'est assurée que ces enregistrements n'avaient pas concrètement porté atteinte au droit à un procès équitable, au principe du contradictoire et aux droits de la défense de ceux auxquels ils étaient opposés : «*Si les enregistrements opérés par M. P [...] ont constitué de sa part un procédé déloyal à l'égard de ceux dont les propos ont été insidieusement captés, ils ne doivent pas pour autant être exclus du débat et ainsi privés de toute vertu probante par la seule application d'un principe énoncé abstraitement, mais seulement s'il est avéré que la production de ces éléments a concrètement porté atteinte au droit à un procès équitable, au principe du contradictoire et aux droits de la défense de ceux auxquels ils sont opposés.*» Elle a observé que les personnes enregistrées, amenées à s'expliquer au cours de l'instruction, n'avaient pas protesté contre la déloyauté du procédé, ni émis de doute sur l'authenticité des enregistrements, ni contesté la teneur des entretiens. Elles n'avaient pas davantage prétendu avoir été soumises à des pressions et n'avaient pas renié leurs propos, mais elles les avaient confirmés et développés. La cour a encore souligné que les propos enregistrés portaient exclusivement sur des sujets professionnels à l'exclusion de toute allusion touchant à la vie privée. Elle a relevé, par ailleurs, que ce n'étaient pas les représentants des sociétés requérantes qui avaient été enregistrés, de sorte que celles-ci n'étaient pas fondées à se plaindre d'avoir été amenées à s'auto-incriminer. De surcroît, les requérantes, qui ne mettaient pas en doute l'authenticité des enregistrements ou la fidélité de leurs transcriptions, ne justifiaient pas que le principe de loyauté avait été méconnu à leur égard et elles avaient pu combattre ces éléments à charge dans le cadre d'un débat

contradictoire. Enfin, la cour a retenu une circonstance plus générale tenant aux fins poursuivies par le Conseil de la concurrence, en relevant que « dans le contexte particulier d'ententes qui présentent le plus souvent un caractère occulte, où les victimes sont généralement désarmées et confrontées à la difficulté de fournir des éléments suffisamment probants à l'appui de leur saisine pour caractériser les manœuvres elles-mêmes déloyales de partenaires économiques puissants et connaissant bien les lois du marché, comme en l'espèce, que l'utilisation de tels éléments de preuve n'est pas disproportionnée aux fins poursuivies par le droit de la régulation économique ».

La cour a conclu qu'« en l'absence de texte réglementant la production des preuves par les parties à l'occasion de procédures suivies devant lui sur le fondement des articles L. 420-1 et L. 420-2 du Code de commerce, c'est à juste titre et par des motifs pertinents que la cour adopte que le Conseil, qui bénéficie d'une autonomie procédurale tant à l'égard du droit judiciaire privé national qu'à l'égard du droit communautaire, a retenu, en se fondant sur sa mission de protection de l'ordre public économique, sur le caractère répressif de ces poursuites conduisant au prononcé de sanctions pécuniaires et sur l'efficacité qui en est attendue, que les enregistrements en cause, qui étaient produits par la partie saisissante et non par les enquêteurs ou le rapporteur, ne pouvaient être écartés au seul motif qu'ils avaient été obtenus de façon prétendument déloyale, qu'ils étaient recevables dès lors qu'ils avaient été soumis à la contradiction et qu'il lui appartenait seulement d'en apprécier la valeur probante » (cf. décision 05-D-66).

### Sur l'impartialité et l'indépendance du rapporteur

Voir l'arrêt **Chevron Products Company du 24 novembre 2009**<sup>22</sup> (cf. décision 08-D-30).

### Sur la qualité et la loyauté de l'instruction

#### *Insuffisances de l'instruction – Défaut de réponse du rapporteur aux arguments des mis en cause*

Dans l'arrêt **Ela Médical du 8 avril 2009**, la cour a écarté le moyen tiré des insuffisances de l'instruction (défaut d'audition de certaines personnes, défaut de précision...) en considérant que la requérante ne faisait état d'aucun fait précis établissant que les garanties fondamentales de la procédure<sup>23</sup> lui avaient été refusées (cf. décision 07-D-49).

Dans l'arrêt **Chevron Products Company du 24 novembre 2009**<sup>24</sup>, la cour a rappelé que le rapporteur fonde sa notification de griefs sur les faits qui lui paraissent de nature à en établir le bien-fondé et dispose d'un pouvoir d'appréciation

22. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

23. « Aux termes des dispositions combinés des articles L. 463-1 et L. 463-2 du Code de commerce, la notification de griefs marque l'ouverture de la procédure contradictoire; que les entreprises ont, dès ce moment, la faculté de consulter le dossier, de demander, en application des articles 6-3 de la [CEDH] et L. 463-7 du Code de commerce, l'audition de témoins à décharge au rapporteur et au Conseil, lesquels demeurent cependant maîtres de la conduite des investigations, de présenter leurs observations sur ces griefs puis sur le rapport établi en réponse, lequel est accompagné des documents sur lesquels se fonde le rapporteur et peut être consulté dans les quinze jours précédant la séance par les parties, ainsi que de s'exprimer oralement devant le Conseil. »

24. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

quant à la conduite de ses investigations. Il n'est pas tenu de rétorquer à tous les arguments proposés en réponse à la notification de griefs. Le rapport n'est que l'un des éléments dont dispose le Conseil pour se prononcer. Le contradictoire est respecté dès lors que les parties, tout au long de la procédure, peuvent présenter leurs observations et que le Conseil, après avoir examiné les éléments de fait et de droit portés à sa connaissance, motive sa décision de façon à ce qu'il puisse être répondu, jusque devant la cour, aux arguments soulevés par les parties (cf. décision 08-D-30).

Voir aussi *supra* **arrêt Philips France du 29 avril 2009**<sup>25</sup> : sur la loyauté de la preuve (enregistrements téléphoniques).

### Sur l'égalité entre les parties

Dans l'**arrêt EPSE Joué Club du 28 janvier 2009**<sup>26</sup>, la cour a rappelé le principe selon lequel une société sanctionnée n'est pas recevable à critiquer la décision en ce qu'elle ne sanctionne pas d'autres entreprises, cette circonstance ne lui faisant pas grief (cf. décision 07-D-50).

### Sur l'impartialité de l'Autorité

#### *Déroulement de la séance*

Dans l'**arrêt Chevron Products Company du 24 novembre 2009**<sup>27</sup>, la cour, pour écarter les critiques relatives à la tenue de la séance, prétendument révélatrice de l'attitude offensive du président de séance, notamment lors de l'audition d'un témoin, a relevé qu'aucune entreprise n'avait fait acter d'incident par la secrétaire de séance et rappelé que le principe de la contradiction avait été respecté dès lors que les parties avaient pu présenter leurs observations au cours de la séance et que le Conseil avait motivé sa décision de telle manière que la cour puisse répondre aux arguments soulevés devant elle par les parties (cf. décision 08-D-30).

#### *Présence du rapporteur au délibéré du Conseil*

Voir l'**arrêt Colas Méditerranée du 16 juin 2009**<sup>28</sup> (cf. décision 96-D-65).

#### *Déclarations d'une partie à l'issue des débats*

Dans l'**arrêt Apple Sales International du 4 février 2009**<sup>29</sup>, la cour a précisé qu'*« aucune nullité de la procédure ou de la décision ne saurait résulter des conditions dans lesquelles les parties, à l'issue des débats, ou le Conseil, après que la décision eût été rendue, ont communiqué avec la presse à propos de ce procès, dès lors que ces communications [...] n'ont pu avoir d'influence sur la décision rendue par le collège et ainsi porter atteinte à l'impartialité de ce dernier »*. La cour a ainsi écarté l'argumentation

25. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

26. Arrêt confirmé par la Cour de cassation, 7 avril 2010.

27. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

28. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

29. Cet arrêt a été cassé par la Cour de cassation (Cass. com, 16 février 2010, n° 09-11.968, France Télécom).

selon laquelle la teneur des déclarations, faites à la presse par la partie plaignante en cours de délibéré, aurait permis de penser que l'issue de la procédure – en l'occurrence le prononcé des mesures conservatoires demandées – était déjà décidée à l'avance (*cf.* décision 08-MC-01).

### *Communiqué de presse et conférence de presse de l'Autorité de la concurrence*

Dans l'**arrêt Apple Sales International du 4 février 2009**<sup>30</sup>, la cour a précisé qu'« aucune nullité de la procédure ou de la décision ne saurait résulter des conditions dans lesquelles les parties, à l'issue des débats, ou le Conseil, après que la décision eût été rendue, ont communiqué avec la presse à propos de ce procès, dès lors que ces communications [...] n'ont pu avoir d'influence sur la décision rendue par le collège et ainsi porter atteinte à l'impartialité de ce dernier ». La cour a ainsi écarté l'argumentation selon laquelle le Conseil aurait violé les droits de la défense en diffusant un communiqué de presse au moment même où la décision était communiquée aux parties mises en cause et en les excluant de la conférence de presse qu'il avait organisée le même jour au sujet de la décision, les mettant ainsi dans l'impossibilité de réagir utilement à l'égard de la presse (*cf.* décision 08-MC-01).

### Sur le secret du délibéré

Dans l'**arrêt Chevron Products Company du 24 novembre 2009**<sup>31</sup>, la cour a écarté l'argumentation relative à la violation du secret du délibéré qui aurait résulté de l'envoi aux parties, par courrier électronique, d'une version de la décision, par ailleurs mise en ligne sur le site du Conseil, qui avait ensuite été modifiée sur plusieurs points avant la notification officielle par lettre recommandée avec accusé de réception. Les sociétés requérantes soutenaient que les différences existant entre la version électronique et la version définitive et officielle, notifiée par voie postale, révélaient que le délibéré n'était pas terminé au moment de la diffusion électronique. Mais la cour a retenu que le délibéré avait en réalité pris fin le jour où la décision avait été mise en ligne et diffusée par voie électronique, comme l'attestait la signature de la minute à la date de la diffusion contestée, et qu'aucune circonstance postérieure ne pouvait affecter la validité de la décision adoptée par le Conseil à l'issue de ce délibéré. La cour a précisé que même entachée d'erreurs, une diffusion électronique ne saurait être constitutive d'une violation du secret du délibéré, dès lors qu'elle n'était pas antérieure à la date à laquelle la décision avait été rendue, soit le jour de la fin du délibéré. En outre, cette diffusion électronique avait été accompagnée d'un avertissement indiquant aux parties que cet envoi pour information ne revêtait pas le caractère d'une notification officielle faisant courir les délais de recours contentieux (*cf.* décision 08-D-30).

30. Cet arrêt a été cassé par la Cour de cassation (Cass. com, 16 février 2010, n° 09-11.968, France Télécom).

31. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

## Sur la durée de la procédure (le délai raisonnable)

### *Délai insuffisant*

Dans l'**arrêt EPSE JouéClub du 28 janvier 2009**<sup>32</sup>, la cour a écarté l'argumentation d'un distributeur qui se plaignait du « *caractère expéditif* » de l'instruction, de la « *cadence infernale* » ou du « *rythme effréné* » qui avaient été imposés aux parties, inadaptés à la complexité et l'ampleur de l'affaire, alors qu'un délai supplémentaire lui avait été refusé pour répondre à la notification de griefs. La cour a observé que la requérante ne précisait pas la nature et l'intérêt des informations auxquelles le refus du président du Conseil de lui accorder un délai supplémentaire l'aurait empêchée d'avoir accès dans le délai légal de deux mois et qu'elle n'établissait pas que ce refus aurait concrètement fait obstacle à l'exercice de ses droits de la défense (cf. décision 07-D-50).

### *Délai excessif*

Dans l'**arrêt Ela Médical du 8 avril 2009**, la cour a écarté le moyen tiré de la durée excessive de l'instruction en considérant que la requérante ne démontrait pas que les délais de la procédure auraient, par leur longueur excessive, porté une atteinte irrémédiable aux droits de la défense, rappelant que « *hors l'hypothèse d'une atteinte aux droits de la défense, la méconnaissance éventuelle du délai raisonnable prescrit par la [CEDH] n'est pas sanctionnée par l'annulation ou la réformation de la décision mais par la réparation du préjudice [...] résultant d'un délai jugé excessif* » (cf. décision 07-D-49).

Dans l'**arrêt Chevron Products Company du 24 novembre 2009**<sup>33</sup>, la cour a rappelé que la durée excessive de la procédure ne peut justifier l'annulation de la procédure que s'il est établi « *que cette durée a fait obstacle concrètement et effectivement à l'exercice normal des droits de la défense* », preuve qui n'était pas rapportée, ni même proposée en l'espèce (cf. décision 08-D-30).

Dans l'**arrêt Beauté Prestige International du 10 novembre 2009**<sup>34</sup>, la cour d'appel, sous la présidence de son premier président et sur renvoi après une cassation partielle<sup>35</sup>, a annulé l'instruction et la décision du Conseil, motif pris du délai déraisonnable (6 ans environ) entre la date des faits reprochés et le moment où les entreprises avaient compris ou su effectivement qu'elles auraient à en répondre. Pour la cour, ce délai déraisonnable a privé les entreprises de la possibilité de réunir les informations nécessaires à leur défense<sup>36</sup> et ainsi porté atteinte aux exigences

32. Arrêt confirmé par la Cour de cassation, 7 avril 2010.

33. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

34. Un pourvoi en cassation a été formé par le ministre contre cet arrêt.

35. Dans un arrêt du 10 juillet 2008 (ministre chargé de l'Économie), la Cour de cassation avait partiellement censuré l'arrêt rendu par la cour d'appel le 26 juin 2007 (Guerlain) en ce que celle-ci avait partiellement annulé la décision du Conseil au motif que le Conseil, en retenant le marché des cosmétiques, avait outrepassé le champ de sa saisine d'office, laquelle ne visait expressément que le secteur des parfums, parfums et cosmétiques n'étant pas – selon la cour d'appel – substituables entre eux et constituant des marchés distincts.

36. Informations « *que non seulement elles avaient légitimement égarées, mais dont elles ont jusqu'au dernier moment ignoré la nature exacte* ».

du procès équitable telles que prévues par l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme.

Dans la première partie de l'arrêt, la cour a énoncé un certain nombre de considérations générales relatives à la notion de délai raisonnable. Se référant à la jurisprudence européenne<sup>37</sup>, elle a indiqué que la notion de délai raisonnable prévu à l'article 6-1 de la CEDH, qui conditionne l'efficacité des droits de la défense, doit s'apprécier non seulement lors de la phase contradictoire de la procédure administrative qui débute avec la notification de griefs, mais également lors de la phase antérieure d'enquête non contradictoire<sup>38</sup>. En effet, plus il s'écoule de temps entre les mesures d'enquête et la notification de griefs, plus les entreprises ont accès tardivement au contradictoire et plus elles sont exposées, non seulement à des changements dans leur situation – notamment financière, ce qui peut leur être défavorable lors de la fixation de la sanction –, mais également à la déperdition d'éléments à décharge. Ce risque est d'autant plus grand que la procédure postérieure à la notification de griefs est brève, les entreprises ayant alors, par hypothèse, peu de temps pour retrouver et rassembler les éléments nécessaires à leur défense. La cour a estimé ensuite que ce n'était pas aux entreprises de justifier qu'elles avaient rencontré des difficultés pour se défendre du fait de la durée excessive de la procédure, ce qui constituerait, selon la cour, une preuve négative voire impossible à rapporter, mais que c'était à l'Autorité d'expliquer « *en quoi les entreprises étaient précisément averties de l'enquête en cours et devaient prendre diverses dispositions en conséquence* » pour conserver ou se constituer des preuves à décharge ou alors d'expliquer en quoi l'enquête devait, « *par exception [...] rester secrète* ». En l'occurrence, la cour a estimé que l'Autorité ne pouvait se contenter d'affirmer que les entreprises avaient ou auraient dû avoir connaissance des investigations et qu'elles avaient été, par conséquent, en mesure de conserver ou de réunir « *les contre-preuves précises de nature à répondre à des accusations qu'elles ne connaissaient pas encore* »<sup>39</sup>. De même, elle a écarté l'argumentation mise en avant par le Conseil, relative à la complexité de l'affaire, en constatant que la phase contradictoire de la procédure (postérieure à la notification de griefs) avait été conduite dans un

37. CJCE, 21 septembre 2006, Nederlandse Groothandel et Techn. Unie.

38. « *Considérant que si l'obligation de loyauté inscrite à l'article 6 de la Convention ESDH précitée comme à l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques doit présider à la recherche des preuves, l'enquête n'est pas soumise au principe contradictoire, qui n'est applicable à la procédure qu'à compter de la notification de griefs [...]; que néanmoins la durée excessive de cette première phase de la procédure peut avoir une incidence sur les possibilités futures de défense des entreprises [...], notamment en diminuant l'efficacité des droits de la défense dans la phase ultérieure d'instruction et dans la phase finale de décision de l'Autorité; qu'en effet [...] il importe d'éviter que ces droits [de la défense] puissent être irrémédiablement compromis, notamment en raison d'une durée excessive de la phase d'enquête et que cette durée soit susceptible de faire obstacle à l'établissement de preuves visant à réfuter l'existence de comportements de nature à engager la responsabilité des entreprises concernées; que pour cette raison, l'examen de l'éventuelle entrave à l'exercice des droits de la défense ne doit pas être limité à la phase même dans laquelle ces droits produisent leur plein effet, à savoir la seconde phase de la procédure administrative; que l'appréciation de la source de l'éventuel affaiblissement de l'efficacité des droits de la défense doit s'étendre à l'ensemble de cette procédure en se référant à la durée totale de celle-ci, enquête comprise.* »

39. « *L'Autorité [...] doit contribuer, pour éclairer la Cour, à expliciter en quoi les entreprises étaient précisément averties de l'enquête en cours et devaient prendre diverses dispositions en conséquence, ou éventuellement en quoi cette enquête devant, par exception [...], rester secrète; [...] notamment il ne suffirait pas pour l'Autorité de rappeler [...] que les entreprises avaient ou auraient dû avoir vent d'investigations, ou qu'elles avaient été sollicitées par circulaire, pour se convaincre qu'elles avaient été mises en possession de leurs droits et en mesure de réunir les contre preuves précises de nature à répondre à des accusations qu'elles ne connaissaient pas encore.* »

délai très court (environ dix mois entre la notification de griefs et l'adoption de la décision) et elle a estimé, en outre, que la complexité invoquée ne suffirait pas en toute hypothèse « à justifier le secret et à mettre ainsi en échec les droits de la défense ».

Dans un second temps, la cour a examiné concrètement si la durée de la procédure avait rendu possible l'exercice effectif des droits de la défense des entreprises. Elle a estimé qu'à aucun moment de l'enquête administrative, les sociétés requérantes (les fabricants et les têtes de réseaux de distribution) n'avaient été suffisamment informées de la nature et de la finalité des investigations qui étaient menées (essentiellement auprès des distributeurs) pour être incitées à conserver des preuves de leurs bonnes pratiques. La cour a ainsi retenu qu'elles n'avaient pas eu connaissance de la demande d'enquête adressée à la DGCCRF et, qu'en toute hypothèse, cette lettre comportait un énoncé de la saisine d'office « neutre et imprécis », voire inexact, qui n'aurait pas permis aux entreprises « d'imaginer quelles mesures elles auraient dû prendre ». Les sociétés n'avaient pas eu davantage connaissance des procès-verbaux (de déclarations et communications de documents) dressés par les enquêteurs auprès des distributeurs. Par ailleurs, les courriers échangés entre les fabricants et les enquêteurs fin 1999-début 2000 sur les chiffres d'affaires n'étaient pas davantage de nature à les alerter suffisamment. De même, les relevés de prix qui n'avaient été communiqués qu'au moment de la notification de griefs (6 ans plus tard), n'auraient pas constitué, en soi, des informations susceptibles de donner des indications sur les suites envisagées. En tout cas, a estimé la cour, « une analyse menée par l'administration sur les conditions de la concurrence dans le marché des produits de luxe, ne signifie pas que le Conseil de la concurrence soit saisi, et encore moins qu'il vise telle ou telle entreprise du marché en vue de faire établir des griefs ». La cour a également retenu qu'une enquête complémentaire ordonnée en 2003, se présentant comme une lettre-type destinée à recueillir des informations chiffrées ou juridiques portant sur une période qui n'avait pas été incluse dans les griefs, dissimulait, « fût-ce involontairement, les intentions exactes du rapporteur et levai[en]t les craintes que les entreprises concernées auraient très éventuellement nourries auparavant ». En définitive, la cour a retenu que les premiers éléments qui avaient pu « éventuellement » alerter les entreprises sur « les visées du Conseil » étaient les premières auditions « formelles et offensives » menées par la rapporteure au début de l'année 2005.

La cour a jugé, par ailleurs, que pour combattre les éléments sur lesquels s'était fondé le Conseil pour retenir les griefs (notamment, l'évocation de prix, des relevés de prix, un taux considéré comme significatif d'application des consignes de prix par les distributeurs, des comptes rendus de propos tenus par les distributeurs), les fabricants et les distributeurs ne pouvaient se contenter de produire leur compatibilité ou leurs factures pour les années concernées (1997 à 2000), de sorte qu'on ne pouvait pas se contenter de leur opposer les dispositions relatives à la prescription quinquennale de droit commun en droit commercial ou à l'obligation de conserver les documents comptables pendant dix ans, mais qu'ils auraient dû pouvoir réunir, au moment même où se déroulait l'enquête administrative, divers éléments de nature à contrebattre ceux recueillis par les enquêteurs. La cour retient ainsi

que les entreprises auraient dû, notamment, opérer des relevés de prix dans les zones ou sur les produits délaissés par les enquêteurs, interroger leurs dirigeants ou leurs cadres, analyser les données recueillies au moyen de logiciels informatiques en application à l'époque, faire évaluer par des experts les PPI<sup>40</sup> reconstitués et même « s'interroger les unes les autres car les coûts de fabrication ne sont pas connus des distributeurs et les prix de détail ne sont pas connus des fabricants, même si ces données suscitent légitimement leur curiosité respective ». Autrement dit, pour être à même de se défendre utilement de l'accusation d'entente verticale généralisée reposant sur les trois éléments habituels (diffusion de prix, acquiescement des distributeurs et police des prix), les entreprises « auraient dû réunir, dès 1999, une masse d'informations que non seulement elles avaient légitimement égarées, mais dont elles ont jusqu'au dernier moment ignoré la nature exacte ».

La cour a conclu que « l'atteinte irrémédiable, effective et concrète aux droits de la défense, par le dépassement d'un délai raisonnable entre la date des comportements reprochés et le jour où les entreprises ont su qu'elles auraient à en répondre, [était] démontrée » et qu'elle justifiait l'annulation, non de l'enquête, « qui échappe en elle-même et en bonne part à ces exigences », mais de l'instruction et de la décision qui n'avaient pas respecté les exigences du procès équitable.

La portée de l'annulation est générale – puisqu'elle a profité également à une société requérante qui n'avait pas soulevé le moyen. Elle a aussi empêché la cour de statuer en fait et en droit sur les griefs notifiés puisqu'elle n'a pu juger, en l'absence des éléments que les entreprises n'avaient pu réunir : « Les motifs mêmes de l'annulation de l'instruction et de la décision pour violation des droits de la défense, réduisent à néant les éléments de l'enquête à charge, et privent de base factuelle et juridique la mise en cause des entreprises poursuivies » (cf. décision 06-D-04 bis).

### Sur le communiqué de presse et la conférence de presse (mise en cause de la partialité du Conseil, présomption d'innocence)

Voir *supra*, **arrêt Apple Sales International du 4 février 2009**<sup>41</sup> : sur l'impartialité de l'Autorité/communiqué de presse et conférence de presse de l'Autorité.

Dans l'**arrêt Chevron Products Company du 24 novembre 2009**<sup>42</sup>, la cour a rejeté le moyen tiré de la violation de la présomption d'innocence qui aurait résulté de la diffusion d'un communiqué de presse en rappelant que les communiqués de presse diffusés par l'Autorité n'entrent pas dans le champ de compétence de la cour, qu'ils « ne sont en aucun cas des causes possibles d'annulation ou de réformation des décisions et que leurs conséquences ne peuvent relever que d'une réparation de droit commun sur la preuve d'un dommage » (cf. décision 08-D-30).

40. Prix public indicatif.

41. Cet arrêt a été cassé par la Cour de cassation (Cass. com, 16 février 2010, n° 09-11.968, France Télécom).

42. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

## Sur la prescription

### *Pratiques continues et effet interruptif de prescription*

Dans l'**arrêt Établissements Mathé du 29 septembre 2009**<sup>43</sup>, rendu sur recours contre une décision relative au secteur de la production du contreplaqué, la cour a écarté le moyen de prescription soulevé par une requérante qui contestait le caractère continu des pratiques et qui soutenait que le nouveau délai de prescription quinquennale issu de l'ordonnance n° 2004-1173 du 4 novembre 2004 n'était pas applicable en l'espèce dans la mesure où, à la date d'entrée en vigueur des nouvelles dispositions, l'ancienne prescription triennale était déjà acquise pour les faits antérieurs de plus de trois ans à la saisine. La cour a confirmé le caractère continu des pratiques en retenant que les faits, « *qui se sont renouvelés régulièrement sur une dizaine d'années, n'étaient pas des actes isolés mais s'inscrivaient dans une politique d'élaboration et d'harmonisation des prix ayant perduré pendant plusieurs années sans présenter d'interruption significative; que ces faits, procédant d'une volonté commune persistante, ne peuvent pas s'analyser comme des infractions distinctes mais doivent être considérés comme une infraction unique qui s'est progressivement concrétisée tant par des accords que par des pratiques; qu'elles [sic] forment donc un ensemble permettant de les qualifier de pratique continue* ». Elle a constaté, par conséquent, que la prescription – y compris la prescription triennale – n'était pas acquise lors de l'établissement du procès-verbal contenant la demande de clémence qui avait constitué le premier acte interruptif de cette prescription (*cf.* décision 08-D-12).

## Sur la procédure suivie devant la cour d'appel

### Sur l'irrecevabilité du recours faute d'exposé des moyens

Dans l'**arrêt Eurelec Midi-Pyrénées du 14 janvier 2009**, la cour a déclaré d'office irrecevable le recours qui avait été régulièrement déposé mais qui n'avait pas été accompagné, dans la déclaration de recours ou dans le délai de deux mois suivant la notification de la décision du Conseil conformément à l'article R. 464-12 du Code de commerce, de l'exposé des moyens présentés par le requérant (*cf.* décision 07-D-47).

### Sur la recevabilité du recours du liquidateur judiciaire

Dans l'**arrêt Maître Pelletier du 9 juin 2009**<sup>44</sup>, la cour, statuant sur renvoi après cassation<sup>45</sup>, a déclaré le liquidateur judiciaire de la société plaignante recevable en son recours. Il était soutenu que le liquidateur judiciaire n'avait pas qualité pour exercer une action qui n'est pas relative à un droit patrimonial, telle celle introduite devant le Conseil de la concurrence et, par suite, devant la cour d'appel de Paris, dans le cadre du recours formé contre la décision du Conseil. La cour a retenu que la question de la nature patrimoniale ou extrapatrimoniale de l'action n'était

43. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

44. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

45. Cass. com., 17 juin 2008, n° 05-17566, VIVV, rendu sur un pourvoi contre CA Paris, 28 juin 2005.

adéquate que pour déterminer l'étendue des prérogatives de la société liquidée. Pour déterminer l'étendue des prérogatives du liquidateur judiciaire, il faut distinguer les actions fondées sur un droit exclusivement attaché à la personne du débiteur, dont l'exercice est réservé à celui-ci, et celles ne présentant pas cette caractéristique et qui sont ouvertes au liquidateur, même si leurs effets patrimoniaux ne sont qu'indirects ou éventuels. La poursuite d'une action devant l'Autorité de la concurrence ou devant la cour d'appel de Paris sur recours n'étant pas exclusivement attachée à la personne, le liquidateur judiciaire a qualité pour agir (cf. décision 04-D-79).

### Sur les conditions de recevabilité des moyens et pièces présentés par les requérants

#### *Moyens nouveaux invoqués, après cassation, devant la cour d'appel de renvoi*

Dans l'arrêt **Bouygues Télécom rendu le 11 mars 2009 après cassation partielle**<sup>46</sup>, la cour a déclaré recevables des pièces déposées par une société requérante lorsque, après cassation<sup>47</sup>, elle avait saisi la cour d'appel de renvoi, et par conséquent après le délai de deux mois prévu par les articles R. 464-12 et R. 464-13 du Code de commerce. La cour a estimé que s'il résulte de ces dispositions que les pièces et documents justificatifs non mentionnés dans la déclaration de recours et non remis au greffe en même temps que la déclaration sont d'office irrecevables, «*c'est à la condition que leur production ne soit pas justifiée par le respect des droits de la défense*». Or, en l'espèce, elle a jugé que l'arrêt de la Cour de cassation qui énumérait les critères à prendre en compte dans la recherche de l'objet ou de l'effet anticoncurrentiel de la pratique justifiait que soient admises aux débats des pièces produites, non pour soutenir des moyens nouveaux, mais pour parfaire leur défense au regard de l'analyse requise. En revanche, elle a déclaré d'office irrecevables les moyens présentés par l'association UFC-Que Choisir, tendant au rejet des recours principaux formés par les opérateurs de téléphonie mobile, qui avaient été déposés au-delà du délai de deux mois prévu par l'article R. 464-12 du Code de commerce. En outre, ces moyens étaient irrecevables dans la mesure où lors du premier examen du recours par la cour, l'association ne les avait pas présentés, ayant choisi seulement de poursuivre la réformation de la décision du Conseil en ce qu'elle n'avait pas prévu la transmission du dossier au procureur de la République en application de l'article L. 462-6 alinéa 2 du Code de commerce : «*Aux termes de l'article 631 du Code de procédure civile [...], devant la cour sur renvoi, l'instruction est reprise en l'état de la procédure atteinte par la cassation; [...] la cassation, qui n'atteint que la qualification de l'échange d'informations et le prononcé des sanctions, ne peut avoir pour effet d'ouvrir à l'association UFC-Que Choisir une nouvelle occasion de se joindre à l'instance et de présenter des observations pour s'opposer aux recours*

46. Arrêt confirmé sur le fond par la Cour de cassation, 7 avril 2010.

47. Cass. com., 29 juin 2007, n<sup>os</sup> 07-10303, 07-10354, 07-10397, Bouygues Télécom.

*principaux des sociétés Orange France, SFR et Bouygues Télécom dès lors qu'elle n'avait pas initialement suivi cette voie devant la cour*» (cf. décision 05-D-65).

L'analyse de la cour d'appel selon laquelle sont, en principe, irrecevables les moyens nouveaux invoqués par les parties après cassation, dès lors qu'ils sont invoqués après le délai de deux mois de l'article R. 464-12 (cf. arrêts Cemex Bétons du 25 mars 2008 et SFR du 2 avril 2008) a été censurée en 2009 par la Cour de cassation dans des arrêts du 3 mars 2009 (SFR et Cemex France gestion); cf. *infra*, jurisprudence de la Cour de cassation/la procédure suivie devant la cour d'appel.

### *Recevabilité, dans une procédure de mesures conservatoires, de la note en délibéré produite par une partie*

Dans l'**arrêt Apple Sales International du 4 février 2009**<sup>48</sup>, la cour a déclaré recevable la note en délibéré remise par une société requérante pour signaler un fait nouveau : « *Il est de l'intérêt d'une bonne administration de la justice de recevoir cette note, en ce qu'elle fait état d'un élément, survenu postérieurement à la clôture des débats, qui touche au cœur de la question en discussion [...] et dès lors que le principe du contradictoire a été respecté, les parties ayant été mises en mesure de déposer leurs observations éventuelles.* » La cour a toutefois écarté un constat d'huissier, estimant que les requérantes auraient pu l'obtenir avant la clôture des débats (cf. décision 08-MC-01).

### *Irrecevabilité de pièces non mentionnées dans la déclaration de recours*

Dans l'**arrêt DKT International du 11 septembre 2009**, la cour a écarté des débats une pièce qui n'était pas mentionnée dans la déclaration de recours en violation de l'article R. 464-13 du Code de commerce<sup>49</sup> (cf. décision 09-D-26).

## **Sur l'irrecevabilité du recours incident formé par une partie après son recours principal**

Dans l'**arrêt société Transeuro Desbordes Worldwide Relocations du 25 février 2009**<sup>50</sup>, la cour a déclaré irrecevable le recours incident formé par l'une des sociétés sanctionnées, celle-ci ayant préalablement formé un recours principal : « *Considérant que, la société TDWR ayant épuisé, par l'exercice qu'elle en a fait [...], son droit de recours contre la décision [...], le recours incident par elle formé le 14 mars 2008 contre la même décision est irrecevable* » (cf. décision 07-D-48).

## **Sur l'irrecevabilité du recours incident de la partie plaignante tendant à la réformation de la décision du Conseil en ce qu'elle n'a pas prévu la transmission du dossier au procureur de la République**

Dans l'**arrêt Bouygues Télécom rendu le 11 mars 2009 après cassation partielle**<sup>51</sup>, la cour a déclaré irrecevable le recours incident de l'association UFC-Que Choisir

48. Cet arrêt a été cassé par la Cour de cassation (Cass. com, 16 février 2010, n° 09-11.968, France Télécom).

49. Article R. 464-13 du Code de commerce : « *La déclaration de recours mentionne la liste des pièces et documents justificatifs produits [...].* »

50. Arrêt confirmé par la Cour de cassation, 7 avril 2010.

51. Arrêt confirmé sur le fond par la Cour de cassation, 7 avril 2010.

tendant à la réformation de la décision du Conseil en ce qu'elle n'avait pas ordonné la transmission du dossier au parquet en application de l'article L. 462-6 alinéa 2 du Code de commerce. Le recours incident précédemment formé par l'association sur cette question avait en effet été irrévocablement déclaré irrecevable dans le premier arrêt rendu par la cour d'appel dans cette affaire<sup>52</sup>, l'arrêt de la cour d'appel n'ayant pas été remis en question par la cassation partielle résultant de l'arrêt de la Cour de cassation du 29 juin 2007<sup>53</sup>. La cour d'appel avait observé que la décision de transmission ou de non-transmission du dossier au parquet par le Conseil, prévue par les dispositions précitées, ne fait pas partie des décisions qui peuvent faire l'objet d'un recours, telles qu'elles sont limitativement énumérées aux articles L. 464-7 et L. 464-8 du Code de commerce (*cf.* décision 05-D-65).

### Sur la recevabilité du recours incident du ministre tendant à l'aggravation de la sanction prononcée contre une partie non requérante

Dans l'**arrêt Ela Médical du 8 avril 2009**, la cour a jugé que le ministre chargé de l'économie était recevable à former un recours incident pour demander l'aggravation des sanctions à l'égard d'entreprises qui n'avaient pas formé de recours principal (*cf.* décision 07-D-49).

### Sur l'intervention volontaire devant la cour d'appel

#### *Recevabilité de l'intervention volontaire*

Dans l'**arrêt Apple Sales International du 4 février 2009**<sup>54</sup>, la cour a déclaré recevables les interventions volontaires de la société SFR et de l'association UFC-Que Choisir dont elle a reconnu l'intérêt à agir. La cour a considéré que dès lors que l'Autorité de la concurrence peut être saisie par des entreprises ou des organisations de consommateurs agréés (articles L. 462-1 et L. 462-5 du Code de commerce) et qu'elle doit procéder à une consultation publique permettant à tout tiers intéressé de présenter ses observations lorsqu'elle envisage d'accepter des engagements (article R. 464-2 du même code), « *la procédure suivie devant le Conseil est, sous certaines conditions, accessible aux acteurs du secteur et aux tiers intéressés et qu'ainsi, l'intervention de tiers devant la cour n'est pas incompatible avec la nature propre de ce contentieux* ». La cour en a déduit que les articles 330 et suivants du Code de procédure civile qui prévoient notamment que l'intervention volontaire accessoire est recevable si son auteur a intérêt, pour la conservation de ses droits, à soutenir une partie qui intervient à titre principal étaient applicables à la procédure<sup>55</sup>. En l'espèce, SFR qui n'était pas en cause devant le Conseil mais qui avait

52. CA Paris, 12 décembre 2006, Bouygues Télécom.

53. Cass. com., 29 juin 2007, Bouygues Télécom, précité.

54. Cet arrêt a été cassé par la Cour de cassation (Cass. com, 16 février 2010, n° 09-11.968, France Télécom).

55. Apple, requérante à titre principal, soutenait qu'une telle intervention volontaire n'était pas prévue par le Code de commerce qui régit la procédure de recours devant la cour d'appel et que les dispositions du Code de procédure civile ne sont applicables que si elles sont compatibles avec la nature propre du contentieux de la concurrence, ce qui n'aurait pas été le cas en l'espèce, dans la mesure où SFR et UFC intervenaient en vue de la protection d'intérêts privés.

un intérêt patrimonial au maintien de la décision attaquée en ce qu'elle mettait fin à l'exclusivité de son concurrent Orange sur l'iPhone, tout comme UFC-Que Choisir qui agissait, conformément à ses statuts, pour la défense des intérêts collectifs des consommateurs concernés par la décision attaquée, étaient chacun recevable en son intervention volontaire devant la cour (*cf.* décision 08-MC-01).

Dans l'**arrêt Chevron Products Company du 24 novembre 2009**<sup>56</sup>, la cour a jugé recevable l'intervention volontaire de la société Air France, plaignante devant le Conseil, alors que les requérantes arguaient du fait que les moyens de la compagnie aérienne qui n'étaient pas contenus dans sa déclaration d'intervention avaient été déposés après le délai de deux mois prévu à l'article R. 464-12 du Code de commerce<sup>57</sup>. La cour a retenu que l'article R. 464-17, qui prévoit la possibilité pour une entreprise dont les droits ou charges risquent de se voir affectés par le recours exercé contre une décision de l'Autorité de se joindre à l'instance devant la cour d'appel, donne un délai d'un mois à cette entreprise, après la réception de la lettre de notification du recours, pour déposer sa déclaration écrite et motivée, dans les formes prévues par l'article R. 464-12 pour les recours principaux ou incidents, le renvoi de l'article R. 464-17 à l'article R. 464-12 ne concernant que le premier alinéa de cet article, relatif à la forme de cette déclaration, et non le second, relatif au délai pour déposer l'exposé des moyens invoqués à l'appui du recours. En l'espèce, la déclaration d'intervention d'Air France avait bien été déposée dans le délai prescrit par l'article R. 464-17 et présentait un exposé des motifs suffisant avec cette seule indication : « *Le Conseil a fait une exacte appréciation des circonstances de fait au regard des textes applicables en la cause, Air France se réservant de préciser ultérieurement les moyens à l'appui de son intervention.* » La cour a retenu, à cet égard, que « *la brièveté d'une motivation, ou la référence qu'elle fait à une autre motivation connue des autres parties au procès, satisfait aux exigences de la loi si elle ne porte pas atteinte aux droits de la défense* ». En l'espèce, la preuve d'une telle atteinte n'était pas rapportée par les requérantes, d'autant qu'Air France avait été invitée à développer ses observations par ordonnance de procédure du magistrat délégué par le premier président de la cour d'appel de sorte que les requérantes puissent répliquer (*cf.* décision 08-D-30).

### *Irrecevabilité de l'intervention volontaire*

Dans l'**arrêt Philips France du 29 avril 2009**<sup>58</sup>, la cour a déclaré irrecevable l'intervention volontaire d'une association de consommateurs agréée, non partie devant le Conseil, qui demandait la confirmation de la décision du Conseil ainsi que la condamnation des sociétés sanctionnées à lui verser des dommages et intérêts au titre du préjudice subi par les consommateurs. En effet, l'Autorité de la concurrence, pas plus que la cour d'appel de Paris statuant sur les recours formés contre

56. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

57. L'article R. 464-12 du Code de commerce – auquel renvoie l'article R. 464-17 relatif à l'intervention devant la cour d'appel – prévoit dans son alinéa 2 que lorsque la déclaration de recours ne contient pas l'exposé des moyens invoqués à l'appui du recours, cet exposé doit, à peine d'irrecevabilité prononcée d'office, être déposé au plus tard dans les deux mois suivant la notification de la décision de l'Autorité de la concurrence.

58. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

ses décisions, n'est compétente pour statuer sur la réparation des préjudices causés par les pratiques anticoncurrentielles dont elle a à connaître (cf. décision 05-D-66).

Voir **même arrêt** pour l'irrecevabilité de l'intervention volontaire de la société plaignante formé hors délai et l'irrecevabilité de l'intervention volontaire de la personne physique actionnaire majoritaire de la société plaignante<sup>59</sup> (cf. décision 05-D-66).

### Sur la mise en cause d'office par la cour des organes de la procédure collective ouverte à l'égard d'une société requérante postérieurement à la décision du Conseil

Voir **arrêt société Établissements Mathé du 11 mars 2009**<sup>60</sup> (cf. décision 08-D-12).

### Sur les observations écrites du Conseil devant la cour d'appel

Voir *infra* **arrêt Pierre Fabre Dermo-Cosmétique du 29 octobre 2009** : sur la demande de l'Autorité tendant à la révocation d'un sursis à exécution.

### Sur les observations orales de l'Autorité devant la cour d'appel

Dans l'**arrêt Colas Méditerranée du 16 juin 2009**<sup>61</sup>, la cour, statuant sur renvoi après cassation, a jugé que les nouvelles dispositions introduites par le décret n° 2009-141 du 10 février 2009 (article 1), qui prévoient notamment que le président de l'Autorité ou son délégué a qualité pour représenter l'Autorité en justice et présenter des observations en son nom devant toute juridiction, sont d'application immédiate en l'absence de toute précision contraire relative à son entrée en vigueur et permettent par conséquent à l'Autorité de présenter des observations orales à l'audience même si la décision attaquée est antérieure au 1<sup>er</sup> janvier 2006<sup>62 63</sup> (cf. décision 96-D-65).

Voir *infra* **arrêt Pierre Fabre Dermo-Cosmétique du 29 octobre 2009** : sur la demande de l'Autorité tendant à la révocation d'un sursis à exécution.

59. « [...] La recevabilité de l'intervention volontaire de M. Joseph P. [...] s'apprécie au regard des articles 329, alinéa 2, et 330 du Code de procédure civile, auxquels il n'est pas dérogé par les articles R. 464-10 et suivants du Code de commerce et qui sont donc applicables devant la cour d'appel de Paris statuant sur les recours formés contre les décisions du Conseil de la concurrence [...] ; [...] M. P., qui ne figure pas parmi les personnes ou organismes énumérés par l'article L. 462-5 du Code de commerce, et qui n'a donc pas qualité pour saisir le Conseil de la concurrence d'une prétention quelconque, n'est pas recevable à intervenir à titre principal, son intervention ne pouvant dès lors être qu'accessoire pour appuyer les prétentions d'une autre partie ; [...] mais [...] l'intervention volontaire de la société A. étant irrecevable [...] celle de M. P. l'est aussi par voie de conséquence. »

60. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

61. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

62. « Il résulte des dispositions combinées des nouveaux articles R. 461-1 alinéa 2, R. 461-2 alinéa 1<sup>er</sup>, R. 464-11, R. 464-15 et R. 464-18 du Code de commerce que le président de l'Autorité de la concurrence ou son délégué avait qualité pour représenter l'Autorité en justice et présenter des observations en son nom devant toute juridiction ; que devant la cour d'appel de Paris statuant sur les recours prévus par les articles L. 464-7 et L. 464-8 du Code de commerce, sans être une partie à l'instance, l'Autorité de la concurrence doit être présente à la procédure dont tous les actes lui sont notifiés, qu'elle a la faculté de présenter des observations écrites et qu'elle est "convoquée à l'audience ; que son représentant doit donc être admis à présenter oralement des observations à l'audience. »

63. L'article 27 du décret du 27 décembre 2005 avait donné la faculté au Conseil de faire des observations orales, mais seulement pour la défense des décisions postérieures au 1<sup>er</sup> janvier 2006.

## Sur les pouvoirs du premier président de la cour d'appel statuant en application de l'article L. 464-8 du Code de commerce<sup>64</sup>

### *Modification de contrats de distribution*

Dans l'**ordonnance Pierre Fabre Dermo-Cosmétique rendue le 18 février 2009**, le magistrat délégué par le Premier président de la cour d'appel de Paris pour exercer les attributions résultant des articles L. 464-7 et L. 464-8 du Code de commerce a fait droit à la demande de sursis à l'exécution des injonctions prononcées par le Conseil dans sa décision relative au secteur de la distribution de produits cosmétiques et d'hygiène corporelle vendus sur conseils pharmaceutiques. Le Conseil avait notamment enjoint au fabricant Pierre Fabre de modifier ses contrats afin d'autoriser ses distributeurs à vendre ses produits en ligne. La société faisait valoir que la mise en œuvre de l'injonction allait entraîner des coûts importants, l'apparition d'un parasitisme et, à terme, une atteinte à l'image de la marque, aggravée, en cas d'annulation de la décision, par les changements opérés dans sa stratégie commerciale. Elle mettait aussi en avant l'impossibilité, en cas d'annulation de la décision, de compenser ces effets négatifs.

Le magistrat délégué a estimé que l'injonction de modifier les contrats était de « *de nature à engendrer des coûts conséquents* » aussi bien pour le fournisseur que pour les distributeurs, qu'elle était également susceptible de modifier substantiellement la consistance et la nature du réseau de distribution sélective existant, « *rendant difficile, voire improbable un retour à la situation antérieure en cas de réformation de la décision* » et enfin, qu'aucune urgence ne justifiait l'exécution immédiate de la décision (cf. décision 08-D-25).

### *Mesure de publication*

Dans l'**ordonnance Chevron Products Company rendue le 4 mars 2009**, le magistrat délégué a accordé le sursis à l'exécution de l'injonction de publication prononcée par le Conseil dans l'affaire relative à la fourniture de carburéacteur à Air France à la Réunion. Les compagnies pétrolières mises en cause invoquaient des inexactitudes ou des imprécisions dans le résumé de la décision à publier. Après avoir énoncé que la mesure de publication exige « *que le sens du résumé à publier soit aisément accessible à tous et dénué d'ambiguïté* », le magistrat a jugé que le communiqué prévu par le Conseil ne répondait pas à l'exigence de clarté requise et qu'ainsi la mesure de publication était « *susceptible d'engendrer des conséquences manifestement excessives* » pour les sociétés requérantes. Le magistrat a estimé que le résumé à publier entretenait une confusion entre les sociétés sanctionnées et les groupes auxquelles elles appartenaient, pouvant « *laisser croire à un lecteur non spécialisé* » que c'était les groupes eux-mêmes qui avaient été sanctionnés ; que l'augmentation de prix qui était mentionnée dans le communiqué pouvait « *laisser à comprendre à un lecteur moyennement attentif* » que le chiffre indiqué correspondait à l'augmentation

64. « [...] Le recours n'est pas suspensif. Toutefois, le premier président de la cour d'appel de Paris peut ordonner qu'il soit sursis à l'exécution de la décision si celle-ci est susceptible d'entraîner des conséquences manifestement excessives ou s'il est intervenu, postérieurement à sa notification, des faits nouveaux d'une exceptionnelle gravité. »

générale du coût d'approvisionnement en carburant alors qu'il ne s'agissait que d'une fraction de ce coût ; enfin, que le chiffre indiqué était approximatif et que la méthode pour y parvenir ne figurait pas dans la décision. En revanche, a été écartée l'argumentation des parties relative à l'« *erreur manifeste d'appréciation* » qu'aurait commise le Conseil en retenant l'applicabilité, en l'espèce, du droit communautaire : le magistrat a estimé qu'un tel motif relevait du débat touchant au fond et non d'une violation flagrante des règles de droit et n'était donc pas de nature à justifier le prononcé d'un sursis à exécution : « *Il n'appartient pas au magistrat délégué [...] de contrôler la légalité de la décision, objet du recours dont la cour aura à connaître, à moins qu'en raison d'une violation flagrante des règles de droit qui lui sont applicables, la décision ne soit sérieusement menacée d'annulation de sorte que son exécution dans ces conditions serait de nature à engendrer les conséquences manifestement excessives prévues par l'article L. 464-8 [...]* » (cf. décision 08-D-30).

Voir aussi *supra*, **ordonnance Établissements Marc Morel et Fils du 11 mars 2009**.

### *Païement de la sanction*

Dans l'**ordonnance Établissements Marc Morel et Fils du 11 mars 2009**, le magistrat délégué a fait droit en partie à la demande de sursis à l'exécution présentée par l'une des sociétés sanctionnées dans l'affaire relative au secteur du négoce des produits sidérurgiques. La demande de sursis portait à la fois sur le paiement de la sanction pécuniaire et l'exécution de l'injonction de publication. S'agissant de la sanction pécuniaire, la société invoquait à la fois l'atteinte manifeste qui aurait été portée à ses droits de la défense au cours de la procédure suivie devant le Conseil et les conséquences manifestement excessives qu'aurait entraîné le paiement immédiat de l'amende qui lui avait été infligée. Le magistrat a rappelé qu'il ne lui appartenait pas de contrôler la légalité de la décision, sauf violation flagrante des règles de droit applicables menaçant sérieusement la décision d'annulation « *de sorte que son exécution dans ces conditions serait de nature à engendrer les conséquences manifestement excessives prévues par l'article L. 464-8* » et estimé que la requérante avait été mise en mesure de s'expliquer sur le chiffre d'affaires retenu pour la détermination de la sanction. Le magistrat a toutefois relevé que la sanction équivalait à 22 % du montant du chiffre d'affaires réalisé par la société en 2007 et excédait notablement le montant de ses capitaux propres, même en tenant compte de la provision qu'elle avait prévue : cette situation, « *dans le contexte économique particulièrement tendu* », lui a paru justifier qu'il soit sursis à l'exécution des trois quarts de la sanction. Il a également été fait droit à la demande de sursis en ce qu'elle portait sur la mesure de publication, au motif que celle-ci était « *susceptible de compliquer ses relations avec ses fournisseurs de crédit, banques et factors* » (cf. décision 08-D-32).

Dans **deux ordonnances rendues le 29 septembre 2009 (Beyer Simon et Déménagements Heiss Claude)**, le magistrat délégué a fait droit, partiellement, à l'une des quatre requêtes qui lui étaient présentées, tendant au sursis au paiement des sanctions prononcées dans une décision relative au déménagement de personnels militaires à Nancy. Les demandes étaient toutes motivées par les

difficultés de trésorerie rencontrées par les entreprises. Le magistrat délégué a rejeté trois de ces demandes, en considérant notamment que les sanctions étaient très inférieures au plafond autorisé par la loi et que les entreprises ne justifiaient pas que leur situation économique aurait été réellement mise en péril par le paiement immédiat des amendes prononcées. La cour a rappelé, par ailleurs, que « *l'existence d'une perte comptable ne suffit pas à caractériser la réalité des conséquences manifestement excessives alléguées* », qu'une attestation de cabinet d'expertise-comptable ne suffit pas à elle seule pour démontrer la réalité des difficultés économiques alléguées et que les arguments de fond ne pouvaient être invoqués à l'appui d'une demande de sursis à exécution. En outre, les éléments produits par une entreprise avaient une valeur probante faible (leur origine n'était pas toujours identifiée, ils n'étaient en outre pas toujours complets ni cohérents entre eux). La cour a rappelé enfin que les entreprises avaient la faculté de demander des délais de paiement.

Le sursis a été accordé à la quatrième entreprise pour le paiement de la moitié de sa sanction pécuniaire. L'intéressée avait fait l'objet d'une procédure d'alerte en 2007 et enregistrait encore des pertes. Le magistrat a estimé que ses efforts de rétablissement ne devaient pas être compromis par le paiement immédiat de la totalité de l'amende, ce qui aurait constitué une conséquence manifestement excessive au sens de l'article L. 464-8 du Code de commerce (*cf.* décision 09-D-19).

### **Sur le recours prévu par l'article 5, IV, alinéa 2 de l'ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008<sup>65</sup> contre les ordonnances d'autorisation de visite et de saisie**

Dans l'**arrêt Colas Méditerranée du 16 juin 2009<sup>66</sup>**, la cour, statuant sur renvoi après cassation, a statué sur le recours formé par la société requérante, sur le fondement des dispositions transitoires prévues par l'article 5, IV alinéa 2 de l'ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008, contre l'ordonnance délivrée par le juge ayant autorisé les opérations de visite et de saisie (*cf.* décision 96-D-65).

#### *Sur le caractère effectif du recours ouvert par les dispositions transitoires*

La cour a d'abord écarté l'argumentation selon laquelle le recours ouvert par les dispositions transitoires n'était pas un recours effectif au sens de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme. La requérante faisait valoir, d'une part, que la même composition de la cour d'appel de Paris allait être amenée à se prononcer à la fois sur la régularité de l'ordonnance d'autorisation et sur le fond de l'affaire en violation du principe d'impartialité et, d'autre part, que la requête et les pièces produites par l'administration à l'appui de cette requête ne lui avaient pas été communiquées. Sur le premier point, la cour a rappelé que l'exigence d'impartialité doit être appréciée concrètement : « *L'exigence d'impartialité*

65. L'article 5, IV, alinéa 2, de l'ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008 permet aux parties n'ayant pas formé de pourvoi en cassation contre l'ordonnance d'autorisation ou celles dont le pourvoi en cassation a été rejeté de former un recours contre cette ordonnance devant la cour d'appel de Paris à l'occasion du recours formé contre la décision de l'Autorité de la concurrence sur le fondement de l'article L. 464-8 du Code de commerce.

66. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

*du juge a pour finalité d'éviter qu'il ne soit habité d'un quelconque préjugé sur l'affaire qui lui est soumise; que cela implique notamment que le même juge ne soit pas appelé à statuer s'il a dans une précédente intervention pris une position ou émis une appréciation qui apparaît comme susceptible d'avoir une influence sur la seconde décision; qu'ainsi l'exercice successif par un même juge de fonctions juridictionnelles différentes dans un même litige n'est pas forcément contraire à l'exigence d'impartialité mais doit être apprécié au cas par cas par rapport à la finalité recherchée.* » Elle a observé qu'en l'espèce, le juge auquel l'autorisation avait été demandée devait seulement vérifier l'existence de présomptions d'une pratique anticoncurrentielle sans que son appréciation ne préjuge celle qui serait ultérieurement portée par la juridiction du fond sur la portée des éléments de preuve recueillis. Elle a estimé que par conséquent, « *le contrôle en fait et en droit de la régularité de l'ordonnance d'autorisation de visite et de saisie n'impliquera de la part de la cour aucune appréciation sur le bien fondé des griefs et des sanctions [...]; que la cour peut à la fois statuer sur les deux plans du recours [...] sans que cela constitue une atteinte à l'exigence d'impartialité* ». Sur le second point, la cour a retenu qu'il ne pouvait être reproché au ministre, qui n'était pas partie à l'instance et qui ne pouvait s'attendre à voir remise en cause une ordonnance ayant force de chose jugée depuis plus de dix-huit ans, de ne pas avoir communiqué les documents aux entreprises (cf. décision 96-D-65).

### *Sur la régularité de l'ordonnance d'autorisation des opérations de visite et de saisie*

La cour a jugé régulière l'ordonnance prise par le juge. Elle a ainsi précisé que « *dans le cadre du recours ouvert par l'article 5 de l'ordonnance du 13 novembre 2008, la cour d'appel [...], juridiction du fond, donc juge du droit et du fait [...] ne doit pas s'arrêter uniquement aux termes de l'ordonnance mais peut avoir recours à des éléments extrinsèques pour en vérifier la régularité* ». Elle a écarté les moyens de nullité soulevés constatant notamment que l'auteur de la requête, fonctionnaire de la DGCCRF, avait été régulièrement habilité à demander les autorisations de procéder aux visites et saisies prévues par l'article 48, que les opérations de visite et de saisie s'inscrivaient bien dans le cadre de l'enquête indiqué dans l'ordonnance du juge et que les pièces fournies par l'administration étaient mentionnées dans l'ordonnance, ce qui établissait, jusqu'à inscription de faux, qu'elles avaient été soumises au juge. L'origine de ces pièces était licite et elles suffisaient à étayer les soupçons de pratiques anticoncurrentielles dans le secteur géographique et professionnel faisant l'objet de l'enquête à l'égard des sociétés concernées (cf. décision 96-D-65).

### *Sur la contestation des opérations de visite et de saisie*

La cour a déclaré irrecevable la contestation de la requérante dans la mesure où celle-ci avait négligé de saisir le président de la juridiction, désigné plusieurs années auparavant par un arrêt de la Cour de cassation pour statuer sur le déroulement des opérations, dans le cadre de la contestation qui avait été alors élevée par les entreprises (cf. décision 96-D-65).

## Sur la saisine de la Cour de justice des Communautés européennes pour une question préjudicielle

Dans l'arrêt **Pierre Fabre Dermo-Cosmétique du 29 octobre 2009**, la cour a décidé de poser une question préjudicielle à la Cour de justice des Communautés européennes à laquelle il a été demandé de dire «*si l'interdiction générale et absolue de vendre sur Internet les produits contractuels aux utilisateurs finals, imposée aux distributeurs agréés dans le cadre d'un réseau de distribution sélective, constitue effectivement une restriction caractérisée de la concurrence par objet au sens de l'article 81 paragraphe 1 du traité CE échappant à l'exemption par catégorie prévue par le règlement n° 2790/1999, mais pouvant éventuellement bénéficier d'une exemption individuelle en application de l'article 81 paragraphe 3 du traité CE*». Le Conseil avait sanctionné l'interdiction faite par la société Pierre Fabre, à ses distributeurs agréés, de vendre sur Internet des produits cosmétiques et d'hygiène corporelle qui étaient commercialisés sous diverses marques de parapharmacie. La société Pierre Fabre qui, contrairement à plusieurs de ses concurrents également mis en cause, avait choisi la voie contentieuse plutôt que celle des engagements, s'était vue enjoindre de supprimer de ses contrats de distribution sélective toutes mentions équivalant à une interdiction de vente sur Internet<sup>67</sup>.

En substance, le Conseil avait considéré que l'interdiction de vente sur Internet, qui limite les ventes au sein d'un réseau de distribution sélective, équivaut à une limitation des ventes actives et passives aux utilisateurs finals dans la mesure où elle prive les distributeurs agréés de la faculté de prospecter des clients (par l'envoi de messages) ou de satisfaire des demandes (non sollicitées) adressées sur leur site et qu'il s'agit d'une restriction caractérisée au sens de l'article 4 c du règlement CE n° 2790/1999 du 22 décembre 1999 concernant l'application de l'article 81 § 3 du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées et du point 53 des lignes directrices de la Commission sur les restrictions verticales. Pour l'Autorité, une telle interdiction a nécessairement un objet restrictif de concurrence en application des points 21 et 23 des lignes directrices de la Commission concernant l'application de l'article 81 § 3 du traité (2004/C 101/08). Une telle interdiction ne peut bénéficier ni de l'exemption catégorielle prévue par le règlement relatif aux restrictions verticales (article 4 c), ni de l'exemption individuelle prévue aux articles L. 420-4-2° du Code de commerce et 81 § 3 du traité CE, Pierre Fabre ne démontrant pas le progrès économique qui pourrait en résulter et le caractère indispensable de la restriction de concurrence.

La société Pierre Fabre contestait cette analyse pour des raisons touchant à la fois à la méthode du Conseil et au fond. Sur la méthode, elle reprochait essentiellement au Conseil d'avoir fait l'économie de la démonstration de l'objet anticoncurrentiel de la pratique en se fondant sur des lignes directrices à la «*rédaction générale incertaine*» et en considérant, à tort, que le simple fait que la pratique n'était

67. Cf. *supra*, ordonnance Pierre Fabre Dermo-Cosmétique du 18 février 2009 : la décision 08-D-25 a fait l'objet d'une ordonnance de sursis à exécution rendue le 18 février 2009, le magistrat délégué ayant considéré que l'exécution immédiate de l'injonction était de nature à entraîner des conséquences manifestement excessives compte tenu du caractère quasi irréversible de sa mise en œuvre.

pas exemptable par catégorie entraînait *ipso facto* son caractère anticoncurrentiel. Elle faisait aussi valoir que le Conseil ne pouvait à la fois considérer que la pratique était une infraction *per se* et en même temps examiner si elle pouvait bénéficier d'une exemption collective ou individuelle, la qualification d'infraction *per se* étant, en outre, en contradiction avec le recours à la procédure d'engagements à l'égard des autres fournisseurs mis en cause. Sur le fond, la requérante faisait notamment valoir que l'interdiction de vente sur Internet n'était pas une restriction caractérisée par objet dès lors que le point 51 des lignes directrices sur les restrictions verticales, applicable, selon elle, à la distribution sélective, précise qu'une telle interdiction est admissible si elle est objectivement justifiée. Pierre Fabre prétendait que son interdiction de vente en ligne était justifiée dans la mesure où la vente en ligne était incompatible avec la nature, la technicité et la qualité de ses produits développés dans une optique de soins et nécessitant l'intervention d'un pharmacien dans des points de vente physiques. La requérante faisait valoir qu'en toute hypothèse, l'interdiction pouvait bénéficier de l'exemption par catégorie prévue par l'article 4 c du règlement sur les restrictions verticales qui admet, par exception, l'interdiction faite à un distributeur agréé de vendre « à partir d'un lieu d'établissement non autorisé » afin que les critères posés par le réseau ne soient pas contournés. Enfin, selon Pierre Fabre, la pratique pouvait bénéficier de l'exemption individuelle en ce qu'elle garantissait le bien-être du consommateur grâce à la présence physique d'un pharmacien et qu'elle permettait de prévenir les risques de contrefaçon et de parasitisme sans avoir aucune incidence sur l'intensité de la concurrence ou sur le niveau des prix.

La Commission est intervenue comme *amicus curiae* devant la cour d'appel<sup>68</sup> pour défendre une position qui rejoignait globalement celle du Conseil. Selon elle, l'interdiction générale et absolue de vendre en ligne les produits contractuels aux utilisateurs finals imposée par le fournisseur à ses distributeurs constitue une restriction caractérisée par objet au sens de l'article 81 § 1 et n'est pas exemptable par catégorie. Pour autant, son analyse se démarque de celle de l'Autorité sur deux points : en premier lieu, pour la Commission, la qualification de la vente en ligne comme vente active ou passive « n'est pas pertinente dans le cas de la distribution sélective dans la mesure où toute restriction à la revente, qu'il s'agisse d'une vente active ou passive, constitue une restriction caractérisée » ; en second lieu, le point 51 des lignes directrices sur les restrictions verticales qui prévoit que l'interdiction de vendre sur Internet est admissible si elle est « objectivement justifiée » n'est pas applicable car il doit être interprété comme visant des cas exceptionnels, notamment ceux où l'interdiction est exigée par la législation afin de protéger l'ordre public pour des raisons liées à la sécurité ou à la santé des consommateurs.

La cour d'appel a saisi la Cour de justice après avoir notamment relevé les divergences existant entre la Commission et l'Autorité et le silence du règlement d'exemption sur les restrictions verticales sur la question de l'interdiction de vendre sur Internet dans les réseaux de distribution sélective (*cf.* décision 08-D-25).

68. Sur le fondement de l'article 15 § 3 du règlement 1/2003.

## Sur la demande de l'Autorité tendant à la révocation d'un sursis à exécution

Dans le même **arrêt Pierre Fabre Dermo-Cosmétique**, la cour a déclaré irrecevable la demande de l'Autorité de la concurrence tendant à ce que, dans l'hypothèse où la cour déciderait de poser une question préjudicielle à la Cour de justice des Communautés européennes, elle révoque le sursis à l'exécution de la décision précédemment prononcé<sup>69</sup>. La cour a rappelé que l'Autorité était seulement habilitée, en vertu de l'article R. 464-18 du Code de commerce, à présenter des observations au soutien de ses décisions (*cf.* décision 08-D-25).

## Sur les mesures conservatoires

### *L'octroi de mesures conservatoires*

Dans l'**arrêt Apple Sales International du 4 février 2009**<sup>70</sup>, la cour a rejeté les recours formés par les sociétés Apple, France Télécom et Orange France contre la décision de mesures conservatoires concernant la commercialisation de l'iPhone. Était en cause l'exclusivité dont bénéficiait Orange sur l'iPhone, exclusivité résultant du partenariat conclu entre Apple et l'opérateur de téléphonie mobile, qui faisait de ce dernier, par le biais d'une série de contrats, l'opérateur de réseau et le grossiste exclusif pour l'iPhone en France, pour une durée de cinq ans, aussi bien pour les modèles de terminaux existants – notamment la dernière version du terminal l'iPhone 3G, disponible en France depuis juillet 2008 –, que pour ceux susceptibles d'être mis sur le marché. D'autres restrictions de concurrence avaient été dénoncées, parmi lesquelles une clause imposant aux revendeurs agréés de vendre au moins 30 % de baladeurs numériques iPod.

Le Conseil, saisi par Bouygues Télécom, avait estimé que l'exclusivité était susceptible d'affaiblir la concurrence sur le marché des services de téléphonie mobile en renforçant la prééminence d'Orange et que, compte tenu de sa durée, de son étendue, de l'attractivité du produit, elle était de nature à porter une atteinte grave et immédiate à la concurrence sur le marché et aux consommateurs. À titre conservatoire, il avait par conséquent ordonné des mesures provisoires destinées à permettre aux concurrents d'Orange de commercialiser l'iPhone, mesures consistant, en substance, à suspendre l'exclusivité sur les modèles qui étaient d'ores et déjà commercialisés et à la limiter à trois mois sur les modèles futurs.

La cour a entièrement confirmé ces analyses. Elle a écarté le bénéfice de l'exemption prévue à l'article 4 d du règlement (CE) n° 2790-1999 du 22 décembre 1999, rappelant que cette exemption ne s'applique pas aux accords verticaux qui ont pour objet la restriction des livraisons croisées entre distributeurs à l'intérieur d'un système de distribution sélective. Tel était le cas des documents contractuels en cause, en particulier du contrat de distribution signé entre Orange et Apple, qui

69. *Cf. supra*, ordonnance du magistrat délégué par le premier président de la cour d'appel du 18 février 2009.

70. Cet arrêt a été cassé par la Cour de cassation (Cass. com., 16 février 2010, n° 09-11.968, France Télécom).

interdisait à Orange d'acheter les produits agréés auprès d'autres sources qu'Apple, sauf accord préalable écrit, incitait Orange à veiller à ce que le produit ne soit pas vendu à un acheteur qui entendrait l'exporter hors de France et lui interdisait de procéder à des ventes croisées actives. Il en était de même des contrats signés entre Orange et les distributeurs agréés obligeant ces derniers à se fournir en terminaux exclusivement et directement auprès d'Orange, leur interdisant de s'approvisionner auprès d'autres sources sans l'accord écrit préalable d'Orange, et ne leur permettant la revente que dans les points de vente autorisés en France. La cour a encore observé que le système de distribution de l'iPhone contrevenait à l'article 4 c du règlement, qui proscriit la restriction des ventes actives ou passives aux utilisateurs finals par les membres d'un système de distribution sélective qui opèrent en tant que détaillants sur le marché, en ce qu'il obligeait les détaillants agréés à associer à chaque terminal vendu une prestation de téléphonie mobile Orange à moins d'une opération de « désimlockage » des terminaux nus assortis d'une carte SIM bloquée sur le réseau Orange, qui générait des frais dissuasifs.

La cour a approuvé le Conseil d'avoir estimé qu'il existait, en l'état du dossier, une atteinte à la concurrence résultant du système de distribution mis en place par Apple, cette atteinte résultant du cumul de trois facteurs :

- en premier lieu, l'avantage concurrentiel majeur constitué pour Orange par une exclusivité d'une durée exceptionnelle de cinq ans, à laquelle s'ajoutait l'attractivité particulière de l'iPhone, qui avait vocation à bénéficier de l'effet de levier résultant de la position largement prééminente d'Apple, grâce à l'Ipod sur le marché des baladeurs numériques<sup>71</sup> et du téléchargement payant de musique en ligne ;
- en deuxième lieu, la faible intensité compétitive régnant sur le marché des services de téléphonie mobile ;
- enfin, le risque de cloisonnement du marché pouvant résulter des effets cumulatifs de partenariats exclusifs entre opérateurs et fabricants de terminaux si d'autres opérateurs choisissaient en riposte de se faire concéder des exclusivités similaires, risque dont SFR avait d'ailleurs confirmé la réalité.

La cour a écarté l'exemption prévue par l'article 81 § 3 du traité CE, pour cause de gains d'efficience, dont Orange et France Télécom réclamaient le bénéfice. Elle a relevé que les investissements allégués pour le lancement de l'iPhone, qui se montaient en réalité, non pas à 46 millions d'euros, mais à 16,5 millions d'euros pour les deux modèles 2G et 3G, correspondant aux seuls coûts fixes exposés, étaient très inférieurs aux 140 millions d'euros de bénéfices nets réalisés par Orange, en seulement cinq mois et sur le seul modèle 3G. Elle a relevé également l'absence de réalité du risque invoqué par Orange qui aurait résulté du partenariat avec le nouvel entrant qu'était Apple sur le marché de l'Internet mobile. La cour a estimé, enfin, qu'il n'y avait pas de lien de causalité entre le niveau de sursubventionnement allégué du terminal, dont aurait profité le consommateur, et l'exclusivité consentie à Orange : elle a observé que dans certains pays, le subventionnement

71. 48 % environ de part de marché en France alors que les concurrents n'excédaient pas 10 %.

avait été contractuellement prévu sans exclusivité et qu'en principe, le subventionnement trouve sa contrepartie dans la durée de l'engagement de l'utilisateur ou dans le type de forfait choisi. En outre, des terminaux vendus en exclusivité (par un seul opérateur) comme l'iPhone ne bénéficient pas d'un niveau de subvention supérieur à ceux vendus par plusieurs opérateurs en concurrence.

La cour a confirmé que les mesures conservatoires prononcées étaient justifiées par l'atteinte grave et immédiate portée aux intérêts du secteur des services de téléphonie mobile, en particulier au marché de l'Internet mobile, en pleine structuration, et à ceux des consommateurs. Pour la cour, comme pour le Conseil, l'immédiateté de l'atteinte, et donc l'urgence à la faire cesser, résultait des circonstances suivantes : la forte dynamique de renouvellement du marché du terminal et, en particulier, du terminal multimédia, le succès spectaculaire et durable de l'iPhone 3G, le fait que ce développement se faisait au détriment des autres opérateurs, la captation d'abonnés étant quasiment irréversible compte tenu de la durée moyenne de l'engagement (18 mois) et du fait que nombre de clients sont rapidement rendus captifs d'Apple par le biais du téléchargement de musique sur iTunes. À cet égard, la cour observe que l'abandon du système de protection sur les fichiers vendus sur iTunes, annoncé par Apple et rendu public en cours de délibéré, ne valait que pour l'achat de musique effectué à compter de cette date mais que les consommateurs ayant acquis des morceaux précédemment devaient acquitter 30 centimes d'euros par chanson ou 30 % du prix de l'album, supplément que la cour a jugé dissuasif. Enfin, la cour a estimé que les mesures conservatoires prononcées apparaissaient justifiées et limitées à ce qui était nécessaire pour faire face à l'urgence, observant qu'Orange avait déjà bénéficié d'une longue exclusivité sur l'iPhone qui lui avait permis de récupérer largement ses investissements (*cf.* décision 08-MC-01).

### *Le rejet de demandes de mesures conservatoires*

Dans l'**arrêt DKT International du 11 septembre 2009**, la cour a confirmé la décision dans laquelle l'Autorité de la concurrence avait décidé d'instruire au fond la plainte de la société DKT International mais avait rejeté sa demande de mesures conservatoires. Étaient dénoncées des pratiques d'entente et d'abus de position dominante de la société Éco-Emballages et de sa filiale Valorplast sur le marché des déchets d'emballages ménagers en plastique, qui auraient compromis le développement de l'activité exercée par la plaignante, de reprise des déchets auprès des collectivités locales. Il était demandé à l'Autorité d'enjoindre à titre conservatoire aux sociétés mises en cause d'apporter un certain nombre de modifications dans leurs contrats avec les collectivités et dans leur campagne d'informations auprès de celles-ci et de mettre en place un approvisionnement pour les opérateurs indépendants (comme DKT) censé permettre à ces derniers d'exercer une concurrence effective. L'Autorité avait estimé que les conditions d'octroi des mesures n'étaient pas remplies : l'atteinte grave et immédiate au secteur et à l'intérêt des consommateurs invoquée n'était pas établie ; le lien de causalité entre les

pratiques dénoncées et les difficultés invoquées par la plaignante n'était pas davantage démontrées; enfin, l'Autorité avait considéré que la date, encore éloignée, prévue pour le renouvellement du contrat dont bénéficiait Éco-Emballages avec les collectivités ne rendait pas nécessaire le prononcé de mesures conservatoires.

La cour a approuvé le rejet de la demande de mesures conservatoires, estimant que la condition d'immédiateté n'était pas satisfaite. En effet, l'atteinte grave dont DKT se plaignait était antérieure de plusieurs mois aux conséquences néfastes que la plaignante leur attribuait et était en tout cas antérieure de trois années à sa demande de mesures conservatoires. Par ailleurs, les contrats entre les entreprises et les collectivités ne devaient pas être conclus avant la fin 2010 ou la fin 2011, voire plus tard encore : dès lors, selon la cour, on ne pouvait astreindre les deux recycleurs mis en cause à faciliter les ambitions commerciales de la plaignante. L'arrêt a ainsi précisé les contours de la condition d'immédiateté (de laquelle découle l'urgence)<sup>72</sup> : l'atteinte n'est plus immédiate – l'urgence n'existe plus – si la situation anticoncurrentielle est ancienne; l'atteinte n'est pas immédiate non plus – l'urgence n'existe pas encore – si elle ne se produit pas dans un « *avenir proche* », car alors, les mesures conservatoires qui pourraient être prononcées « *pourraient affecter prématurément le fonctionnement des entreprises concernées* [en cause] » (cf. décision 09-D-26).

## Sur le fond

### *Sur la définition du marché pertinent*

Dans l'arrêt **Bouygues Télécom rendu le 11 mars 2009**<sup>73</sup> après cassation partielle<sup>74</sup>, la cour a rejeté les recours formés par les opérateurs de téléphonie mobile (Orange France, SFR et Bouygues Télécom) contre la décision rendue par le Conseil en 2005 qui les avait sanctionnés pour avoir mis en œuvre, sur le marché de la téléphonie mobile de détail, deux types d'entente. Il s'agissait, d'une part, d'un accord portant sur la stabilisation de leurs parts de marché respectives autour d'objectifs définis en commun (accord de gel de parts de marché) et, d'autre part, entre 1997 et 2003, d'échanges réguliers d'informations confidentielles et stratégiques portant sur les nouveaux abonnements et les résiliations.

72. « *Considérant que l'article L. 464-1 du Code de commerce réserve expressément les mesures conservatoires aux situations d'atteinte immédiate aux intérêts que cette disposition protège; qu'en outre les mesures conservatoires doivent être non seulement proportionnées à la gravité de l'atteinte, mais aussi limitées à ce qu'impose l'urgence de la situation; Considérant dès lors, que les mesures conservatoires qui interviendraient trop tard pour redresser une situation, ne sont plus nécessaires et ne peuvent pas être accordées; Que même le risque de disparition de l'entreprise qui demande ces mesures n'est pris en considération par le législateur, que dans le cas d'atteinte immédiate aux intérêts de cette requérante, ce qui ne recouvre donc pas les situations anticoncurrentielles anciennes; que réciproquement, la condition d'urgence exclut les mesures conservatoires si l'atteinte aux intérêts protégés ne se produit pas dans un avenir proche, parce qu'alors lesdites mesures pourraient affecter prématurément le fonctionnement des entreprises concernées.* »

73. Arrêt confirmé sur le fond par la Cour de cassation, 7 avril 2010.

74. Dans un arrêt du 29 juin 2007 (Bouygues Télécom, précité), la Cour de cassation a cassé partiellement l'arrêt de confirmation rendu par la cour d'appel le 12 décembre 2006 (Bouygues Télécom, précité).

Un premier arrêt confirmatif de la cour d'appel avait été censuré par la Cour de cassation s'agissant des échanges d'informations. La Haute juridiction avait jugé, en effet, que les juges d'appel n'avaient pas légalement justifié leur décision en tenant pour établie une entente « *sans rechercher de façon concrète [...] si l'échange régulier [...] d'informations rétrospectives entre les trois entreprises [...] avait eu pour objet ou pour effet réel ou potentiel, compte tenu des caractéristiques du marché, de son fonctionnement, de la nature et du niveau d'agrégation des données échangées qui ne distinguaient pas entre forfaits et cartes prépayées, et de la périodicité des échanges, de permettre à chacun des opérateurs de s'adapter au comportement prévisible de ses concurrents et ainsi de fausser ou de restreindre de façon sensible la concurrence sur le marché concerné* ».

À l'occasion de son deuxième examen du recours, la cour d'appel, dans une autre formation, a constaté que le marché de la téléphonie mobile présentait des caractères de structure et de fonctionnement tels qu'un échange régulier d'informations confidentielles et stratégiques entre les sociétés opérant sur ce marché pouvait se traduire par une restriction de concurrence. Elle a relevé, en effet, que le marché de la téléphonie mobile de détail était « *un marché oligopolistique fortement concentré* », constitué des trois opérateurs en cause qui se partageaient la totalité de l'offre, et présentant de fortes barrières à l'entrée. Elle a relevé, par ailleurs, la stabilité des parts de marché de chacun des trois opérateurs, non remise en cause par les évolutions de la demande et renforcée par le fléchissement de l'intensité de la concurrence à partir de l'an 2000 qui s'était traduit par une diminution des efforts consentis en vue de l'acquisition de nouveaux clients et une augmentation des tarifs, ces éléments s'inscrivant dans une « *politique de pacification* » entre les opérateurs. La cour a écarté enfin l'argumentation de France Télécom selon laquelle les échanges d'informations avaient permis aux opérateurs de mieux anticiper l'évolution de la demande et, ainsi, de mieux ajuster la capacité de leurs réseaux respectifs, ce qui avait profité aux consommateurs et à l'efficacité économique globale. Cette argumentation ne reposait sur aucune démonstration et n'était étayée par aucun élément du dossier. Au contraire, la connaissance des ventes brutes n'apportait aucune information sur le volume des consommations et la localisation des saturations éventuelles et ne présentait donc pas l'utilité qui était alléguée (*cf.* décision 05-D-65).

Dans l'**arrêt Agence funéraire lyonnaise pompes funèbres Viollet du 31 mars 2009**, la cour a approuvé la délimitation des marchés pertinents retenue par le Conseil dans la décision de sanction prise contre la ville de Lyon en raison des comportements de sa régie municipale des pompes funèbres. Celle-ci avait abusé de sa position dominante en mettant en place une information, un accueil des familles et une organisation des locaux susceptibles d'engendrer une confusion entre son activité de gestionnaire de la chambre funéraire et son activité d'opérateur d'obsèques à Lyon et dans l'agglomération lyonnaise et en s'attribuant ainsi un avantage concurrentiel indu sur les autres opérateurs de pompes funèbres.

Deux marchés, distincts du marché général des services funéraires proposés aux familles, sur lesquels la régie municipale et la société OGF-PFG disposaient de

positions dominantes, avaient été identifiés : d'une part, un marché répondant à la demande des établissements de soins ou de séjour ne disposant pas de chambre mortuaire et qui organisaient le départ des corps vers une chambre funéraire lorsque les familles ne prennent pas en main elles-mêmes les opérations funéraires, et d'autre part, un marché correspondant à la demande d'organisation d'obsèques de la part des familles pour les défunts dont les corps ont été transportés en chambre funéraire par les établissements de soins.

Au plan géographique, il existait un marché, spécifique à la ville de Lyon, répondant à la demande des établissements de soins ou de séjour ne disposant pas de chambre mortuaire et les marchés géographiques concernés par l'offre aux établissements de soins ou de séjour des funérariums de Vénissieux et Saint-Priest gérés par OGF-PFG étaient plus larges que l'étendue de ces communes. S'agissant du marché des obsèques des personnes transportées en chambre funéraire à l'initiative des établissements de soins ou de santé, l'offre pouvait être plus ou moins étendue selon le domicile des défunts et il n'avait pas été exclu qu'une même chambre funéraire desserve des marchés géographiques distincts. Mais, en l'espèce, il avait été observé que les trois chambres funéraires engendraient, chacune, leurs propres marchés : la régie municipale de Lyon détenait une position dominante sur la chambre funéraire de Lyon et OGF-PGF détenait une position dominante sur les obsèques organisées pour des personnes transportées depuis les chambres funéraires de Vénissieux et Saint-Priest.

La cour a rappelé qu'« une entreprise en position dominante sur un marché pou[va]it se voir reprocher un abus dont les effets affectent d'autres marchés, dès lors que son comportement a un lien de causalité avec sa position dominante et que le marché sur lequel l'abus déploie ses effets sont connexes ». Elle a approuvé le Conseil d'avoir estimé que les griefs d'abus de position dominante notifiés à la régie et à OGF-PGF visaient des effets tant sur le marché général des prestations funéraires proposées aux familles que sur les marchés particuliers des obsèques des personnes dont le corps a été transporté aux chambres funéraires de Lyon, de Vénissieux ou de Saint-Priest à la demande des établissements de soins ou de séjour : « Ces différents marchés ont tous un lien de connexité étroite, soit parce qu'ils sont en amont ou en aval les uns des autres, soit parce qu'ils concernent des prestations similaires, à défaut d'être complètement substituables » (cf. décision 08-D-09).

Dans l'**arrêt Pierre Fabre Dermo-Cosmétique du 29 octobre 2009**, la cour a avalisé la définition, non contestée, du marché pertinent retenu par le Conseil des produits cosmétiques et d'hygiène corporelle vendus sur conseil d'un pharmacien (cf. décision 08-D-25).

Dans l'**arrêt Chevron Products Company du 24 novembre 2009**<sup>75</sup>, la cour, rappelant que « la définition du marché, dans l'enquête et l'instruction sur une entente horizontale, a pour utilité de déterminer le droit applicable, de caractériser une pratique et d'établir la gravité du comportement anticoncurrentiel », a confirmé la définition des marchés concernés : « Le marché de produit est celui du carburéacteur qui

75. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

*constitue, conformément à la pratique décisionnelle de la Commission, un marché de produit distinct des autres carburants (tels que l'essence automobile, le gazole, le carburant marin ou le fuel domestique); le marché géographique correspond à l'escale de l'île de la Réunion puisque l'approvisionnement se fait à cette escale; qu'en effet, pour les vols directs pour la métropole, qui constituent la majorité des vols, il n'existe pas d'autre possibilité pour les compagnies que de s'approvisionner en carburéacteur sur place; que l'escale de Saint-Denis de la Réunion n'est donc substituable à aucune autre escale et il existe une demande spécifique de l'approvisionnement en kérosène des avions qui font escale à la Réunion.»* Dans son analyse de l'applicabilité du droit communautaire en l'espèce, la cour a pris en compte deux marchés connexes au marché de la fourniture de carburéacteur : celui de l'approvisionnement en carburéacteur et celui du transport de passagers vers ou au départ de la Réunion (cf. *infra* : sur l'application du droit communautaire); (cf. décision 08-D-30).

## **Sur les pratiques d'entente**

### **Sur les ententes horizontales**

*Concertations mises en œuvre au sein d'organismes professionnels  
(consignes de prix)*

Dans l'**arrêt Union syndicale des médecins spécialistes confédérés du 18 mars 2009**<sup>76</sup>, la cour a réformé la décision de sanction prise contre plusieurs organisations syndicales de médecins spécialistes de secteur I qui avaient diffusé des consignes pour inciter leurs adhérents à utiliser largement, voire systématiquement, le dépassement exceptionnel d'honoraires alors que, selon les textes réglementaires régissant ces dépassements, ils ne pouvaient être utilisés qu'avec « *tact et mesure* » et devaient faire l'objet d'une appréciation individuelle, au cas par cas, lorsque l'intervention du médecin s'inscrivait dans des « *circonstances exceptionnelles de temps et de lieu dues à une exigence particulière du malade* ».

Le Conseil avait estimé que la diffusion de ces consignes collectives, qui visait à compenser l'absence de revalorisation du tarif des actes que les syndicats n'avaient pu obtenir des caisses d'assurance-maladie dans le cadre conventionnel normal, et qui avait par ailleurs abouti à une hausse significative du prix des consultations, était constitutive d'une entente sur les prix. Le Conseil avait écarté l'argumentation des syndicats qui consistait à mettre en avant la nature administrée du secteur en cause, caractérisé par l'absence de concurrence par les prix, laquelle aurait rendu impossible une entente sur les prix. Il avait estimé que si la concurrence par les prix était effectivement très limitée en secteur I du fait du caractère réglementé des tarifs, la concurrence s'y exerçait néanmoins sur la qualité des prestations offertes par les médecins et que cette concurrence avait été perturbée par la hausse artificielle des honoraires induite par les consignes syndicales : du fait des relèvements d'honoraires préconisés par les syndicats, le choix par le patient d'un spécialiste sur le seul critère de qualité, dès lors que les honoraires

76. Arrêt confirmé par la Cour de cassation, 7 avril 2010.

étaient fixés et connus par avance, avait été indûment compliqué par des considérations financières et avait, en définitive, souvent entraîné le paiement d'un prix plus élevé et imprévisible. Le Conseil avait retenu également que les consignes syndicales avaient eu pour objet et effet de dissuader les médecins de déterminer leurs dépassements d'honoraires (leurs prix) de façon autonome, dans le cadre du « colloque singulier » avec chaque patient, et étaient, de ce seul fait, qualifiables au regard du droit de la concurrence.

La cour d'appel n'a pas partagé cette analyse. Après avoir rappelé que les dispositions répressives de l'article L. 420-1 du Code de commerce sont d'interprétation stricte, elle a relevé qu'en secteur I, la concurrence existait seulement sur la qualité du service rendu, en l'absence de toute concurrence par les prix, les dépassements d'honoraires étant eux-mêmes encadrés. La cour a indiqué ne pas partager l'appréciation du Conseil « *selon laquelle une pratique concertée de médecins conventionnés tendant à s'affranchir des tarifs imposés entre dans le champ d'application de l'article L. 420-1 [...] puisque, précisément, cette modalité de leur activité professionnelle échappe à toute concurrence et qu'il ne peut donc être retenu que les agissements reprochés aux syndicats aient eu pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché, en particulier de faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché* ». Les organisations syndicales de médecins sanctionnées ont par conséquent été mises hors de cause (cf. décision 08-D-06).

### *Ententes sur les prix*

Dans l'**arrêt société Transeuro Desbordes Worldwide Relocations du 25 février 2009**<sup>77</sup>, la cour a rejeté le recours formé contre la décision par laquelle le Conseil, à partir d'une demande de clémence, avait sanctionné une douzaine d'entreprises de déménagement pour s'être entendues sur les prix de certaines prestations (niveau des taux d'assurance et prix des loyers de garde-meubles) et pour avoir établi des devis de complaisance en vue de fausser la concurrence sur le marché du déménagement des personnels militaires (cf. *infra*). La cour a confirmé l'existence de l'entente sur les prix en faisant sienne la démonstration du Conseil qui reposait sur un faisceau d'indices regroupant, outre les éléments apportés par l'entreprise dénonciatrice, des pièces saisies au cours de perquisitions et des déclarations d'un certain nombre de représentants des entreprises en cause. Cette affaire a été l'occasion, pour la cour, d'approuver l'approche du Conseil, inspirée de la jurisprudence communautaire, s'agissant de la participation – même passive – d'une entreprise à une seule réunion à objet anticoncurrentiel ; elle a rappelé qu'une telle participation tombe sous le coup de la prohibition des ententes dès lors que l'entreprise ne s'est pas distanciée immédiatement et publiquement du mécanisme anticoncurrentiel dont la réunion était le support : « [...] Lorsque, comme en l'espèce, une entente est mise au point au cours de réunions informelles, souvent occultes ou secrètes, auxquelles participent de leur propre initiative des entreprises concurrentes, la présence d'une entreprise à une seule de ces réunions tombe sous le coup de la prohibition édictée

77. Arrêt confirmé par la Cour de cassation, 7 avril 2010.

à l'article 81 § 1 du traité CE, dès lors qu'une telle participation, même si elle reste passive, suffit à conforter le mécanisme de l'entente en ce qu'elle renseigne l'ensemble des participants sur le comportement commercial que les autres acteurs du marché ont décidé d'adopter, alors que la concurrence exige au contraire que les concurrents décident de leur comportement de façon autonome et dans l'incertitude de la stratégie de leurs concurrents, et en ce qu'elle permet aux participants plus actifs d'anticiper l'absence d'opposition de l'entreprise présente, qui ne viendra pas perturber le jeu collusif. » Par conséquent, « une entreprise doit s'abstenir de participer à des prises de contact, directes ou indirectes, avec ses concurrents en vue d'échanger sur les politiques commerciales et notamment les prix des biens ou des services qu'elle offre sur le marché et que, lorsqu'elle y est conviée, elle doit refuser d'y participer, ou, si sa bonne foi est surprise, se distancier sans délai et publiquement du mécanisme anticoncurrentiel dont la réunion est le support. » La cour a encore rappelé que la démonstration de la participation d'une entreprise à une entente n'impose pas la démonstration de la volonté ou l'intention de cette entreprise de fausser les règles de la concurrence (cf. décision 07-D-48).

Voir *infra*, **même arrêt** pour la répartition de marchés au moyen de devis de complaisance.

Dans l'**arrêt Établissements Mathé du 29 septembre 2009**<sup>78</sup>, la cour a largement confirmé la décision prise par le Conseil pour sanctionner un cartel dans le secteur du contreplaqué. Dans cette affaire, dans laquelle le Conseil avait mis en œuvre son programme de clémence, six fabricants de contreplaqué avaient, au sein de leur organisation professionnelle, d'une part, mis en place une grille tarifaire commune de leurs produits et d'autre part, coordonné, pendant plusieurs années, leurs hausses tarifaires. La réformation de la cour n'a concerné que certaines sanctions.

La cour a confirmé le caractère anticoncurrentiel des hausses tarifaires concertées et de la structure tarifaire adoptée en commun, les entreprises ne contestant d'ailleurs pas la matérialité des faits<sup>79</sup>.

La cour a rejeté l'argumentation selon laquelle les hausses tarifaires décidées en commun auraient constitué une simple répercussion technique des augmentations des coûts de production subies par les entreprises au même moment et dans les mêmes proportions : « *Considérant que si chacun des acteurs était soumis à la même hausse des coûts amont, rien ne justifiait une concertation tendant à imposer à leurs clients au même moment les mêmes hausses de tarifs, alors que les entreprises en cause n'étaient manifestement pas identiques en termes de moyens, de structures et de quantités et qualités produites et que dans le prix de revient d'un produit industriel entrent évidemment d'autres paramètres que les matières premières, le transport et la main-d'œuvre.* » Elle a également écarté l'argumentation selon laquelle les pratiques auraient été justifiées par les préoccupations de survie d'opérateurs d'un secteur en déclin. De même, a été repoussée l'argumentation tendant à contester l'existence des effets de la pratique. Sur ce point, la cour a constaté que les tarifs des entreprises avaient

78. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

79. Sur les six entreprises sanctionnées, deux n'avaient pas contesté les griefs.

connu une hausse sensible et identique et que la concertation avait en elle-même réduit, pour chaque participant à l'entente, l'incertitude sur le comportement de ses concurrents, notamment quant à la façon dont ils répercuteraient une hausse des coûts subie en amont, avait nui à la saine compétition entre entreprises, peu incitées à accroître leur productivité et à diminuer leurs prix en fonction de leurs performances propres. Elle a estimé, par ailleurs, que les entreprises contestaient vainement la mise en œuvre effective des hausses tarifaires décidées en commun dès lors qu'elles avaient adressé à leurs clients respectifs des circulaires annonçant les hausses, lesquelles avaient été ensuite effectivement intégrées à leurs tarifications, les reports de hausses constatés ne résultant pas de la volonté concurrentielle des membres de l'entente mais ayant été imposés par certains négociants au fort pouvoir de marché : « *Il ressort de l'enquête la volonté commune et permanente des membres de l'entente, même avec un décalage par rapport à leurs vœux, d'appliquer la discipline de hausse, et ce sans qu'il soit besoin d'user de moyens coercitifs.* » L'existence de remises et de prix effectifs plus bas que les prix portés sur les tarifs a été jugée sans incidence sur la qualification des pratiques dès lors que « *la participation d'entreprises concurrentes à des réunions de concertation sur les prix, c'est-à-dire ayant un objet anticoncurrentiel par nature, suffit à caractériser une entente prohibée, sans qu'il soit nécessaire, à ce stade, d'en mesurer les effets sur le marché, c'est-à-dire le dommage à l'économie, critère à prendre en considération pour l'application des sanctions* ».

S'agissant de la structure tarifaire commune, la cour a réfuté l'argumentation selon laquelle il s'agissait d'un simple outil technique d'aide à la gestion (mercure) ou d'une grille de référencement avalisée par les pouvoirs publics et utilisée par l'ensemble des acteurs du marché : cette approbation administrative datait du régime de réglementation des prix abandonné en 1986 et l'utilisation de telles grilles à l'étranger ne pouvait être invoquée. La cour a reconnu, par ailleurs, que la grille de prix était « *devenue un moyen de rigidité de fixation des prix et le moyen, pour la profession, de procéder à des augmentations de tarifs simultanées et identiques* » alors même qu'il n'y avait pas de parfaite identité des structures de production et de vente entre les entreprises, et qu'ainsi elle avait nui au libre jeu de la concurrence (cf. décision 08-D-12).

### *Echanges d'informations ou concertations à l'occasion d'appels à la concurrence*

#### *Répartition de marchés au moyen d'offres de couverture ou de devis de complaisance*

Dans l'**arrêt Colas Midi-Méditerranée du 16 juin 2009**<sup>80</sup>, la cour, statuant après cassation, après avoir annulé la décision du Conseil en raison de la présence du rapporteur et du rapporteur général au délibéré, a statué sur les griefs d'entente notifiés et rejeté le recours formé par la société Colas Midi-Méditerranée contre une décision rendue en 1996 pour sanctionner des ententes commises à l'occasion de marchés publics, passés dans le département du Var, concernant des

<sup>80</sup>. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

travaux routiers, du terrassement, des canalisations et de l'assainissement. La cour a confirmé l'analyse du Conseil concluant à l'existence d'échanges d'informations et de concertations préalables au dépôt des soumissions des entreprises qui avaient permis l'établissement d'offres de couverture et à la participation de la société requérante à la concertation. Elle a rappelé qu'« en matière de marchés publics, la coordination des offres ou l'échange d'informations antérieures au dépôt des offres caractérisent une entente anticoncurrentielle » et que « la preuve d'une telle entente peut être rapportée par un faisceau d'indices qui, après recoupement, constituent un ensemble de présomptions suffisamment graves, précises et concordantes ». La cour a rappelé également que la circonstance que le bénéficiaire d'une offre de couverture n'ait pas remporté le marché affecté par la concertation était indifférente pour la caractérisation du comportement anticoncurrentiel (cf. décision 96-D-65).

Dans l'**arrêt société Transeuro Desbordes Worldwide Relocations du 25 février 2009**<sup>81</sup>, la cour a rejeté le recours formé contre la décision par laquelle le Conseil, à partir d'une demande de clémence, avait sanctionné une douzaine d'entreprises de déménagement pour s'être entendues sur les prix de certaines prestations (niveau des taux d'assurance et prix des loyers garde-meubles) et pour avoir établi des devis de complaisance en vue de fausser la concurrence sur le marché du déménagement des personnels militaires. La cour a confirmé l'existence de ces devis de complaisance découverts dans les locaux d'une entreprise soumissionnaire : ils comportaient l'en-tête d'une entreprise concurrente et des montants systématiquement supérieurs à ceux présentés par l'entreprise dans laquelle ils avaient été saisis, et ce alors même que l'activité de déménagement internationale concernée par ces devis était étrangère au champ d'activité de l'entreprise qui en était l'auteur (cf. décision 07-D-48).

Voir *supra*, **même arrêt** pour l'entente sur les prix.

Dans l'**arrêt Compagnie française de transport interurbain du 3 novembre 2009**<sup>82</sup>, la cour a rejeté le recours formé contre la décision de sanction prise par le Conseil contre des sociétés de transport de voyageurs en autocar qui s'étaient concertées pour se répartir les marchés lors d'appels d'offres passés par la ville d'Annecy et le conseil général de Haute-Savoie. Une seule des onze sociétés sanctionnées avait formé un recours et répondait des comportements d'un de ses établissements secondaires.

La cour a approuvé en tout point l'analyse du Conseil. Elle a confirmé la participation de l'établissement aux concertations reprochées : plusieurs indices montraient que l'intéressé avait bénéficié d'une offre de couverture et participé à au moins une des réunions préparatoires à l'élaboration des offres au cours desquelles les entreprises avaient réparti entre elles les lots du marché et harmonisé leurs prix. La cour a rappelé un certain nombre de principes relatifs aux ententes prohibées en matière de marchés publics : « [...] *En matière de marchés publics ou privés sur appel d'offres, une entente anticoncurrentielle peut prendre la forme, notamment d'une*

81. Arrêt confirmé par la Cour de cassation, 7 avril 2010.

82. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

*coordination des offres ou d'échanges d'informations entre entreprises antérieures à la date où le résultat de l'appel d'offres est connu ou peut l'être, qu'il s'agisse de l'existence de compétiteurs, de leur nom, de leur importance, de leur absence d'intérêt pour le marché considéré, ou des prix qu'ils envisagent de proposer.»* La cour a rappelé également que *«la preuve de l'existence de telles pratiques qui sont de nature à limiter l'indépendance des offres, condition normale du jeu de la concurrence, peut résulter en particulier d'un faisceau d'indices constitué par le rapprochement de diverses pièces recueillies au cours de l'instruction, même si chacune de ces pièces prise isolément n'a pas un caractère suffisamment probant; qu'il en résulte que tout échange d'information préalablement au dépôt des offres est anticoncurrentiel s'il est de nature à diminuer l'incertitude où toutes les entreprises doivent se trouver placées, relativement au comportement de leurs concurrents, cette incertitude étant en effet la seule contrainte de nature à pousser des opérateurs concurrents à faire le maximum d'efforts en terme de qualité et de prix pour obtenir le marché et qu'à l'inverse, toute limitation de cette incertitude affaiblit la concurrence entre les offreurs et pénalise l'acheteur public, obligé à payer un prix plus élevé que celui qui aurait résulté d'une concurrence non faussée».*

La cour a encore rappelé le caractère prohibé de la participation, même passive, à une seule réunion à caractère anticoncurrentiel dès lors que le participant ne s'est pas distancié sans délai et publiquement du mécanisme anticoncurrentiel dont la réunion est le support : *«[...] Une entreprise doit s'abstenir de participer à toute prise de contact directe ou indirecte, ayant pour objet ou effet d'influencer le comportement sur le marché d'un concurrent actuel ou potentiel ou de dévoiler à un tel concurrent le comportement que l'on envisage de tenir soi-même sur le marché; [...] en cas de tenue de réunions informelles auxquelles participent à leur propre initiative des entreprises concurrentes, l'entreprise dont un responsable est convié à une telle réunion doit soit refuser d'y participer soit si la bonne foi du participant est surprise, se distancier sans délai et publiquement du mécanisme anticoncurrentiel dont la réunion est le support; [...] en effet, une participation, même passive, suffit à conforter le mécanisme de l'entente en ce qu'elle renseigne l'ensemble des participants sur le comportement commercial que les autres acteurs du marché ont décidé d'adopter alors que la concurrence exige à l'opposé que les compétiteurs décident de leur comportement de manière autonome.»* La cour a précisé encore que le fait que les objectifs envisagés lors des réunions n'aient pas été atteints ou que les alliances envisagées aient ensuite été modifiées était sans incidence sur l'existence de l'accord de volontés anticoncurrentiel (cf. décision 08-D-33).

### *Limitation concertée des quantités offertes*

Dans l'**arrêt Chevron Products Company du 24 novembre 2009**<sup>83</sup>, la cour a confirmé presque entièrement la décision prise par le Conseil pour sanctionner des compagnies pétrolières (Chevron, Shell, Esso et Total) qui avaient réparti entre elles le marché lors d'un appel d'offres organisé par Air France en 2002 pour son approvisionnement en carburéacteur sur l'aéroport de Saint-Denis de la Réunion. Les compagnies s'étaient concertées pour obtenir une répartition du

83. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

marché et garantir leurs parts de marché respectives : en limitant conjointement les volumes offerts, elles avaient contraint Air France à ne pouvoir faire autrement, pour couvrir ses besoins en carburant, que d'accepter leurs offres sans pouvoir en rejeter aucune, ni négocier les prix.

Pour confirmer le caractère anticoncurrentiel des pratiques, la cour a écarté l'argumentation selon laquelle les pratiques auraient été induites par les modalités suivant lesquelles Air France achetait son carburéacteur : elle a ainsi confirmé que les demandes d'Air France aux compagnies pétrolières pour son approvisionnement en carburéacteur sur l'escale de la Réunion étaient des appels à la concurrence, « *consistant à inviter des fournisseurs de biens ou de services à présenter une offre en vue de la satisfaction d'une demande limitée et identifiée* » ; qu'à supposer qu'Air France ait pu favoriser la commission des pratiques en laissant filtrer des informations au cours du processus de mise en concurrence et permis ainsi aux entreprises de faire en sorte de ne pas dépasser globalement 100 % des besoins de l'acheteur, cette circonstance ne pouvait avoir aucune conséquence exonératoire, mais tout au plus une cause d'atténuation de la sanction : « *Le comportement d'entente est constitué dès lors que des entreprises ont librement et volontairement participé à une action concertée en sachant qu'elle avait pour objet ou pouvait avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence* » et « *le comportement du cocontractant, qu'il soit distributeur, acheteur ou donneur d'ordre, n'est par conséquent pas exonératoire, chaque entreprise conservant la responsabilité de répondre à une sollicitation manifestement illicite dans son objet ou dans ses effets* ».

La cour a constaté, par ailleurs, que la preuve de l'entente entre les pétroliers avait été rapportée par le Conseil. Elle a observé que les entreprises échangeaient régulièrement des informations entre elles (sans que ce soit illicite), notamment sur leur part de marché respective, dans le cadre des deux GIE mis en place pour assurer les opérations de stockage et d'avitaillement sur l'aéroport de Saint-Denis. Elle a constaté que la démonstration de l'entente reposait à la fois sur des preuves matérielles – notes manuscrites et courriers électroniques saisis dans les locaux des entreprises révélant la répartition de marché convenue avant le dépôt de l'appel d'offres, l'existence d'échanges entre les pétroliers avant la fin de l'appel d'offres au sujet de l'attitude commune à adopter pour tenir compte du changement de source d'approvisionnement en carburéacteur (rendu nécessaire par l'entrée en vigueur de nouvelles spécifications européennes pour le gasoil à compter du 1<sup>er</sup> mars 2003) et au sujet des prix de transfert et des conséquences de l'utilisation de différents index de cotation entrant dans les offres soumises – et sur la similitude des comportements des compagnies pétrolières au cours de l'appel d'offres de 2002, similitude qui n'avait jamais été observée auparavant. Cette similitude avait consisté, d'une part, à proposer uniment des prix en hausse pour la première enchère et à maintenir ces prix élevés pendant les tours d'enchère suivants et, d'autre part, à limiter ensemble, pendant toute la durée de l'appel d'offres, les volumes offerts de manière à se positionner chacun comme fournisseur incontournable d'Air France : ainsi, la somme cumulée des volumes offerts par les compagnies correspondait exactement (100 %) aux besoins appelés de sorte qu'Air France n'avait pas d'autre

choix, si elle voulait couvrir la totalité de ses besoins en carburant que d'accepter les conditions de prix proposées par les compagnies (cf. décision 08-D-30).

### *Refus concerté de répondre à un appel d'offres*

Dans l'**arrêt Ela Médical du 8 avril 2009**, la cour a confirmé la décision qui avait sanctionné des fabricants de défibrillateurs cardiaques qui avaient refusé, de façon concertée, de répondre à un appel d'offres lancé par le CHU de Montpellier, mandaté par d'autres CHU, mettant ainsi en échec une nouvelle procédure d'achat groupé destinée à permettre aux établissements hospitaliers de tirer un meilleur profit tant au niveau du prix que du service rendu et visant à revenir à la procédure antérieure d'appels d'offres individuels. La cour a confirmé l'existence d'un faisceau d'indices graves, précis et concordants, démontrant que les fabricants de défibrillateurs s'étaient concertés pour s'abstenir de soumissionner à l'appel d'offres et a rejeté leur argumentation selon laquelle le parallélisme de leurs comportements s'expliquait par des circonstances communes ou propres à chacun, suffisantes pour justifier leurs décisions individuelles d'abstention. Les cinq fabricants concernés s'étaient rencontrés à plusieurs reprises sous l'égide d'un syndicat professionnel pour discuter de la conduite à tenir face à cet appel d'offres national et s'étaient concertés pour aboutir à une décision commune de refus de répondre à l'appel d'offres. Au cours de ces réunions, ils avaient mis au point les arguments juridiques et techniques qu'ils allaient utiliser ensuite pour donner à ce comportement commun l'apparence de comportements parallèles décidés unilatéralement. La cour a rappelé à cette occasion la jurisprudence constante selon laquelle un document peut être opposé à une entreprise dont il n'émane pas, même s'il ne la mentionne pas expressément<sup>84</sup>. Elle a écarté les explications données par les entreprises selon lesquelles des doutes existant sur la légalité de l'appel d'offres ou sur sa rentabilité les auraient déterminées individuellement à s'abstenir de présenter une offre mais a estimé que ces motifs pouvaient être pris en compte au titre de l'appréciation de la gravité de la pratique. Elle a estimé, enfin, que rien ne démontrait que le refus de soumissionner aurait eu pour effet d'assurer un progrès économique de nature à faire bénéficier l'entente de l'exemption de l'article L. 420-4 du Code de commerce (cf. décision 07-D-49).

### *Échanges d'informations sur un marché oligopolistique*

Dans l'**arrêt Bouygues Télécom du 11 mars 2009**<sup>85</sup>, après cassation partielle<sup>86</sup>, la cour a rejeté les recours formés par les opérateurs de téléphonie mobile contre la décision rendue par le Conseil en 2005 qui avait sanctionné les trois opérateurs (Orange France, SFR et Bouygues Télécom) pour avoir mis en œuvre, sur le marché de la téléphonie mobile de détail, deux types d'entente. Il s'agissait, d'une part, d'un accord portant sur la stabilisation de leurs parts de marché respectives autour d'objectifs définis en commun (accord de gel de parts de marché)

84. « La circonstance que les délibérations aient été reconstituées à partir de notes qui ne proviennent pas de ces deux sociétés et ne les désignent pas expressément n'étant à cet égard d'aucune conséquence. »

85. Arrêt confirmé sur le fond par la Cour de cassation, 7 avril 2010.

86. Dans un arrêt du 29 juin 2007 (Bouygues Télécom), la Cour de cassation a cassé partiellement l'arrêt de confirmation rendu par la cour d'appel le 12 décembre 2006 (Bouygues Télécom).

et, d'autre part, entre 1997 et 2003, d'échanges réguliers d'informations confidentielles et stratégiques portant sur les nouveaux abonnements et les résiliations.

Un premier arrêt confirmatif de la cour d'appel avait été censuré par la Cour de cassation s'agissant des griefs d'échanges d'informations. La Haute juridiction avait jugé en effet que les juges d'appel n'avaient pas légalement justifié leur décision en retenant pour établie une entente ayant consisté à échanger régulièrement des informations confidentielles relatives au marché sur lequel elles opéraient, « *sans rechercher de façon concrète [...] si l'échange régulier [...] d'informations rétrospectives entre les trois entreprises [...] avait eu pour objet ou pour effet réel ou potentiel, compte tenu des caractéristiques du marché, de son fonctionnement, de la nature et du niveau d'agrégation des données échangées qui ne distinguaient pas entre forfaits et cartes prépayées, et de la périodicité des échanges, de permettre à chacun des opérateurs de s'adapter au comportement prévisible de ses concurrents et ainsi de fausser ou de restreindre de façon sensible la concurrence sur le marché concerné* ».

La cour d'appel, dans sa formation de renvoi, a confirmé le caractère confidentiel des informations échangées qui ressortait notamment d'un courrier électronique saisi sur la messagerie d'un directeur adjoint de Bouygues Télécom appelant l'attention sur le fait que les chiffres échangés l'étaient « *à titre confidentiel* » et ne devaient « *en aucune façon être communiqués à l'extérieur et notamment pas auprès de nos instances réglementaires* ». Contrairement à ce que soutenaient les opérateurs, les données n'avaient pu être préalablement obtenues par d'autres canaux (publications de l'ART, informations données par les distributeurs ou la presse...) car les échanges précédaient la transmission des données à l'ART et leur publication mensuelle dans « l'observatoire des mobiles » et ils étaient restés mensuels après que cette publication était devenue trimestrielle. En outre, les diverses analyses ou études de marché qui pouvaient être publiées par des organismes spécialisés ou la presse économique « *ne pouvaient évidemment être plus récentes ni plus précises, ni plus fiables, ni plus régulières que leurs sources, ni être exploitées avec autant d'efficacité qu'un ensemble de données systématiquement actualisé tous les mois pendant plusieurs années* ». Par ailleurs, les ventes brutes échangées chaque mois n'étaient pas publiées par l'ART. Enfin, les renseignements donnés par les distributeurs aux opérateurs ne portaient que sur les ventes des produits de chacun d'eux et non sur ceux des autres et ne permettaient donc pas de reconstituer l'information globale sur la répartition des parts de marché.

La cour a confirmé également le caractère stratégique des informations échangées dont la Cour de cassation avait souligné l'importance. Elle a ainsi constaté que le Conseil avait justement expliqué en quoi les informations, particulièrement celles sur les ventes brutes, malgré leur caractère global (malgré l'absence de ventilation par régions, par nature de l'offre – pré ou postpayée –, par canal de distribution ou catégorie de clientèle), « *présentaient à elles seules un intérêt stratégique déterminant pour éclairer la prise de décision de politique commerciale, notamment parce qu'elles permettaient de faire un lien direct entre les mouvements de prix des produits et l'évolution de l'indicateur ventes brutes* ». La cour a ainsi approuvé le Conseil d'avoir retenu que sur le marché concerné, où la transparence était atténuée par

la multiplicité de l'offre, « l'observation de l'évolution des ventes brutes [était] le seul indicateur capable de renseigner de façon synthétique sur "l'effort concurrentiel fait par les concurrents" ». Elle a également constaté que les données globales présentaient en elles-mêmes un intérêt stratégique suffisant puisque les opérateurs avaient envisagé d'échanger des indicateurs plus complets comportant par exemple une ventilation entre pré et postpayés, mais y avaient renoncé. La cour a estimé que, bien que rétrospectives, les informations échangées, « par leur grande actualité et la périodicité rapprochée des communications, compte tenu, en outre, de leur accumulation constitutive d'une série continue pendant plusieurs années », présentaient une utilité certaine pour anticiper une évolution. La cour a relevé « au surplus, que le caractère stratégique des données échangées [était] suffisamment établi, dans la réalité, par l'attention avec laquelle ces informations étaient analysées, au plus haut niveau de la direction des entreprises, par les instances décisionnelles en charge, précisément de la stratégie commerciale des sociétés en cause ». Elle a estimé que le Conseil avait montré que les informations échangées avaient été utilisées concrètement par les opérateurs pour évaluer les conséquences de la politique commerciale mise en œuvre, justifier les mesures commerciales prévues, infléchir, le cas échéant, leur politique commerciale, enfin anticiper le comportement de l'un d'entre eux en réaction à une baisse de ses parts de marché.

La cour a estimé, par ailleurs, que le Conseil avait démontré les effets non seulement potentiels, mais aussi réels de la pratique d'échanges<sup>87</sup> : les échanges « non seulement, au regard de la structure du marché et de son fonctionnement, du caractère confidentiel, de la nature et du niveau d'agrégation des informations échangées et de leur intérêt stratégique, de la périodicité des échanges [...] étaient de nature à atténuer ou à supprimer l'incertitude quant au caractère prévisible du comportement des concurrents, mais encore [...] avaient concrètement permis aux opérateurs de réduire leur autonomie pour s'adapter aux évolutions des politiques commerciales de leurs concurrents en ayant pour effet de fausser ou de restreindre de façon sensible la concurrence sur le marché de la téléphonie mobile ».

En définitive, la cour a conclu que « [...] c'est par des motifs pertinents que la cour fait siens que le Conseil a conclu que les sociétés Orange, SFR et Bouygues, seuls offreurs sur le marché des services de téléphonie mobile, ont échangé, systématiquement tous les mis de 1997 à 2003, à leur seul profit, à l'exclusion des consommateurs, des informations qu'elles tenaient pour des secrets d'affaires et qui n'étaient accessibles par aucune autre source ; que ces informations, suffisamment précises et d'une grande actualité, concernaient un marché oligopolistique fermé en phase d'expansion puis de consolidation sur lequel la concurrence était en voie d'atténuation ; que ces échanges avaient accru la transparence du marché et révélé aux opérateurs leurs stratégies respectives en leur permettant, par leur accord de volonté, de limiter la concurrence résiduelle ; que le grief notifié à ce titre aux trois opérateurs sur le fondement des articles L. 420-1 du Code de commerce et 81 du traité CE est établi » (cf. décision 05-D-65).

<sup>87</sup>. La cour a écarté ainsi la thèse des sociétés requérantes selon laquelle le Conseil avait sanctionné les échanges *per se*, sans démontrer le moindre effet réel ou potentiel.

## Sur les ententes verticales (relations fournisseurs/distributeurs)

### *Ententes sur les prix de revente aux consommateurs*

#### *Fixation d'un seuil de revente à perte artificiellement élevé (remises présentées faussement comme conditionnelles)*

Dans l'arrêt **EPSE JouéClub du 28 janvier 2009**<sup>88</sup>, la cour a approuvé l'analyse du Conseil qui avait sanctionné des ententes verticales de prix impliquant cinq fournisseurs et trois distributeurs dans le secteur de la distribution des jouets. La plupart des pratiques reposaient sur la négociation, entre fournisseurs et distributeurs, d'un système de ristournes artificiellement conditionnelles et de fausses prestations de coopération commerciale conduisant à la fixation des prix de vente minimaux aux consommateurs en contournant le mécanisme du seuil de revente<sup>89</sup>.

La cour a rappelé que la démonstration d'une entente peut reposer sur une preuve comportementale reposant sur un faisceau réunissant trois éléments – la *diffusion de prix*, leur *application effective* et la *police des prix* – ou sur une preuve contractuelle : « *La preuve d'une entente verticale requiert la démonstration de l'accord de volonté des parties à l'entente, c'est-à-dire l'invitation d'une partie à l'accord à mettre en œuvre une pratique illicite et l'acquiescement de l'autre à cette invitation ; que, s'agissant d'une entente sur les prix, cette démonstration résulte soit de la signature de clauses contractuelles claires, soit de la réunion d'un faisceau d'indices précis, graves et concordants, généralement constituée par l'évocation, entre fournisseurs et distributeurs, de prix de revente au public, la mise en œuvre d'une police ou au moins d'une surveillance des prix et le constat que les prix évoqués ont été effectivement appliqués, la preuve de chacun de ces indices étant elle-même libre et pouvant être établie par tout moyen.* » En l'espèce, la cour a adopté l'analyse, retenue par le Conseil, reposant sur le faisceau d'indices, relevant qu'elle constituait un standard de preuve plus exigeant que la preuve contractuelle : « *Considérant qu'il n'y a pas lieu, en l'espèce, de rechercher si certaines clauses contractuelles, négociées en vue d'accorder des marges arrière aux distributeurs, parce qu'elles seraient anticoncurrentielles par elles-mêmes, constitueraient une preuve suffisante des ententes, ce mode de preuve proposé par les rapporteurs pour certaines des sociétés poursuivies, contesté par le commissaire du Gouvernement, ayant été délaissé par le Conseil au profit du faisceau d'indices, plus exigeant puisque, s'il retient de telles clauses pour sa démonstration, il les appréhende, non comme anticoncurrentielles en elles-mêmes, mais seulement comme étant de nature à établir le premier indice, relatif à l'évocation des prix appelant nécessairement l'examen des deux autres, police ou surveillance des prix et application dans une proportion significative des prix évoqués.* »

La cour a confirmé le caractère probant des indices retenus. L'évocation des prix avait pris deux aspects en l'espèce. D'abord, entre fournisseurs et grandes surfaces alimentaires (GSA), la négociation des conditions commerciales avait porté sur les seules marges arrière et exclu systématiquement toutes remises sur factures pour les distributeurs, remises déductibles pour calculer le prix de revente à perte :

88. Arrêt confirmé par la Cour de cassation, 7 avril 2010.

89. D'autres ententes avaient pris la forme de prix de vente « conseillés », mais en réalité imposés, qui avaient été effectivement pratiqués par les distributeurs.

ainsi, la législation en vigueur à l'époque des faits interdisant de revendre à un prix inférieur au prix d'achat déduction faite des seules remises sur factures, en l'absence de telles remises, le prix d'achat augmenté de la TVA équivalait nécessairement au prix de revente minimal. La renonciation générale des GSA à réaliser des marges avant était connue des fournisseurs qui acceptaient de laisser ces distributeurs trouver leur profit dans les marges arrière, c'est-à-dire dans la seule rémunération de divers services commerciaux, « *aussi variés que parfois difficiles à appréhender* ». La cour en a déduit, comme le Conseil, que « *les fournisseurs comme les distributeurs ne pouvaient ignorer que les prix de revente au public seraient fixés au seuil de revente à perte, ce qui suffit à démontrer que, dans la mesure où le profit du distributeur, assuré par les seules marges arrière, ne dépendait pas du niveau du prix de revente, les prix de vente fixés par les fournisseurs étaient regardés par toutes les parties comme des prix de revente minima souhaités par les uns et acceptés par les autres* ». La cour a estimé, par conséquent, que toute discussion sur la réalité des services commerciaux rémunérés par les marges arrière était inopérante. Dans les relations entre fournisseurs et grandes surfaces spécialisées (GSS), des remises sur facture (déductibles) étaient négociées avec certains fabricants, ce qui aurait dû permettre à ces distributeurs de revendre moins cher que les GSA, mais en réalité les GSS ne répercutaient pas ces remises sur leurs prix et s'alignaient sur les prix de revente à perte des GSA, égaux aux prix d'achat négociés avec les fournisseurs, « *un tel constat confirmant que les distributeurs spécialisés avaient été mis en mesure de connaître le prix de revente souhaité par leurs fournisseurs* ». Enfin, la cour a constaté que certains fabricants diffusaient directement des prix de vente conseillés à leurs distributeurs. S'agissant de la police des prix, la cour a fait sienne l'analyse du Conseil selon laquelle l'enseigne Carrefour, sous couvert de son opération intitulée « *Carrefour rembourse 10 fois la différence* », mise en œuvre de 2001 à 2004, avait mis en place un système de remontées d'informations auquel participaient, à leur insu et à leur détriment, les consommateurs qui signalant les jouets trouvés moins chers chez les concurrents, permettait à Carrefour de faire intervenir les fournisseurs auprès des distributeurs déviants et d'assurer finalement la rentabilité de sa campagne publicitaire. Quatre fournisseurs avaient effectivement exercé des actions de police des prix et, en plus de Carrefour, deux distributeurs au moins avaient participé à cette police en obtempérant aux demandes des fabricants de relever les prix et aussi en dénonçant des concurrents déviants auprès des fournisseurs. S'agissant enfin de l'application significative des prix, la cour a exposé que « *de même que l'évocation des prix de revente entre fournisseurs et distributeurs peut s'interpréter comme une invitation des premiers aux seconds à s'entendre sur ces prix, de même l'application par les distributeurs, dans une proportion significative, des prix évoqués peut être regardée comme l'adhésion de ces derniers à l'entente, laquelle est définitivement établie si, comme en l'espèce, ces deux indices se trouvent reliés par la mise en œuvre d'une police des prix* » et que « *l'application significative des prix évoqués est une donnée de fait qui se prouve par tout moyen, notamment par des éléments quantitatifs, tels que relevés de prix, mais aussi par des éléments qualitatifs, tels que des déclarations du distributeur ou par des pièces établissant sans conteste cette application* ». En l'espèce, l'application significative des prix diffusés était démontrée, à la fois par des

éléments qualitatifs (déclarations de distributeurs, messages, courriers au dossier) et quantitatifs. La cour a considéré, comme le Conseil, que les prix figurant sur les catalogues de fin d'année des distributeurs étaient pertinents pour apprécier l'application des prix, ces catalogues distribués à domicile ayant joué un rôle déterminant dans l'arbitrage des consommateurs entre les différentes enseignes : « *La mise sous presse et la diffusion, à l'initiative des distributeurs, de ces catalogues présentant des prix convenus avec les fournisseurs constituent un premier indice d'un accord de volonté entre fournisseurs et distributeurs sur une pratique d'entente de nature à fausser le jeu de la concurrence* », sans qu'il y ait lieu de rechercher si les prix réellement appliqués pouvaient être inférieurs à ceux figurant sur les catalogues ou de prendre en compte les prix appliqués par les distributeurs ne diffusant pas de catalogues. La cour a considéré, en outre, qu'il ne devait pas être tenu compte des remises effectuées en caisse, « *qui relèvent certes de la politique commerciale générale de l'enseigne mais sont, à côté de la politique de prix du point de vente, une manière différente d'attirer et de fidéliser les clients et constituent des gestes commerciaux accordés individuellement en fonction des caractéristiques du client et non du produit vendu et ne sauraient dès lors être prises en considération dans l'appréciation de la politique tarifaire du distributeur [...]* ». La cour a estimé par ailleurs, qu'une étude de relevés de prix était « *démonstrative si au moins 80 % des prix évoqués sont appliqués et que, en cas de pourcentage inférieur, l'étude doit être complétée par l'observation directe de la concentration effective des prix à proximité des prix évoqués* ». En l'espèce, les données obtenues démontraient une application très significative des prix, largement supérieurs à 80 %. La cour a encore jugé qu'il n'y avait pas lieu de tenir compte des ventes réalisées par les enseignes qui n'avaient pas respecté les prix imposés ou de l'écart entre les prix pratiqués par ces enseignes et les prix recommandés ou encore de l'impact de la politique commerciale de ces enseignes sur le prix d'achat moyen d'achat pour les consommateurs, ces différentes circonstances ne pouvant avoir d'impact que sur l'importance du dommage à l'économie et non sur la démonstration du caractère anticoncurrentiel des pratiques (cf. décision 07-D-50).

### *Diffusion de prix « conseillés »*

Dans l'**arrêt Philips France du 29 avril 2009**<sup>90</sup> rendu sur renvoi après cassation, la cour d'appel a confirmé largement la décision de sanction prise contre des fabricants de produits électronique grand public qui avaient mis en place des prix de détail minimums imposés auprès de leurs distributeurs. La cour a validé l'application de la méthode du faisceau d'indices pour démontrer l'entente entre chaque fabricant et ses distributeurs en vue d'appliquer des prix uniformes. Elle a ainsi confirmé qu'étaient réunis les trois éléments du faisceau sur lequel le Conseil avait fondé sa démonstration de l'accord de volontés : l'évocation de prix de détail entre les fabricants et les distributeurs, constitutive d'une invitation des fabricants à appliquer les tarifs conseillés ; l'acquiescement des distributeurs concrétisé par l'application effective des prix ou la signature de contrats de coopération commerciale impliquant le respect par le distributeur de la politique commerciale ou

90. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

de communication du fabricant ; l'existence de mécanismes de contrôle assurant la stabilité de l'entente.

S'agissant des relevés de prix, la cour a précisé qu'ils « n'ont pas pour objet de démontrer l'existence d'un prix unique au voisinage ou au-dessus duquel la distribution serait anormalement concentrée, mais seulement de mettre en évidence un indice, insuffisant à lui seul à prouver une pratique anticoncurrentielle, mais destiné à montrer, par l'examen d'un nombre suffisant de relevés effectués, sur une région géographique assez étendue, concernant plusieurs produits et dans des points de vente relevant de mode de distribution diversifiés, une application des prix conseillés par les distributeurs suffisamment fréquente pour être remarquée et analysée à la lumière d'autres indices d'une entente ».

La cour a rappelé, par ailleurs, que « la preuve d'une entente entre un fabricant et l'ensemble de ses distributeurs n'exige pas que ces derniers soient identifiés ni que la participation individuelle de chacun d'entre eux soit établie avec précision lorsque [...] se trouvent réunis les trois indices [...] d'une évocation des prix de détails entre le fabricant et son réseau de distribution, laquelle peut prendre la forme d'une diffusion de prix conseillés, l'application effective de ces prix et l'existence d'un contrôle possible » (cf. décision 05-D-66).

### ***Sur les pratiques d'abus de position dominante et de dépendance économique***

#### **Prix prédateurs**

Dans l'arrêt **Maitre Pelletier du 9 juin 2009**<sup>91</sup>, la cour, statuant après cassation<sup>92</sup>, a confirmé la décision par laquelle le Conseil avait mis hors de cause la Régie départementale des passages d'eau de la Vendée. Cette régie, qui assure, dans le cadre d'une mission de service public, une liaison régulière entre l'île d'Yeu et le continent avec des ferries et une vedette rapide « l'Amporelle », avait été mise en cause pour ses pratiques tarifaires par un opérateur privé, la société des Vedettes inter-îles vendéennes (VIIV), qui exploite des liaisons avec l'île d'Yeu pendant la saison touristique. Le Conseil avait écarté les deux griefs notifiés à la régie : un grief de prix prédateurs sur le prix des passages sur « l'Amporelle » et un grief de subventions croisées visant l'utilisation d'excédents de ressources tirés de l'activité sous monopole pour financer les tarifs prédateurs.

Sur le premier point, le Conseil avait estimé que le niveau des tarifs pratiqués sur l'Amporelle pendant l'été était supérieur à celui des coûts incrémentaux propres à la fourniture de ce service. Pour la première fois lors de l'examen de prix prédateurs, le Conseil s'était fondé sur la méthode des « coûts incrémentaux » utilisée par la Commission européenne dans la décision Deutsche Post du 20 mars 2001 : les deux affaires concernaient l'hypothèse où l'opérateur dominant mis en cause exerce une mission de service public et intervient parallèlement sur un marché ouvert à la concurrence en utilisant les mêmes ressources pour les deux activités.

<sup>91</sup>. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

<sup>92</sup>. Cass. com., 17 juin 2008 (VIVV) rendu sur un pourvoi contre CA Paris, 28 juin 2005.

Sur le second grief, le Conseil avait estimé que l'exploitation de l'activité sous monopole, déficitaire, ne dégagait aucun excédent de ressources susceptible de financer l'activité concurrentielle, laquelle, au demeurant, dégagait des recettes.

L'arrêt confirmatif rendu par la cour d'appel, en date du 28 juin 2005 (société VIVV), avait été censuré par la Cour de cassation. Dans un arrêt du 17 juin 2008 (société VIVV), la Haute juridiction, tout en confirmant le recours à la notion de coût incrémental, avait remis en cause l'analyse du Conseil et de la cour d'appel quant au contenu du coût incrémental. En premier lieu, elle avait estimé que le Conseil d'État, en jugeant que la taille de l'Amporelle s'expliquait par la mission de service public de la régie, laquelle impliquait des traversées régulières toute l'année et par tous temps, ne s'était pas pour autant prononcé sur la nécessité pour la régie d'utiliser l'Amporelle afin d'accomplir sa mission de service public. En second lieu, elle avait estimé que la circonstance que la taille de l'Amporelle (le nombre de passagers transportables) permettait à la régie d'assurer en toutes circonstances les traversées rapides, notamment de la population scolaire et étudiante en hiver, ne suffisait pas à établir que la régie, qui disposait de ferries par ailleurs, était obligée de supporter le coût de l'Amporelle pour exercer sa mission de service public.

À ce stade, il semblait donc que la cour d'appel pouvait, soit juger que l'Amporelle n'était pas nécessaire à la mission de service public de la régie, auquel cas les coûts fixes liés à l'exploitation de ce navire (notamment les loyers) devaient être intégrés dans les coûts à prendre en considération pour apprécier si le prix des prestations offertes en concurrence était ou non prédateur, ce qui conduisait à remettre en cause les conclusions auxquelles étaient parvenus le Conseil et la cour elle-même dans son premier arrêt, soit estimer, au contraire, que l'Amporelle était nécessaire à la mission de service public de la régie, auquel cas les coûts fixes liés à l'exploitation du navire, communs au service public et à l'activité concurrentielle, n'avaient pas à être pris en considération et l'analyse du Conseil pouvait être validée.

Or, la cour s'est engagée dans un tout autre raisonnement. Critiquant d'abord l'analyse suivie par le Conseil quant à la définition du marché pertinent, elle lui a substitué une autre analyse fondée sur la notion de service économique d'intérêt général (SIEG). En substance, la cour a expliqué qu'en présence d'un opérateur en position dominante fournissant un SIEG, comme en l'espèce la régie, le recours aux critères ou aux tests issus des jurisprudences Akzo ou Deutsche Post, n'était pas pertinent, essentiellement parce que cet opérateur reçoit des aides d'État (subventions) qui induisent des différences irréductibles, sur le plan économique et sur le plan comptable, entre les deux modes de gestion en cause – celui de l'opérateur en position dominante chargé du SIEG et celui de l'opérateur de droit privé –, de sorte que les calculs de coûts entre les deux concurrents sont faussés d'emblée. La cour en a conclu que les tests Akzo et Deutsche Post « *montrent en tout cas la nécessité d'une définition appropriée du marché pertinent, aussi peu segmentée que possible dès lors qu'un SIEG est en cause, en lien avec une évaluation plausible des coûts* ». Par suite, la cour a écarté la définition du marché, retenue par le Conseil, du transport maritime de passagers sans bagages entre l'île d'Yeu et le continent au départ de Fromentine, La Fosse et Saint-Gilles-Croix-de-Vie, entre avril et septembre,

par vedette rapide ou par ferry, marché sur lequel la régie était en position dominante au moment des faits. Cette définition a été jugée « artificielle » à plusieurs titres : en premier lieu, la cour a rejeté la distinction opérée par le Conseil entre la saison d'hiver et la saison d'été (la « *segmentation par la chronologie* ») dans la mesure notamment où « elle ne procède fondamentalement que d'un libre choix des transporteurs de naviguer avant ou après ces dates » en l'absence de monopole légal ou d'activité réservée à la régie ou à ses concurrents, où elle n'a pas été entérinée dans le règlement portuaire, où elle « ne correspond d'ailleurs à rien dans le calendrier civil ou scolaire » et où elle ne recouvre pas de différence dans le service rendu : ainsi, pour la cour, les notions centrales de la jurisprudence Deustche Post de coûts fixes communs (à plusieurs activités) et de « coûts de fourniture isolée », appliquées à la régie, n'ont pas de sens économique ; en second lieu, la cour a écarté les distinctions retenues par le Conseil selon la nature des services proposés (passagers/marchandises/véhicules), la nature de la clientèle transportée (Islais/continentaux, scolaires/adultes) ou le type de moyens utilisés (Amporelle/autres navires).

En conclusion, la cour a estimé qu'il n'était pas établi que la régie ait occupé « sur un marché pertinent clairement et rationnellement défini » une position dominante dont elle aurait abusé au regard d'un « examen fiable des coûts engagés pour exploiter ce marché » (cf. décision 04-D-79).

### Usage abusif d'un atout concurrentiel résultant d'un monopole passé (secteur des pompes funèbres)

Dans l'arrêt **Agence funéraire lyonnaise pompes funèbres Viollet du 31 mars 2009**, la cour a confirmé dans son intégralité la décision de sanction prise contre la ville de Lyon en raison des comportements de sa régie municipale des pompes funèbres<sup>93</sup> qui avait abusé de sa position dominante en mettant en place une information, un accueil des familles et une organisation des locaux susceptibles d'engendrer une confusion entre son activité de gestionnaire d'une chambre funéraire et son activité d'opérateur d'obsèques à Lyon et dans l'agglomération lyonnaise, s'attribuant ainsi un avantage concurrentiel indu. La cour a rejeté à la fois le recours formé par la régie et celui formé par l'entreprise plaignante qui contestait le fait que le Conseil avait écarté un certain nombre de griefs d'entente et d'abus de position dominante résultant d'accords passés entre la régie ou la société OGF et certains établissements de soins de la ville de Lyon (cf. décision 08-D-09).

## Sur l'application du droit communautaire

Dans l'arrêt **Établissements Mathé du 29 septembre 2009**<sup>94</sup>, rendu sur recours contre une décision relative au secteur de la production du contreplaqué, la cour a estimé que l'application du droit communautaire avait été écartée à juste raison. Seules des entreprises de production implantées en France étaient en cause et les

93. C'est la ville de Lyon, qui devait répondre des agissements de la régie, qui a été sanctionnée.

94. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

effets potentiels des pratiques sur les exportations vers d'autres États membres étaient manifestement trop indirects et diffus pour qu'il y ait affectation sensible du commerce intracommunautaire, dès lors que les exportations françaises de contre-plaqué, selon une étude économique produite par l'une des requérantes, représentaient moins de 4 % de la consommation européenne (cf. décision 08-D-12).

Dans l'**arrêt Pierre Fabre Dermo-Cosmétique du 29 octobre 2009**, la cour a confirmé l'application du droit communautaire, les trois conditions de l'affectation du commerce intracommunautaire étant réunies : l'existence d'échanges entre États membres portant sur les produits faisant l'objet de la pratique, l'existence de pratiques susceptibles d'affecter ces échanges et le caractère sensible de l'affectation. Sur les deux premiers points, elle a retenu que la pratique en cause qui consistait en l'insertion dans les contrats de distribution sélective d'une clause revenant à interdire aux membres du réseau de vendre les produits du laboratoire Pierre Fabre sur Internet était « *par sa nature même, susceptible d'affecter le courant des échanges intracommunautaires* » puisqu'elle revenait à interdire aux plus de 23 000 points de vente répartis sur le territoire français, membres du réseau, de répondre à des commandes émanant de consommateurs d'autres pays membres et ainsi, à cloisonner le marché au seul territoire français en entravant le développement direct d'échanges intracommunautaires auxquels Internet offre l'opportunité d'un développement. Sur le troisième point, elle a relevé que le chiffre d'affaires de Pierre Fabre en 2007 dans la communauté avec les produits concernés par la clause litigieuse excédait largement le seuil de 40 millions prévu par le point 53 des lignes directrices de la Commission relatives à la notion d'affectation du commerce (2004/C 101/07) (cf. décision 08-D-25).

La cour a confirmé également l'application du droit communautaire dans l'**arrêt Chevron Products Company du 24 novembre 2009**<sup>95</sup>. Dans cette affaire, le Conseil avait sanctionné des compagnies pétrolières (Chevron, Shell, Esso et Total) qui avaient réparti entre elles le marché lors d'un appel d'offres organisé par Air France en 2002 pour son approvisionnement en carburacteur sur l'aéroport de Saint-Denis de la Réunion. La question de l'applicabilité du droit communautaire était cruciale, car en dépendait la validité des preuves rassemblées, le Conseil s'étant fondé sur l'article 22-1° du règlement CE n° 1/2003 pour demander à l'autorité de concurrence britannique – l'Office of Fair Trading (OFT) – de faire exécuter, pour son compte, au Royaume-Uni des mesures d'enquête dans les sièges sociaux de trois des entreprises mises en cause<sup>96</sup>. Pour contester l'application du droit communautaire, et faire écarter, par conséquent, les preuves de l'entente obtenues grâce à l'assistance fournie par l'autorité britannique sur le fondement du règlement communautaire, les compagnies pétrolières soutenaient en substance que, les pratiques concernant exclusivement un marché local et insulaire – celui de la fourniture de carburacteur à Air France sur l'escale de Saint-Denis de

95. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

96. L'article 22-1° du règlement 1/2003 permet à une autorité de concurrence d'un État membre de faire exécuter des mesures d'enquête par l'autorité d'un autre État membre « *afin d'établir une infraction aux dispositions de l'article 81 et 82 du traité* ».

la Réunion – et le produit concerné provenant de raffineries du Moyen-Orient, de Singapour et d’Australie, le commerce entre États membres n’avait pu en être affecté, *a fortiori* de façon sensible.

La cour, se référant, comme le Conseil, aux lignes directrices de la Commission du 27 avril 2004 relatives à la notion d’affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82<sup>97</sup>, a confirmé que les trois critères cumulatifs précités de l’affectation du commerce intracommunautaire étaient réunis en l’espèce.

### *L’existence d’échanges entre les États membres portant sur les produits concernés par les pratiques*

La cour a précisé que « l’application du critère de l’affectation du commerce est indépendante de la définition des marchés géographiques en cause ». Elle a retenu que les pratiques affectaient principalement le marché de la vente de carburéacteur par des compagnies européennes dans le département français de la Réunion, marché sur lequel les offreurs étaient des multinationales dont les filiales chargées des appels d’offres avaient leur siège dans différents pays de la communauté (en particulier, en France et au Royaume-Uni), qu’en outre, l’achat du carburéacteur était effectué par les filiales de *trading* des compagnies dont trois étaient établies au Royaume-Uni. En outre, deux marchés connexes étaient susceptibles d’être concernés par les échanges intracommunautaires : celui de l’approvisionnement en carburéacteur et celui du transport de passagers, français ou européens, vers ou au départ de la Réunion. Ce dernier marché était, par nature, un lieu d’échanges entre États membres dès lors que les vols entre la Réunion et la métropole ne concernent pas seulement les passagers français, mais des voyageurs issus de toute la Communauté européenne et que le coût du carburant retentit directement sur le prix des billets d’avion.

### *L’affectation des échanges entre les États membres par les pratiques*

La cour a rappelé que des pratiques d’ententes sont soumises au droit communautaire même lorsqu’elles produisent leurs effets sur le territoire d’un seul État membre, dès lors que ces pratiques sont en mesure d’avoir éventuellement une incidence directe ou indirecte sur les courants d’échange entre États membres, de contribuer au cloisonnement du marché commun et de rendre plus difficile l’interpénétration économique voulue par le traité. Dans la mesure où l’affectation peut n’être que potentielle, son appréciation peut résulter de plusieurs facteurs qui, pris isolément, ne seraient pas nécessairement déterminants, comme la nature de l’accord ou de la pratique en cause, la nature des produits concernés, la position ou l’importance des entreprises. Elle a estimé qu’en l’espèce, les pratiques

97. Ces lignes directrices constituent un résumé de la jurisprudence des juridictions communautaires et de la pratique décisionnelle de la Commission en la matière. Elles n’ont pas de valeur normative mais constituent un guide d’analyse pour les autorités de concurrence nationales.

étaient susceptibles d'affecter les échanges intracommunautaires eu égard à leur nature (elles impactaient nécessairement le prix du billet d'avion supporté par le consommateur européen) et à la position des entreprises en cause (les compagnies mises en cause appartenait à des groupes internationaux ayant leur siège et le centre de leurs intérêts dans différents États membres ; Air France, victime des pratiques, attirait, de son côté, des ressortissants de divers pays de la communauté sur sa destination de la Réunion et avait donc une activité transcommunautaire au moins potentiellement affectée).

### ***Le caractère sensible de l'affectation des échanges entre les États membres***

La cour a adopté une conception large de la notion de caractère sensible et a considéré que même si, en raison de la nature locale de l'accord en cause, la présomption d'affectation sensible, prévue au point 53 des lignes directrices quand le chiffre d'affaires réalisé par les entreprises en cause avec les produits concernés par l'accord est supérieur à 40 millions d'euros, ne s'appliquait pas, il y avait affectation sensible dès lors que le commerce intracommunautaire était affecté d'une manière significative par les accords et pratiques en cause, *« compte tenu de la position favorable qu'occupent les entreprises intéressées sur le marché des produits en cause »*. Elle a précisé que *« le caractère sensible peut être évalué notamment par rapport à la position et à l'importance des parties sur le marché des produits en cause ; qu'ainsi l'appréciation du caractère sensible dépend des circonstances de chaque espèce, et notamment de la nature de l'accord ou de la pratique, de la nature des produits concernés et de la position de marché des entreprises en cause »*. La cour a estimé qu'en l'espèce, le critère de l'affectation sensible était rempli au regard de la position favorable des entreprises (filiales « aviation » de grands groupes pétroliers) et de la nature des prestations fournies (cf. décision 08-D-30).

### **Sur l'imputabilité des pratiques**

Dans l'arrêt **Eurelec Midi-Pyrénées du 14 janvier 2009**, la cour a partiellement censuré la décision de sanction prise par le Conseil à l'encontre de cinq entreprises qui s'étaient entendues à l'occasion de la passation d'appels d'offres lancés par le Service technique de la navigation aérienne (STNA) pour la construction d'installations de navigation aérienne. Une société a obtenu l'annulation de la décision à son égard pour un motif tenant à une imputation erronée des pratiques. L'une des entreprises responsables des pratiques avait été dissoute par absorption quelques jours avant la séance et la société absorbante était une holding présentant un chiffre d'affaires négatif au titre de l'année correspondant au dernier exercice clos qui devait être pris en compte en application de l'article L. 464-2 dans sa rédaction antérieure à la loi NRE applicable en l'espèce. Afin que l'intéressée n'échappe pas artificiellement à toute sanction pécuniaire, le Conseil avait tenu compte des chiffres d'affaires cumulés des deux entreprises. La cour a rappelé que

lorsque la personne qui exploitait l'entreprise à l'origine des pratiques a cessé d'exister juridiquement avant d'être appelée à en répondre, les pratiques sont imputées à la personne morale à laquelle l'entreprise a été juridiquement transmise, et, à défaut d'une telle transmission, à celle qui assure en fait sa continuité économique et fonctionnelle. En conséquence, seule la société absorbante devait, en l'espèce, répondre des pratiques reprochées et seul le chiffre d'affaires réalisé par celle-ci au titre de l'année de référence en application de l'article L. 464-2 du Code de commerce dans sa rédaction antérieure à la loi NRE devait constituer l'assiette de la sanction. Ce chiffre d'affaires étant négatif, aucune sanction ne pouvait donc être prononcée à l'encontre de la société absorbante (*cf.* décision 07-D-47).

Voir aussi même arrêt : sur le principe de la contradiction et les droits de la défense/éléments servant à la détermination de la sanction et sur le chiffre d'affaires à prendre en considération.

Dans l'arrêt de rejet **Agence funéraire lyonnaise pompes funèbres Violet du 31 mars 2009**, la cour a approuvé le Conseil d'avoir considéré que la ville de Lyon, personne morale de droit public, assurait la continuité juridique de sa régie des pompes funèbres, auteur des pratiques, qui avait disparu (*cf.* décision 08-D-09).

Dans l'arrêt **Compagnie française de transport interurbain du 3 novembre 2009**<sup>98</sup>, la cour a confirmé l'imputabilité, à la maison mère, du comportement d'un établissement secondaire qui dépendait des organes centraux pour la définition de sa stratégie commerciale, industrielle, technique et financière, qui était de surcroît dépourvu de la personnalité morale et ne pouvait donc être considéré comme une entreprise distincte (*cf.* décision 08-D-33).

## Sur les sanctions

### *Sur la gravité des pratiques*

#### Ententes horizontales lors d'appels à la concurrence

##### *Marchés publics*

##### *Répartition de marchés*

Dans l'arrêt **Compagnie française de transport interurbain du 3 novembre 2009**<sup>99</sup>, la cour a confirmé la sanction prononcée à l'encontre de la requérante, société de transport de voyageurs, dont la participation à une entente lors d'appels d'offres passés par la ville d'Annecy et le conseil général de Haute-Savoie avait été établie. La cour a estimé que le Conseil avait, à juste raison, relevé la particulière gravité des pratiques : les ententes « *qui faussent, voire suppriment, la concurrence dans l'attribution de marchés publics de transport particulièrement sensibles aux évolutions techniques et économiques, témoignent d'une forte résistance à la volonté des collectivités locales de faire jouer la concurrence pour obtenir un service de transport [...]* »

<sup>98</sup>. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

<sup>99</sup>. Arrêt confirmé par la Cour de cassation, 7 avril 2010.

*au meilleur prix*». De tels agissements, qui sont de nature à tromper les organismes publics quant à l'existence ou à l'intensité de la concurrence à l'occasion d'appels d'offres «*sont intrinsèquement graves, notamment au regard du risque de banalisation et d'entraînement qui peut en résulter*» (cf. décision 08-D-33).

Dans l'**arrêt Colas Midi-Méditerranée du 16 juin 2009**<sup>100</sup>, la cour, statuant sur renvoi après cassation, a confirmé la participation de la requérante aux pratiques reprochées et confirmé les sanctions précédemment prononcées. Elle a jugé que les pratiques d'entente commises à l'occasion de marchés publics passés dans le département du Var, concernant des travaux routiers, du terrassement, des canalisations et de l'assainissement, et qui s'étaient traduites par l'établissement d'offres de couverture à la suite des concertations antérieures au dépôt des offres étaient «*d'autant plus graves qu'elle [avaient] faussé la recherche du juste prix dans la passation des marchés publics de travaux d'équipements collectifs représentant un coût important pour les collectivités territoriales*» (cf. décision 96-D-65).

### *Refus concerté de soumissionner lors d'un appel d'offres*

Dans l'**arrêt Ela Médical du 8 avril 2009**, la cour a confirmé les sanctions prononcées à l'encontre de fabricants de défibrillateurs cardiaques qui avaient refusé, de façon concertée, de répondre à un appel d'offres lancé par des CHU, mettant ainsi en échec la nouvelle procédure d'achat groupé destinée à permettre aux établissements hospitaliers de tirer un meilleur profit tant au niveau du prix que du service rendu, et visant à revenir à la procédure antérieure d'appels d'offres individuels. La cour a estimé que le Conseil avait prononcé des sanctions «*relativement modérées, proportionnées à une pratique plus grave par son objet que par ses effets*». Elle a estimé que le Conseil avait exactement apprécié la gravité des faits, retenant que les pratiques d'entente horizontale entre soumissionnaires dans le cadre d'un marché public figurent, «*par nature, au rang des plus graves*» et qu'en l'espèce, elles étaient le fait de sociétés appartenant à des groupes de dimension internationale.

Elle a écarté l'argumentation relative à la faible durée des pratiques, observant que la notion de durée des pratiques était «*dépourvue de sens*» dès lors que celles-ci s'étaient réalisées en une seule séquence de temps par le refus concerté de répondre à l'appel d'offres. Elle a approuvé le Conseil d'avoir retenu, à la décharge des fabricants mis en cause, que d'autres facteurs que le refus concerté, notamment la réticence marquée des cardiologues, avaient concouru à dissuader les CHU de renouveler leur tentative d'achat groupé (cf. décision 07-D-49).

### *Autres*

#### *Ententes horizontales sur les prix*

Dans l'**arrêt société Transeuro Desbordes Worldwide Relocations du 25 février 2009**<sup>101</sup>, la cour a rejeté le recours formé contre la décision par laquelle le Conseil, à partir d'une demande de clémence, avait sanctionné une douzaine d'entreprises de

<sup>100</sup>. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

<sup>101</sup>. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

déménagement pour s'être entendues sur les prix de certaines prestations (niveau des taux d'assurance et prix des loyers garde-meubles) et pour avoir établi des devis de complaisance en vue de fausser la concurrence sur le marché du déménagement des personnels militaires. La cour a confirmé les sanctions prononcées contre les quatre sociétés requérantes. Elle a repris à son compte l'appréciation du Conseil quant à la gravité des faits, rappelant que « [...] *les ententes ou actions concertées ayant pour objet et pour effet d'empêcher le jeu de la concurrence en faisant obstacle à la libre fixation des prix par le libre jeu du marché sont de celles qui sont estimées injustifiables par l'OCDE dans sa recommandation du 25 mars 1998, qu'elles portent une atteinte grave au fonctionnement du marché et donc aux avantages que peuvent en attendre les consommateurs, peu important à cet égard que certains parmi les clients victimes des pratiques disposent d'un fort pouvoir de marché* ». La cour a retenu, en outre, que les pratiques impliquaient sept entreprises parmi les plus notables du secteur (cf. décision 07-D-48).

Dans l'**arrêt Établissements Mathé du 29 septembre 2009**<sup>102</sup>, la cour a confirmé la décision prise par le Conseil en ce qu'elle avait caractérisé la participation de six fabricants de contreplaqué à des pratiques ayant consisté, au sein d'une organisation professionnelle, à mettre en place une grille tarifaire commune de leurs produits et à coordonner, pendant plusieurs années, leurs hausses tarifaires. Elle a toutefois réduit les sanctions prononcées à l'encontre de trois d'entre eux de manière substantielle.

Ce n'est toutefois pas sur la gravité des pratiques que les divergences de la cour se sont exprimées. Les juges du recours ont, en effet, approuvé l'appréciation portée par le Conseil sur la gravité des pratiques. Ils ont ainsi écarté l'argumentation des entreprises selon laquelle le Conseil avait artificiellement réduit le marché en cause pour faire ressortir la gravité des comportements des entreprises détenant une part élevée sur ce marché. La cour, observant que les parties avaient, au contraire, devant le Conseil, défendu une délimitation étroite du marché, a estimé que s'il était indéniable que les entreprises subissaient la concurrence de produits substituables en provenance notamment de Chine, il n'y avait « *néanmoins aucune raison de se placer dans un autre cadre que celui de la commission des faits pour apprécier leurs effets* ». Elle a donc repris à son compte la circonstance de gravité retenue par le Conseil résultant de ce que les entreprises en cause détenaient ensemble environ 60 % du marché national du contreplaqué exotique, notamment à base d'okoumé, évalué à environ 175 millions d'euros (cf. décision 08-D-12).

### *Ententes de répartition*

Dans l'**arrêt Chevron Products Company du 24 novembre 2009**<sup>103</sup>, la cour a confirmé les sanctions prononcées à l'encontre de quatre compagnies pétrolières qui avaient réparti entre elles le marché lors d'un appel d'offres organisé par Air France en 2002 pour son approvisionnement en carburéacteur à la Réunion. Les compagnies s'étaient concertées pour obtenir une répartition du marché et garantir

<sup>102</sup>. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

<sup>103</sup>. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

leur part de marché respective : en limitant conjointement les volumes offerts, elles avaient contraint Air France à ne pouvoir faire autrement, pour couvrir ses besoins en carburant, que d'accepter leurs offres sans pouvoir en rejeter aucune, ni négocier les prix. La cour a confirmé l'analyse du Conseil sur la gravité des pratiques : *«La gravité de l'infraction doit être évaluée en tenant compte, notamment, de la nature de la restriction à la concurrence, du nombre et de la taille des entreprises impliquées, de la part de chacune de ces entreprises sur le marché et de la situation du marché à l'intérieur duquel a été commise la violation des règles de concurrence. Il en résulte que les ententes horizontales aux fins de se répartir un marché et d'y réaliser un surprofit sont qualifiées de très graves et injustifiables; qu'il en est ainsi notamment dans le cas d'ententes ou actions concertées qui empêchant de garantir la sincérité des appels d'offres, mécanismes pourtant mis en œuvre par l'acheteur afin d'améliorer la concurrence, parce que ces comportements altèrent l'indépendance des offres et éliminent la concurrence par les prix.»* La cour a estimé que si la durée de la pratique était un critère à prendre en compte pour apprécier la gravité de l'infraction, la durée pertinente n'était toutefois pas la durée du déroulement de l'appel d'offres lui-même mais la durée de son exécution pendant laquelle étaient ressentis les effets sur le marché (cf. décision 08-D-30).

Dans l'**arrêt société Transeuro Desbordes Worldwide Relocations du 25 février 2009**<sup>104</sup>, la cour a rejeté le recours formé contre la décision par laquelle le Conseil, à partir d'une demande de clémence, avait sanctionné une douzaine d'entreprises de déménagement pour s'être entendues sur les prix de certaines prestations (niveau des taux d'assurance et prix des loyers garde-meubles) et pour avoir établi des devis de complaisance en vue de fausser la concurrence sur le marché du déménagement des personnels militaires. La cour a confirmé les sanctions prononcées contre les quatre sociétés requérantes en rappelant la gravité *«par nature»* des devis de complaisance en ce que cette pratique *«a pour objet et peut avoir pour effet de faire échec au processus de mise en concurrence des entreprises pour la réalisation d'une prestation, pourtant mise en œuvre en application d'une réglementation ou d'une procédure spécialement destinée à promouvoir le jeu concurrentiel»* (cf. décision 07-D-48).

## Echanges d'informations sur un marché oligopolistique

Dans l'**arrêt Bouygues Télécom rendu le 11 mars 2009**<sup>105</sup> après cassation partielle<sup>106</sup>, la cour a confirmé les sanctions prononcées par le Conseil en 2005 à l'encontre des trois opérateurs (Orange France, SFR et Bouygues Télécom) qui avaient mis en œuvre, sur le marché de la téléphonie mobile de détail, deux types d'entente. Il s'agissait, d'une part, d'un accord portant sur la stabilisation de leurs parts de marché respectives autour d'objectifs définis en commun (accord de gel de parts de marché) et, d'autre part, entre 1997 et 2003, d'échanges réguliers d'informations confidentielles et stratégiques portant sur les nouveaux abonnements

<sup>104</sup>. Arrêt confirmé par la Cour de cassation, 7 avril 2010.

<sup>105</sup>. Arrêt confirmé sur le fond par la Cour de cassation, 7 avril 2010.

<sup>106</sup>. Dans un arrêt du 29 juin 2007 (Bouygues Télécom), la Cour de cassation avait cassé partiellement l'arrêt de confirmation rendu par la cour d'appel le 12 décembre 2006 (Bouygues Télécom).

et les résiliations. La cour a estimé que le Conseil avait fait une juste évaluation de la gravité des pratiques en retenant à la fois qu'il s'agissait d'une entente horizontale, appartenant donc aux restrictions de concurrence les plus graves, qui s'était étalée sur sept ans tout en relevant qu'elle n'atteignait toutefois pas la gravité d'une entente expresse sur les prix ou de répartition de marchés, ni même celle d'un échange d'informations entre soumissionnaires à un marché public avant la remise des offres (cf. décision 05-D-65).

### Ententes verticales sur les prix

Dans l'**arrêt EPSE JouéClub du 28 janvier 2009**<sup>107</sup>, la cour a confirmé, à l'exception d'une seule, les sanctions prononcées par le Conseil contre des fournisseurs et des distributeurs de jouets. La cour a rappelé que *« les ententes verticales sur les prix, constitutives de “restrictions caractérisées au sens du règlement européen n° 2790 du 27 décembre 1999 éclairé par les lignes directrices de la Commission, même si elles ne sont pas regardées avec autant de sévérité que les ententes horizontales, figurent parmi les plus graves des pratiques anticoncurrentielles ; que les effets de telles pratiques, avantageuses pour les fournisseurs comme pour les distributeurs, tendent en effet à éliminer la concurrence intramarque, laquelle mérite d'autant plus d'être préservée que les consommateurs sont attachés aux marques, même si la concurrence intermarque demeure »*. Elle a relevé qu'en l'espèce, la gravité des pratiques avait été encore accentuée par l'implication de distributeurs qui cultivaient auprès du public la réputation d'appliquer les prix les bas possibles, comme Carrefour, qui avait *« utilisé, à leur insu, les consommateurs comme agents anticoncurrentiels »* ou qui, comme EPSE JouéClub, premier réseau de distribution spécialisé du jouet en France, avait érigé en *« code de déontologie »* l'absence de concurrence sur les prix. Du côté des fabricants, les ententes verticales sur les prix étaient, par ailleurs, le fait de groupes d'envergure nationale tenant une forte position sur le marché. La cour a écarté l'argumentation selon laquelle la législation sur la revente à perte aurait été un facteur d'atténuation de la gravité des pratiques : non seulement la législation sur la revente à perte ne justifiait pas les pratiques, mais elle n'en avait été, *« par le détournement de son objet, que l'instrument »*. En effet, le seuil de revente à perte avait été déterminé de telle sorte qu'il soit identique pour tous les distributeurs, même ceux qui, bénéficiant de conditions commerciales différentes, ne se trouvaient pas dans l'obligation juridique ou la nécessité économique d'appliquer les mêmes prix (cf. décision 07-D-50).

Dans l'**arrêt Philips France du 29 avril 2009**<sup>108</sup> rendu sur renvoi après cassation, la cour d'appel a confirmé les sanctions prononcées par le Conseil à l'encontre de fabricants de produits électronique grand public qui avaient mis en place des prix de détail minimaux imposés auprès de leurs distributeurs. La cour a estimé que le Conseil avait retenu à juste titre la gravité de ces ententes : *« Les ententes verticales sur les prix, constitutives de “restrictions caractérisées au sens du règlement euro-*

<sup>107</sup>. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

<sup>108</sup>. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

péen n° 2790 du 27 décembre 1999 éclairé par les lignes directrices de la Commission, même si elles ne sont pas regardées avec autant de sévérité que les ententes horizontales, figurent parmi les pratiques anticoncurrentielles les plus graves.» La cour a rappelé que « [...] par principe, une entente constituée en vue de mettre en place un système de prix imposés sur un marché revêtait une particulière gravité [...] » et que « ces pratiques sont d'autant plus graves qu'elles ont été mises en œuvre par de grands groupes d'envergure internationale, dont les comportements sont susceptibles d'être regardés comme la norme par les agents économiques du secteur » (cf. décision 05-D-66).

### **Abus de position dominante : usage abusif d'un atout concurrentiel résultant d'un monopole passé (secteur des pompes funèbres)**

Dans l'arrêt **Agence funéraire lyonnaise pompes funèbres Viollet du 31 mars 2009**, la cour a confirmé dans son intégralité la décision de sanction prise contre la ville de Lyon en raison des comportements de sa régie municipale des pompes funèbres<sup>109</sup>. Celle-ci avait abusé de sa position dominante en mettant en place une information, un accueil des familles et une organisation des locaux susceptibles d'engendrer une confusion entre son activité de gestionnaire de la chambre funéraire et son activité d'opérateur d'obsèques à Lyon et dans l'agglomération lyonnaise, en s'attribuant ainsi un avantage concurrentiel indu sur les autres opérateurs de pompes funèbres. La cour a retenu que les faits, intervenus après la fin du monopole des pompes funèbres et témoignant de la résistance de la régie municipale à intégrer dans son comportement l'ouverture du service des pompes funèbres à la concurrence prévue par la loi du 8 janvier 1993, revêtaient une gravité certaine dès lors que, comme l'avait retenu le Conseil, la pratique était « *le fait d'une collectivité publique qui avait en charge le service administratif funéraire municipal et exploitait en même temps le service public à caractère industriel et commercial des pompes funèbres* ». Disposant de ce fait d'une position historique prédominante existant avant la fin du monopole des pompes funèbres et maintenue après la disparition de ce monopole, « *elle devait être attentive aux modalités de gestion de la chambre funéraire dont elle connaissait l'importance sur le marché de l'organisation des obsèques* ». De plus, la régie qui « *disposait de la seule chambre funéraire existant à Lyon, situation qui lui procurait une force d'attraction avec laquelle les entreprises concurrentes pouvaient difficilement rivaliser* », avait abusé de cette position pendant six ans, « *cette pratique ayant eu d'autant plus d'influence sur le choix des familles des défunts qu'elles se trouvent, pour la plupart, au moment où elles accordent leur confiance à un opérateur, dans un état de dépendance créé par le deuil et par la nécessité d'organiser rapidement les funérailles* ». La cour a encore relevé que la pratique ayant débuté près de quatre ans après l'entrée en vigueur de la loi d'ouverture du secteur à la concurrence, la régie avait disposé d'un délai suffisant pour adapter son comportement à la nouvelle législation et que, de surcroît, du fait de sa position historique, elle connaissait l'importance de la gestion de la chambre funéraire sur le marché de l'organisation des obsèques (cf. décision 08-D-09).

<sup>109</sup>. La ville de Lyon a été sanctionnée à raison des agissements de la régie.

## Sur le dommage à l'économie

La cour a rappelé à plusieurs reprises que :

- « le dommage à l'économie est présumé dès lors que l'existence d'une entente est établie » (arrêts **Bouygues Télécom du 11 mars 2009**<sup>110</sup>, **Ela Médical du 8 avril 2009**, **Philips France du 29 avril 2009**<sup>111</sup>, **Chevron Products Company du 24 novembre 2009**<sup>112</sup>) ou « que du seul fait que les entreprises, de façon concertée, modifient les conditions de fonctionnement du marché, il est présumé des pertes d'efficacité par rapport à un fonctionnement concurrentiel du marché » (arrêt **Chevron Products Company du 24 novembre 2009**<sup>113</sup>);
- le dommage causé à l'économie « ne se réduit pas à une perte objectivement mesurable, mais s'apprécie notamment en fonction de l'étendue du marché affecté par les pratiques anticoncurrentielles, de la durée et des effets conjoncturels ou structurels de ces pratiques » (arrêts **EPSE JouéClub du 28 janvier 2009**<sup>114</sup>, **Philips France du 29 avril 2009**<sup>115</sup>) ou que « [...] il ne se réduit pas au préjudice éventuellement subi par le donneur d'ordre [...], mais s'apprécie en fonction de la perturbation générale affectant le fonctionnement normal du marché et l'entrave portée au libre jeu de la concurrence par les pratiques en cause [...] » (arrêts **Ela Médical du 8 avril 2009**, **Philips France du 29 avril 2009**<sup>116</sup>, **Compagnie française de transport interurbain du 3 novembre 2009**<sup>117</sup>, **Chevron Products Company du 24 novembre 2009**<sup>118</sup>);
- « l'article L. 464-2 [...] exige, non pas un chiffrage précis du dommage à l'économie, mais seulement une appréciation de son importance reposant sur une analyse aussi complète que possible des éléments du dossier; [que] cette appréciation peut être globale dans la mesure où elle ne constitue qu'une référence à laquelle doit être rapportée chaque sanction individualisée en tenant compte de la situation propre à chaque entreprise » (arrêt **EPSE JouéClub du 28 janvier 2009**<sup>119</sup>) ou « qu'il n'est pas nécessaire que le dommage à l'économie soit chiffré avec précision dès lors que les éléments permettant d'en mesurer l'importance sont suffisants » (arrêts **Bouygues Télécom du 11 mars 2009**<sup>120</sup>, **Ela Médical du 8 avril 2009**, **Philips France du 29 avril 2009**<sup>121</sup>) ou que « le dommage ne se limite pas à une évaluation chiffrée mais doit être apprécié en fonction de la perturbation générale affectant le fonctionnement normal du marché et l'entrave portée au libre jeu de la concurrence, comme l'indique le substantif "importance de ce dommage utilisé par le législateur » (**Chevron Products Company du 24 novembre 2009**<sup>122</sup>);

110. Arrêt confirmé sur le fond par la Cour de cassation, 7 avril 2010.

111. Un pourvoi en cassation a été formé par le ministre contre cet arrêt.

112. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

113. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

114. Arrêt confirmé par la Cour de cassation, 7 avril 2010.

115. Un pourvoi en cassation a été formé par le ministre contre cet arrêt.

116. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

117. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

118. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

119. Arrêt confirmé par la Cour de cassation, 7 avril 2010.

120. Arrêt confirmé sur le fond par la Cour de cassation, 7 avril 2010.

121. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

122. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

- « l'article L. 464-2 du Code de commerce [...] n'impose pas de rechercher la part de marché affecté par la pratique en cause, ni de préciser la part spécifique et personnelle des entreprises sanctionnées sur ce marché; qu'il exige seulement de déterminer l'ordre de grandeur du dommage à l'économie afin d'en tenir compte dans la fixation proportionnelle de la sanction » (**arrêt Philips France du 29 avril 2009**)<sup>123</sup>.

Dans l'**arrêt EPSE JouéClub du 28 janvier 2009**<sup>124</sup>, la cour a avalisé l'appréciation du Conseil qui, après une analyse de la dimension et de la structure du marché, avait retenu que l'importance du dommage à l'économie devait être évaluée à partir des deux tiers du chiffre d'affaires annuel réalisé par les fournisseurs en cause les années concernées dans la mesure où les pratiques se situaient sur le marché saisonnier de la fin d'année où interviennent les deux tiers des ventes de jouets, et avait appliqué une réduction à l'ordre de grandeur ainsi obtenu pour tenir compte du fait qu'étaient principalement affectés les jouets de marque figurant dans les catalogues. La cour a encore estimé que le montant du dommage ne se limitait pas au montant des marges arrière anormalement élevées et qu'il n'était pas atténué par les réductions obtenues en caisse par les clients bénéficiaires de cartes de fidélité, non représentatives de la politique tarifaire du distributeur (*cf.* décision 07-D-50).

Dans l'**arrêt société Transeuro Desbordes Worldwide Relocations du 25 février 2009**<sup>125</sup>, la cour a rejeté le recours formé contre la décision par laquelle le Conseil, à partir d'une demande de clémence, avait sanctionné une douzaine d'entreprises de déménagement pour s'être entendues sur les prix de certaines prestations (niveau des taux d'assurance et prix des loyers garde-meubles) et pour avoir établi des devis de complaisance en vue de fausser la concurrence sur le marché du déménagement des personnels militaires. La cour a confirmé les sanctions prononcées contre les quatre sociétés requérantes, rappelant que « la fixation d'un prix, même simplement indicatif, affecte nécessairement le jeu de la concurrence puisqu'elle permet à tous les participants à l'entente de prévoir avec une suffisante certitude quelle sera la politique de prix suivie par leurs concurrents ». Elle a approuvé le Conseil d'avoir toutefois tenu compte, comme éléments atténuant l'importance du dommage causé à l'économie, le caractère accessoire des prestations concernées et le caractère limité des hausses de tarifs effectivement opérées par les parties à l'entente. Elle a également approuvé la prise en compte de la durée pendant laquelle les prix avaient échappé au jeu normal de la concurrence, mais a estimé que cette durée ne pouvait inclure l'une des années retenues par le Conseil, faute d'informations sur les prix pratiqués au cours de cette période. Cette divergence d'appréciation n'a toutefois pas entraîné une réduction des sanctions dans la mesure où il était acquis que le dommage à l'économie était resté limité. La cour a précisé que le dommage à l'économie lié à l'établissement de devis de complaisance résultait, non seulement de ce que ces devis aboutissaient à une répartition du marché, mais

123. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

124. Arrêt confirmé par la Cour de cassation, 7 avril 2010.

125. Arrêt confirmé par la Cour de cassation, 7 avril 2010.

encore de ce qu'ils provoquaient une hausse artificielle des prix qui n'étaient plus établis par référence à la réalité des coûts (cf. décision 07-D-48).

Dans l'**arrêt Bouygues Télécom rendu le 11 mars 2009**<sup>126</sup> après cassation partielle<sup>127</sup>, la cour a confirmé les sanctions prononcées par le Conseil en 2005 à l'encontre des trois opérateurs (Orange France, SFR et Bouygues Télécom) qui avaient mis en œuvre, sur le marché de la téléphonie mobile de détail, deux types d'entente. Il s'agissait, d'une part, d'un accord portant sur la stabilisation de leurs parts de marché respectives autour d'objectifs définis en commun (accord de gel de parts de marché) et, d'autre part, entre 1997 et 2003, d'échanges réguliers d'informations confidentielles et stratégiques portant sur les nouveaux abonnements et les résiliations. La cour a approuvé l'appréciation de l'importance du dommage à l'économie à laquelle avait procédé le Conseil relevant notamment l'importance de la taille du marché affecté et le fait que la totalité des opérateurs intervenant sur ce marché avaient participé à l'échange (cf. décision 05-D-65).

Dans l'**arrêt de rejet Agence funéraire lyonnaise pompes funèbres Violet du 31 mars 2009**, la cour a retenu que même si le dossier ne comportait pas d'éléments sur les prix comparés des prestations funéraires permettant de mesurer le surcoût pour le client lié à la mise en œuvre des pratiques d'abus de position dominante imputables à la régie municipale des pompes funèbres de la ville de Lyon et même si celles-ci n'avaient pas permis à la régie d'augmenter sa part de marché, l'importance du dommage était toutefois liée à la taille des marchés affectés et devait être aussi considérée au regard de la malheureuse valeur d'exemple donnée par la ville de Lyon, collectivité publique, qui aurait dû clairement distinguer ses différentes activités. La cour a relevé que les pratiques avaient été commises sur un marché « *historiquement réglementé et protégé, dont l'ouverture à la concurrence peut être facilement restreinte par l'opérateur dominant* » et souligné la faiblesse de la tension concurrentielle dans le domaine concerné (cf. décision 08-D-09).

Dans l'**arrêt Ela Médical du 8 avril 2009**, la cour a confirmé les sanctions prononcées à l'encontre de fabricants de défibrillateurs cardiaques qui avaient refusé, de façon concertée, de répondre à un appel d'offres lancé par le CHU de Montpellier, mandaté par d'autres CHU, mettant ainsi en échec la nouvelle procédure d'achat groupé destinée à permettre aux établissements hospitaliers de tirer un meilleur profit, tant au niveau du prix que du service rendu, et visant à revenir à la procédure antérieure d'appels d'offres individuels. La cour a estimé que le Conseil avait exactement apprécié l'importance du dommage à l'économie en prononçant des sanctions « *relativement modérées, proportionnées à une pratique plus grave par son objet que par ses effets* ». La cour a estimé que l'entrave portée au libre jeu de la concurrence par les pratiques en cause était caractérisée, en l'espèce, par le désordre résultant du refus concerté de toutes les entreprises intéressées de répondre à un appel d'offres. Elle a estimé que si le prix des défibrillateurs avait continuellement baissé en France depuis l'échec de l'appel d'offres et figurait parmi les plus bas d'Europe,

126. Arrêt confirmé sur le fond par la Cour de cassation, 7 avril 2010.

127. Dans un arrêt du 29 juin 2007 (Bouygues Télécom, précité), la Cour de cassation a cassé partiellement l'arrêt de confirmation rendu par la cour d'appel le 12 décembre 2006 (Bouygues Télécom, précité).

et si la concurrence était demeurée active entre les entreprises en cause dans les appels d'offres organisés par la suite, « *la logique conduit néanmoins à penser que le regroupement des achats aurait abouti à une baisse plus importante que celle observée, permettant ainsi une économie que la pratique a fait manquer* » (cf. décision 07-D-49).

Dans l'**arrêt Philips France du 29 avril 2009**<sup>128</sup> rendu sur renvoi après cassation, la cour d'appel a confirmé les sanctions prononcées par le Conseil à l'encontre de fabricants de produits électroniques grand public qui avaient mis en place des prix de détail minimaux imposés auprès de leurs distributeurs. La cour a estimé que le Conseil avait exactement relevé que, compte tenu de la position des entreprises en cause sur le marché, les pratiques tendant à imposer un prix minimal n'avaient pas seulement pour effet de réduire la concurrence intramarque, mais aussi d'affaiblir la concurrence intermarque dans la mesure où elles facilitaient les comparaisons de prix entre concurrents. Elle a retenu aussi que le fait que le marché ait été un marché concurrentiel dynamique (offre atomisée, absence de barrières à l'entrée, faible concentration de la distribution) sur lequel les prix étaient à la baisse, ne conduisait pas pour autant à conclure que le dommage à l'économie avait été négligeable : la cour a estimé, en effet, que les prix auraient connu une baisse plus marquée si les fabricants n'avaient pas déployé leurs efforts pour les maintenir à un certain niveau (cf. décision 05-D-66).

Dans l'**arrêt Colas Midi-Méditerranée du 16 juin 2009**<sup>129</sup>, la cour, statuant après cassation, a confirmé les sanctions prononcées. Elle a rappelé que « *le dommage causé à l'économie résulte du fait que l'entente entre entreprises soumissionnaires au même marché avait pour objet ou a eu pour effet de faire échec au déroulement normal des procédures d'appel d'offres, soit en faisant attribuer le marché à l'une d'entre elles artificiellement moins-disante, soit en contraignant le maître de l'ouvrage à déclarer l'appel d'offres infructueux, source de retard dans l'exécution des travaux* » (cf. décision 96-D-65).

Dans l'**arrêt Établissements Mathé du 29 septembre 2009**<sup>130</sup>, la cour, tout en confirmant la décision prise par le Conseil en ce qu'elle avait caractérisé la participation de six fabricants de contreplaqué à des pratiques ayant consisté, au sein d'une organisation professionnelle, à mettre en place une grille tarifaire commune de leurs produits et à coordonner, pendant plusieurs années, leurs hausses tarifaires. Elle a toutefois réduit les sanctions prononcées à l'encontre de trois d'entre eux de manière substantielle. Comme le Conseil, la cour a retenu que les hausses tarifaires concertées et les structures tarifaires définies en commun avaient entraîné une hausse des prix plus importante que celle correspondant seulement à l'augmentation réelle des coûts de production, et ce même en tenant compte des remises ou des prix inférieurs qui avaient pu être consentis par les fabricants au terme de négociations avec leurs clients : l'entente avait « *nécessairement tiré les prix vers le haut* ». Elle a également approuvé le Conseil d'avoir estimé que la structure tari-

128. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

129. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

130. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

faire, « même si son impact propre était difficile à mesurer de manière isolée », avait « renforcé le dommage à l'économie résultant de la concertation sur les hausses tarifaires, du fait de la rigidité en découlant [...] ». Pour la cour, le dommage causé à l'économie était établi et constitué « notamment par la perte de surplus économique subie par les entreprises concurrentes, les entreprises clientes et le consommateur final », mais qu'il est plus large « en ce que les clients, soit ont supporté cette hausse artificielle, par exemple lorsque les caractéristiques de l'okoumé leur étaient indispensables, soit se sont reportés sur d'autres produits, entraînant baisse des ventes et perte de marchés, pénalisantes à long terme pour cette industrie [...] ». La cour a encore retenu que le contreplaqué était un matériau très utilisé dans de nombreux secteurs clés de l'économie. Au final, elle a estimé que c'était à bon droit que le Conseil, « qui n'était pas tenu de quantifier plus précisément l'impact des pratiques » avait relevé, pour évaluer leur gravité et l'importance du dommage causé à l'économie, la nature même de l'entente horizontale entre concurrents sur un marché, la durée des pratiques sur une dizaine d'années, et l'importance des ventes (en volume et en valeur) en France du produit concerné. Enfin, la cour a estimé que n'étaient pas de nature à remettre en cause l'analyse du Conseil les divers éléments, pourtant indéniables, invoqués par les parties pour atténuer l'impact des pratiques, s'agissant de leur dépendance vis-à-vis du principal producteur gabonais pour l'approvisionnement en okoumé, de la pression de leurs clients et de la persistance d'une réelle concurrence dans le secteur (cf. décision 08-D-12).

Dans l'**arrêt Compagnie française de transport interurbain du 3 novembre 2009**<sup>131</sup>, la cour a confirmé la sanction prononcée à l'encontre de la requérante, société de transport de voyageurs, dont la participation à une entente lors d'appels d'offres passés par la ville d'Annecy et le conseil général de Haute-Savoie avait été établie. La cour a relevé qu'il n'y avait pas lieu de préciser l'importance de chacun des lots concernés par les marchés publics puisqu'il était établi que la concertation avait porté sur la répartition de l'ensemble de ces lots. Elle a approuvé le Conseil d'avoir considéré qu'« une concurrence faussée par des ententes de répartition de marchés, des offres de couverture et des échanges d'informations sur les prix proposés entraîne nécessairement une pression moindre sur les entreprises pour qu'elles fassent des efforts de prix » (cf. décision 08-D-33).

Dans l'**arrêt Chevron Products Company du 24 novembre 2009**<sup>132</sup>, la cour a confirmé les sanctions prononcées à l'encontre de quatre compagnies pétrolières qui avaient réparti entre elles le marché lors d'un appel d'offres organisé par Air France en 2002 pour son approvisionnement en carburéacteur à la Réunion. Les compagnies s'étaient concertées pour obtenir une répartition du marché et garantir leur part de marché respective : en limitant conjointement les volumes offerts, elles avaient contraint Air France à ne pouvoir faire autrement, pour couvrir ses besoins en carburant, que d'accepter leurs offres sans pouvoir en rejeter aucune, ni négocier les prix. La cour a confirmé l'analyse du Conseil sur l'importance du dommage causé

131. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

132. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

à l'économie. Elle a rappelé notamment que « *les ententes organisées par les entreprises qui ont une forte position sur le marché causent un dommage particulier au fonctionnement de la concurrence du fait notamment de l'exemple donné aux autres opérateurs* ». Elle a confirmé que le dommage était important en reprenant à son compte les circonstances de fait retenues par le Conseil : les compagnies pétrolières en cause appartenaient aux groupes mondiaux qui étaient les cinq majors du secteur ; elles avaient chacune la possibilité de faire obstacle à la mise en œuvre de l'entente en adoptant un comportement autonome sur le marché ; sur le marché du transport aérien, les compagnies aériennes bénéficiaient d'une faible sensibilité de la demande au prix du kérosène, qui constituait une dépense inévitable pour assurer leur activité ; au surplus, la demande émanait d'une clientèle captive, Air France et les autres compagnies aériennes ne pouvant pas s'approvisionner, sur l'escale de la Réunion, qu'auprès des compagnies pétrolières en cause ; enfin, le consommateur était directement affecté par les pratiques dans la mesure où le prix du kérosène représente une partie non négligeable du prix du billet d'avion (*cf.* décision 08-D-30).

### *Sur la situation des entreprises*

#### Réitération

Dans l'**arrêt EPSE JouéClub du 28 janvier 2009**<sup>133</sup>, la cour a retenu la circonstance de réitération à l'égard de la société Carrefour à raison de pratiques similaires d'ententes verticales sur les prix, précédemment sanctionnées dans une affaire relative à des calculatrices à usage scolaire ayant donné lieu à une décision 03-D-45 (*cf.* décision 07-D-50).

Dans l'**arrêt Chevron Products Company du 24 novembre 2009**<sup>134</sup>, la cour a confirmé la circonstance de réitération à l'égard de la société Total Réunion, en considérant que le fait que la structure du marché et les parts de marché de l'intéressée avaient évolué entre les deux épisodes infractionnels pris en compte ne pouvait conduire à considérer que les pratiques étaient différentes par leur objet ou leur effet anticoncurrentiel (*cf.* décision 08-D-30).

Dans l'**arrêt de rejet Agence funéraire lyonnaise pompes funèbres Viollet du 31 mars 2009**, la cour a jugé que la requérante n'était pas fondée à soutenir que la non-réitération de la pratique constituait une circonstance justifiant une atténuation de la sanction (*cf.* décision 08-D-09).

#### Puissance d'achat des distributeurs invoquée par des fournisseurs

Dans l'**arrêt EPSE JouéClub du 28 janvier 2009**<sup>135</sup>, la cour a écarté l'argumentation de fournisseurs qui invoquaient, comme circonstance atténuante, la puissance d'achat des distributeurs aux pressions desquels ils n'auraient pu résister. La cour a retenu que les intéressés, comptant parmi les acteurs importants du jouet

133. Arrêt confirmé par la Cour de cassation, 7 avril 2010.

134. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

135. Arrêt confirmé par la Cour de cassation, 7 avril 2010.

en France, ne démontraient pas que la puissance d'achat des distributeurs les avait mis dans l'impossibilité de s'opposer aux modalités de rémunération décidées par ces derniers, « *ne serait-ce qu'en dénonçant ces pratiques aux autorités compétentes* » (cf. décision 07-D-50).

### Difficultés économiques

Dans le même **arrêt EPSE JouéClub**, la cour a estimé que la circonstance qu'une entreprise a dû mettre en œuvre plusieurs plans sociaux et réduire ses effectifs dans une proportion importante ne suffisait pas à justifier la réduction de la sanction prononcée à son encontre par le Conseil (cf. décision 07-D-50).

Dans l'**arrêt Établissements Mathé du 29 septembre 2009**<sup>136</sup>, la cour a réduit de façon substantielle les sanctions prononcées à l'encontre de trois entreprises en raison notamment de l'apparition ou de l'aggravation de difficultés financières postérieurement à la décision du Conseil : l'une avait été mise en liquidation judiciaire, une autre avait fait l'objet d'un plan de cession totale de ses actifs, la troisième présentait un lourd endettement contracté pour assurer le maintien de l'activité « *dans un secteur sinistré* » et diversifier la production. À son égard, la cour a pris en considération le risque que la sanction prononcée par le Conseil ne remette en cause les financements obtenus et les graves répercussions sur l'activité de l'intéressée, fabricant de contreplaqué, de la tempête qui avait touché la forêt landaise. La cour a retenu, en outre, pour l'une des entreprises que ses relations contractuelles avec d'autres fabricants avaient pu contribuer à réduire sa responsabilité dans la mise en œuvre des hausses concertées<sup>137</sup> (cf. décision 08-D-12).

### Responsabilité personnelle d'un dirigeant

Dans le même **arrêt Établissements Mathé**, la cour a jugé qu'il n'y avait lieu de prendre en compte pour exclure ou atténuer la responsabilité d'une société, celle d'un de ses anciens dirigeants, prétendument sous le coup d'une procédure pénale : « *La responsabilité des pratiques est imputable à la personne morale, sans qu'il y ait lieu de prendre en considération des éléments tenant à la personne de ses dirigeants* » (cf. décision 08-D-12).

### Responsabilité d'un établissement secondaire

Dans l'**arrêt Compagnie française de transport interurbain du 3 novembre 2009**<sup>138</sup>, la cour a jugé que ne constituait pas une circonstance devant conduire à une réduction du montant de la sanction le fait que la société sanctionnée répondait de pratiques mises en œuvre par son établissement secondaire, relevant que cette situation ressortissait à l'organisation interne du groupe, librement fixée par ses dirigeants (cf. décision 08-D-33).

<sup>136</sup>. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

<sup>137</sup>. Deux des entreprises qui ont vu leur sanction réduite avaient précédemment obtenu une mesure de sursis à l'exécution de la décision du Conseil (article L. 464-8 du Code de commerce) en considération des difficultés financières qu'elles invoquaient.

<sup>138</sup>. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

## Prise en compte de la part de marché et du chiffre d'affaires d'une entreprise

Dans l'**arrêt EPSE JouéClub du 28 janvier 2009**<sup>139</sup>, la cour a écarté l'argumentation d'une société qui reprochait au Conseil de lui avoir appliqué une «*proportionnalité au carré*» en déterminant sa sanction à partir de la fois de sa part de marché et de son chiffre d'affaires : la cour a relevé que le Conseil avait tenu compte de la part de marché comme élément d'appréciation du dommage à l'économie et non comme facteur multiplicateur de la sanction (*cf.* décision 07-D-50).

## *Sur l'individualisation et la motivation de la sanction*

### Une sanction unique peut être appliquée à raison de plusieurs types de pratiques

Dans l'**arrêt EPSE JouéClub du 28 janvier 2009**<sup>140</sup>, la cour a jugé que le Conseil peut prononcer à l'encontre d'une même société une sanction unique à raison de différents types d'ententes à laquelle cette société a participé (*cf.* décision 07-D-50).

Dans l'**arrêt Bouygues Télécom rendu le 11 mars 2009**<sup>141</sup> après cassation partielle<sup>142</sup>, la cour a confirmé les sanctions prononcées par le Conseil à l'encontre des opérateurs de téléphonie mobile, Orange France, SFR et Bouygues Télécom, qui avaient mis en œuvre deux types d'entente : un accord de gel de parts de marché et des échanges réguliers d'informations confidentielles et stratégiques portant sur les nouveaux abonnements et les résiliations. La cour a observé que si le dispositif de la décision du Conseil mentionnait seulement un montant global de sanction pour chacune des sociétés sanctionnées, le Conseil avait bien distingué dans ses motifs le montant de sanction se rapportant à chacune des deux pratiques reprochées aux opérateurs, de sorte que, contrairement à ce qui était soutenu, lors du deuxième examen du recours sur renvoi après cassation, ne devaient être réexaminées que les sanctions prononcées au titre des échanges d'informations, grief sur lequel avait porté la censure de la Cour de cassation (*cf.* décision 05-D-65).

### L'appréciation de la gravité des pratiques et du dommage causé à l'économie sur des marchés connexes

Dans l'**arrêt Chevron Products Company du 24 novembre 2009**<sup>143</sup>, la cour a jugé que la gravité des pratiques et l'importance du dommage causé à l'économie pouvaient être appréciées, non seulement sur le marché principalement affecté (en l'occurrence, la vente de carburacteur dans le département français de la Réunion), mais également sur les deux marchés connexes indirectement impactés (ceux de

139. Arrêt confirmé par la Cour de cassation, 7 avril 2010.

140. Arrêt confirmé par la Cour de cassation, 7 avril 2010.

141. Arrêt confirmé sur le fond par la Cour de cassation, 7 avril 2010.

142. Dans un arrêt du 29 juin 2007 (Bouygues Télécom), la Cour de cassation avait cassé partiellement l'arrêt de confirmation rendu par la cour d'appel le 12 décembre 2006 (Bouygues Télécom).

143. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

l'approvisionnement et du transport de passagers français ou européens vers ou au départ de la Réunion); (cf. décision 08-D-30).

### *Sur l'incidence de l'ancienneté des faits ou de la durée de la procédure*

Dans l'**arrêt Colas Midi-Méditerranée du 16 juin 2009**<sup>144</sup>, la cour a rappelé que le temps écoulé entre la commission des faits et le prononcé de la sanction n'entre pas dans les éléments d'appréciation de la sanction (en ce sens, CA Paris, 29 janvier 2008, Le Goff Confort; cf. décision 96-D-65; et aussi en ce sens, CA Paris, 25 mars 2008, Cemex Béton Sud-Est; CA Paris, 24 juin 2008, France Travaux; CA Paris, 7 mars 2006, Inéo; CA Paris, 15 juin 1999, Solatrag; CA Paris, 30 janvier 2007, Le Foll; CA Paris, 26 juin 2007, Guerlain).

### *Sur l'incidence du rôle joué par la victime de pratiques anticoncurrentielles*

Dans l'**arrêt Chevron Products Company du 24 novembre 2009**<sup>145</sup>, la cour a jugé que l'attitude d'Air France, victime des pratiques d'entente mises en œuvre par des compagnies pétrolières à l'occasion d'un appel d'offres organisé pour son approvisionnement en carburacteur sur l'aéroport de la Réunion, ne pouvait avoir aucune conséquence exonératoire. Elle a estimé qu'en admettant qu'Air France soit à l'origine de « fuites » d'informations qui auraient pu guider la conduite de ses cocontractants, voire les pousser dans l'illicéité, cela ne pourrait constituer un facteur d'atténuation de la sanction que si les entreprises en cause avaient été en situation de dépendance forte à l'égard de la compagnie, ce qui n'était pas le cas puisque Air France était un demandeur captif dont la puissance d'achat, inopérante en soi, devait en outre être relativisée compte tenu de la taille des groupes auxquels appartenaient les entreprises mises en cause (cf. décision 08-D-30).

### *Sur la situation de crise économique affectant le secteur concerné par les pratiques*

Dans l'**arrêt Établissements Mathé du 29 septembre 2009**<sup>146</sup>, la cour a exclu, par principe, la circonstance atténuante invoquée par les parties résultant de la situation de crise économique affectant le secteur du contreplaqué en France depuis plusieurs décennies. Elle a estimé que les entreprises étaient mal fondées à reprocher au Conseil de ne pas avoir tenu compte de cette situation, dès lors que les difficultés économiques susceptibles d'être prises en compte pour l'appréciation de la sanction ne sauraient être que des difficultés individuelles affectant la capacité contributive des entreprises. En l'espèce, la cour a tenu compte des difficultés finan-

144. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

145. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

146. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

cières invoquées par trois des entreprises sanctionnées pour réduire les amendes prononcées à leur encontre (*cf. supra* : sur la situation des entreprises/difficultés économiques ; décision 08-D-12).

### *Sur le chiffre d'affaires à prendre en considération*

Dans l'**arrêt Eurelec Midi-Pyrénées du 14 janvier 2009**, la cour a partiellement censuré la décision de sanction prise par le Conseil en raison notamment de la détermination erronée du chiffre d'affaires de référence. L'une des entreprises responsables des pratiques avait été dissoute par absorption quelques jours avant la séance et la société absorbante était une holding présentant une situation comptable négative pour des raisons comptables exceptionnelles tenant à la rétrocession de ristournes à ses filiales. Afin d'éviter que l'intéressée n'échappe artificiellement à toute sanction, le Conseil avait à la fois tenu compte des chiffres d'affaires cumulés des deux entreprises et retenu le chiffre d'affaires réalisé par la société absorbante lors de l'avant-dernier exercice clos, alors que l'article L. 464-2 du Code de commerce, dans sa rédaction antérieure à l'entrée en vigueur de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 (loi NRE) applicable en l'espèce, prescrivait de prendre en compte le chiffre d'affaires réalisé lors du dernier exercice clos. La cour a rappelé que les dispositions de l'article L. 464-2 du Code de commerce, dans leur version antérieure à la loi NRE applicable en l'espèce, ne souffraient d'aucune exception. En conséquence, seul le chiffre d'affaires réalisé par la société à laquelle la pratique devait être juridiquement imputée devait être pris en compte pour la détermination la sanction encourue et ce chiffre d'affaires ne pouvait être que celui réalisé au cours du dernier exercice clos, conformément aux dispositions applicables en l'espèce (*cf.* décision 07-D-47).

Voir aussi *supra* **même arrêt** : sur le principe de la contradiction et les droits de la défense/éléments servant à la détermination de la sanction et sur l'imputabilité des pratiques.

« [...] *Au regard des dispositions de l'article L. 464-2 du Code de commerce, le chiffre d'affaires à prendre en considération pour la fixation du plafond de la sanction est le chiffre d'affaires global, hors taxe, de l'entreprise et non celui de la seule activité concernée par les pratiques incriminées.* » La cour a rappelé cette règle dans l'**arrêt Mathé du 29 septembre 2009**<sup>147</sup> (*cf.* décision 08-D-12) ainsi que dans les **arrêts EPSE JouéClub du 28 janvier 2009**<sup>148</sup> (*cf.* décision 07-D-50), **Transeuro Desbordes Worldwide Relocations du 25 février 2009**<sup>149</sup> (*cf.* décision 07-D-48), **Philips France du 29 avril 2009**<sup>150</sup> (*cf.* décision 05-D-66) ; et aussi en ce sens, notamment, Cass. com., 23 avril 2003, n° 01-16.124, Interflora ; CA Paris, 14 janvier 2003, SA Bouygues ; CA Paris, 18 mars 2003, Sté L'Amy ; CA Paris, 7 mars 2006, Sté

147. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

148. Arrêt confirmé par la Cour de cassation, 7 avril 2010.

149. Arrêt confirmé par la Cour de cassation, 7 avril 2010.

150. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

Inéo; CA Paris, 26 septembre 2006, Hôtel Le Bristol; CA Paris, 24 avril 2007, JH Industrie; CA Paris, 29 mai 2007, SDO; CA Paris, 19 juin 2007, Philips France.

Voir aussi **arrêt Ela Medical du 8 avril 2009** : le chiffre d'affaires de référence n'est pas celui réalisé en France (*cf.* décision 07-D-49).

Dans l'**arrêt Compagnie française de transport interurbain du 3 novembre 2009**<sup>151</sup>, la cour a jugé qu'il résulte de l'article L. 464-2 du Code de commerce qu'aucune distinction ne doit être opérée quant aux branches d'activité de l'entreprise et que l'on ne saurait dès lors restreindre le chiffre d'affaires à prendre en compte à une catégorie de clientèle déterminée (*cf.* décision 08-D-33).

### *Sur la comparaison entre les sanctions*

#### Sur la comparaison entre les sanctions prononcées dans une même affaire

Dans l'**arrêt société Transeuro Desbordes Worldwide Relocations du 25 février 2009**<sup>152</sup>, la cour a rappelé qu'une entreprise n'est pas fondée à se plaindre d'avoir été trop sévèrement sanctionnée par rapport à une autre : « *Les dispositions de l'article L. 464-2 du Code de commerce commandent de vérifier que la sanction prononcée répond au principe de proportionnalité selon les critères [quelles] énumèrent, sans qu'il y ait lieu de comparer l'application qui en a été faite à d'autres entreprises également sanctionnées* » (*cf.* décision 07-D-48).

De même, dans l'**arrêt Bouygues Télécom du 11 mars 2009**<sup>153</sup>, il a été jugé que l'argumentation d'une société selon laquelle elle aurait été plus sévèrement sanctionnée qu'une autre était dépourvue de pertinence « *dans la mesure où une proportionnalité de cette nature ne figure pas parmi les critères d'appréciation de la sanction tels qu'énumérés par l'article L. 462-4 du Code de commerce* » (*cf.* décision 05-D-65).

Dans l'**arrêt Compagnie française de transport interurbain du 3 novembre 2009**<sup>154</sup>, la cour a rappelé que le Conseil n'est pas tenu de justifier les sanctions qu'il prononce au regard d'une comparaison opérée avec les sanctions infligées aux autres sociétés mises en cause (*cf.* décision 08-D-33).

Dans l'**arrêt Chevron Products Company du 24 novembre 2009**<sup>155</sup>, la cour a rappelé que la détermination du plafond des sanctions applicables par l'Autorité est soumise au respect des seuls critères fixés par le droit national (en l'occurrence par le I de l'article L. 464-2 du Code de commerce) : « *Une société sanctionnée ne peut exiger que l'application des principes et critères prévus par les textes relatifs à la détermination des sanctions et, en aucun cas, contester sa sanction au motif qu'elle serait discriminatoire par rapport à celle infligée à une autre* » (Cass. com., 23 avril 2003, n° 01-16.124, Interflora; *cf.* décision 08-D-30).

151. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

152. Arrêt confirmé par la Cour de cassation, 7 avril 2010.

153. Arrêt confirmé sur le fond par la Cour de cassation, 7 avril 2010.

154. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

155. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

## Sur la comparaison avec des sanctions (ou des taux de réduction) appliquées dans d'autres affaires

Dans l'**arrêt Établissements Mathé du 29 septembre 2009**<sup>156</sup>, la cour a jugé que les taux de réduction de la sanction (en cas de non-contestation de griefs) relevés dans d'autres affaires n'étaient d'aucune utilité pour apprécier les sanctions dans le cas d'espèce : « *Les arguments sur le niveau de la sanction ou le taux de réduction appliqués dans d'autres affaires sont inopérants, la sanction devant être individualisée en fonction des seuls critères légaux* » (cf. décision 08-D-12).

## Sur la comparaison avec des sanctions appliquées par la Commission européenne

Dans l'**arrêt Chevron Products Company du 24 novembre 2009**<sup>157</sup>, la cour a écarté l'argumentation par laquelle les parties se prévalaient du niveau de sanction, prétendument inférieur, auquel elles auraient été exposées devant la Commission européenne, rappelant que « *la pratique répressive de la Commission européenne n'est pas un des critères énoncés par l'article L. 464-2, I* » et que, dès lors, le Conseil n'avait pas à se justifier quant à ce qu'aurait pu être les sanctions encourues devant la Commission européenne (cf. décision 08-D-30).

## Sur la publication

Dans l'**arrêt Établissements Mathé du 29 septembre 2009**<sup>158</sup>, la cour a confirmé la mesure de publication ordonnée, qualifiée d'excessive et de préjudiciable par les parties : « *Considérant que la faculté d'imposer une publication de sa décision, donnée au Conseil de la concurrence par le dernier alinéa du § 1 de l'article L. 464-2 du Code de commerce procède du principe fondamental de la publicité des décisions à forme et à contenu juridictionnel; qu'elle ajoute à l'exemplarité de la sanction et participe à l'effectivité du respect des règles de la concurrence; qu'en soi elle n'est pas de nature à porter atteinte au crédit ou à la considération des personnes visées, sauf caractère excessif qui n'existe pas en l'espèce; qu'en effet la publication ordonnée dans la présente affaire [...] était adaptée à son ampleur et à sa nature ainsi qu'à ses circonstances telles qu'elles ont été décrites plus haut, et mentionnait l'existence d'un recours* » (cf. décision 08-D-12).

Dans l'**arrêt Chevron Products Company du 24 novembre 2009**<sup>159</sup>, la cour a confirmé, dans son principe, la mesure de publication ordonnée par le Conseil au terme de la décision par laquelle avaient été sanctionnées des compagnies pétrolières qui avaient partagé entre elles le marché lors d'un appel d'offres organisé par Air France en 2002 pour son approvisionnement en carburacteur à la Réunion<sup>160</sup>.

156. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

157. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

158. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

159. Un pourvoi en cassation a été formé contre cet arrêt.

160. Cette mesure de publication avait fait l'objet d'une décision de sursis à statuer du magistrat délégué au motif qu'elle contenait des inexactitudes ou des imprécisions et ne répondait pas à l'exigence de clarté requise : cf. *supra* : sur la procédure suivie devant la cour d'appel/sur les pouvoirs du premier président statuant en application de l'article L. 464-8 du Code de commerce : ordonnance Chevron products company du 4 mars 2009.

La cour a ainsi rappelé que « *la publication que le Conseil peut ordonner en application de l'article L. 464-2, alinéa 5, procède du principe fondamental de la publicité des décisions à forme et à contenu juridictionnel et n'est pas de nature à porter atteinte au crédit et à la considération des personnes visées, dès lors, notamment, que le texte dont la publication est enjointe constitue un résumé objectif des éléments retenus par le Conseil pour entrer en voie de sanction* ». Dès lors, « *sauf abus, le Conseil est maître de publier sa décision, pour des raisons propres à l'espèce ou relevant plus généralement de sa mission de garantie des mécanismes de la concurrence* ». Elle a estimé que les requérantes ne pouvaient faire la démonstration d'aucun abus en l'occurrence et que l'utilité de la mesure de publication était donc acquise.

La cour a toutefois modifié le contenu du texte à publier<sup>161</sup>. Elle a ainsi entendu faire en sorte que le texte du résumé fasse clairement apparaître que les pratiques incriminées n'étaient pas celles des groupes auxquelles appartenaient les entreprises, mais celles des entreprises elles-mêmes ainsi que cela ressortait strictement de la décision, estimant qu'il était « *inopportun que la notion de "groupe apparaisse dans l'exposé livré au grand public, alors que les entreprises sanctionnées ont disposé [...] de l'autonomie qui correspondait à leur personnalité juridique et que la notion de groupe n'a été nécessaire [...] que pour déterminer les bases d'évaluation des sanctions [...]* » et que « *la forme sociale exacte de la personne sanctionnée [devait] être respectée, s'agissant d'un document public de nature juridictionnelle* ». Elle a souhaité également que soit précisé « *en termes simples et dénués d'ambiguïté* » ce qui était entendu par le « *différentiel* », c'est-à-dire la composante fixe du prix du kérosène rémunérant l'ensemble des coûts logistiques (transport, stockage, distribution), objet de la mise en concurrence, et directement affectée par l'augmentation de prix induite par les pratiques. Enfin, elle a estimé que l'ordre alphabétique devait « *présider, dans un document public de nature juridictionnelle, à la présentation des données individualisées, de sorte d'éviter une quelconque interprétation du lecteur* » (cf. décision 08-D-30).

## Jurisprudence de la Cour de cassation

### Sur la prescription et la procédure

#### *Sur la prescription*

Cass. com., 13 octobre 2009, n° 08-17.269 e. a., Colas Île-de-France Normandie  
Arrêt de cassation partielle

La cour a confirmé l'absence de prescription des faits dans l'affaire « *du logiciel Drapo* » concernant des ententes – une entente générale de répartition entre trois grands groupes de BTP et de multiples ententes ponctuelles – mises en œuvre en Île-de-France. Plusieurs points sont abordés dans l'arrêt de la cour touchant à la question de la prescription (cf. décision 06-D-07 bis).

<sup>161</sup>. La cour a donc formellement annulé la mesure de publication et défini un nouveau texte à publier.

## L'effet interruptif des actes accomplis dans le cadre d'une procédure pénale

La cour a ainsi confirmé le caractère interruptif de prescription, pour la procédure de concurrence, des actes accomplis dans le cadre de la procédure pénale, ouverte en l'espèce antérieurement à la décision du Conseil de se saisir d'office. La cour a d'abord énoncé que l'article L. 462-7 du Code de commerce définit les actes interruptifs de prescription par référence, non à leur auteur, mais à leur objet et à leur finalité (à savoir, la recherche, la constatation ou la sanction des faits)<sup>162</sup>. Elle a ensuite confirmé que, malgré l'absence de disposition expresse prévoyant, en l'état des textes en vigueur à l'époque<sup>163</sup>, que les actes de la procédure pénale interrompent la prescription de l'action devant le Conseil (alors qu'à l'inverse, l'article L. 420-6 prévoit que les actes interruptifs de la prescription devant le Conseil interrompent la prescription de l'action publique), l'élément matériel du délit pénal prévu par l'article L. 420-6 du Code de commerce – qui réprime le fait, pour une personne physique, de prendre frauduleusement une part personnelle et déterminante dans la conception, l'organisation ou la mise en œuvre de pratiques anticoncurrentielles –, étant défini par renvoi aux dispositions de ces articles, les actes interruptifs de la prescription de l'action publique exercée en application de l'article L. 420-6 interrompent également la prescription de l'action devant le Conseil portant sur les mêmes faits. La cour a également confirmé qu'en raison des liens entre les faits visés dans la procédure pénale et ceux dont le Conseil était saisi (résultant du fait, d'une part, que le Conseil s'est saisi d'office à la suite de l'information judiciaire ouverte du chef de pratiques anticoncurrentielles prévues par les articles L. 420-1 et L. 420-6 et, d'autre part, que les éléments de preuve sur lesquels étaient fondés les griefs résultaient des pièces pénales communiquées par le juge d'instruction sur le fondement de l'article L. 463-5), un acte tendant à la recherche, à la constatation ou à la sanction des faits concernant un des marchés interrompait la prescription à l'égard de l'ensemble des faits dont le Conseil était saisi (cf. décision 06-D-07 *bis*).

## L'absence d'effet de la prescription de l'action publique sur l'action administrative

La cour a confirmé que le lien étroit existant entre l'action pénale et l'action administrative n'empêchait pas que ces deux actions soient indépendantes l'une de l'autre, de sorte que l'acquisition de la prescription au pénal n'avait pas eu d'incidence sur le cours de la prescription de la procédure suivie devant le Conseil. Par conséquent, l'ordonnance de non-lieu rendue par le juge d'instruction, constatant

<sup>162</sup>. Cf. en sens contraire, CA Paris, 4 juillet 2006, Unidoc (la cour a jugé que des courriers envoyés par les entreprises au rapporteur en réponse à des demandes écrites que celui-ci leur avait faites pour demander des éléments relatifs à leur situation financière et à leur chiffre d'affaires ne constituaient pas des actes tendant à la recherche, la constatation ou la sanction d'éventuelles sanctions) approuvé par la Cour de cassation (Cass. com., 6 novembre 2007, n° 06-17.881, ministre de l'Économie).

<sup>163</sup>. Avant la modification de l'article L. 462-7 par l'ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008 : l'article L. 462-7 alinéa 2 prévoit désormais que « les actes interruptifs de la prescription de l'action publique en application de l'article L. 420-6 sont également interruptifs de la prescription devant l'Autorité de la concurrence ».

la prescription de l'action publique, était sans incidence sur le cours du délai de prescription de l'action administrative : « *Si le lien étroit, institué par le législateur, entre les faits à la source du délit pénal de l'article L. 420-6 du Code de commerce et les infractions au droit de la concurrence réprimées par les articles L. 420-1 et L. 420-2 du même code, permet à l'action administrative de bénéficier des actes interruptifs de la prescription de l'action publique, cet effet interruptif ne met pas la survie de l'action administrative dans la dépendance de celle de l'action publique et qu'indépendantes, les deux actions suivent leur propre évolution en fonction des actes accomplis par chacune des autorités compétentes; [...] le fait que, par ordonnance de non-lieu [...] le juge d'instruction ait constaté l'acquisition de la prescription de l'action publique [...] est sans incidence sur le cours de la prescription de l'action dont s'est saisi le Conseil* » (cf. décision 06-D-07 bis).

### L'effet interruptif du procès-verbal du rapporteur relatant la remise des pièces pénales

La cour a confirmé, par ailleurs, le caractère interruptif de prescription du procès-verbal par lequel le rapporteur avait relaté la remise des pièces du dossier pénal ou officialisé l'intégration des pièces du dossier pénal à la procédure suivie devant le Conseil (cf. décision 06-D-07 bis; voir en ce sens, Cass. com., 15 janvier 2008, n° 07-11.677 e. a., Colas Île-de-France Normandie, pour l'effet interruptif du procès-verbal du rapporteur de réception des pièces de la procédure pénale transmises par le juge d'instruction).

### L'étendue de l'effet interruptif

La cour a rappelé l'effet général de l'interruption de la prescription précisant qu'un acte interruptif de prescription concernant certaines entreprises ou certains faits seulement interrompt la prescription à l'égard de toutes les entreprises mises en cause et pour l'ensemble ses faits dont est saisi le Conseil dès lors que ceux-ci présentent entre eux un lien de connexité : « *Un acte tendant à la recherche, la constatation ou la sanction de pratiques anticoncurrentielles, même s'il ne concerne que certaines des entreprises incriminées ou une partie seulement des faits commis pendant la période visée par la saisine, interrompt la prescription à l'égard de toutes les entreprises mises en cause [y compris de celles qui n'avaient pas fait l'objet d'actes d'instruction dans le délai de la prescription triennale] et pour l'ensemble des faits dont est saisi le Conseil dès lors que ceux-ci présentent entre eux un lien de connexité.* » En l'espèce, les pratiques visées dans les notifications de griefs successives, issues d'une saisine unique, présentaient entre elles des liens étroits en ce qu'elles avaient pour objet commun de faire obstacle à la concurrence sur un ensemble de marchés publics conclus dans le secteur des travaux publics en région Île-de-France (cf. en ce sens, notamment, Cass. com., 10 juillet 2008, n° 07-17.276 e. a., Sephora; décision 06-D-07 bis).

## *Sur la procédure suivie devant l'Autorité*

### La mise en œuvre des dispositions de l'article L. 463-5 du Code de commerce<sup>164</sup>

Cass. com., 13 octobre 2009, n° 08-18.224, Spie  
Arrêt de rejet

Comme elle l'avait fait précédemment dans un arrêt rendu le 15 janvier 2008 (n° 07-11.677 e. a., Colas Île-de-France Normandie) dans une affaire concernant des travaux routiers en Seine-Maritime<sup>165</sup>, la cour a confirmé la régularité de la transmission au Conseil des pièces du dossier pénal par les juridictions d'instruction et de jugement sur le fondement des dispositions de l'article L. 463-5 du Code de commerce.

Elle a jugé que ces dispositions ne sont pas contraires, en elles-mêmes, au principe de l'égalité des armes alors que les parties invoquaient un déséquilibre résultant du fait que seule l'Autorité détient cette faculté de se faire communiquer le dossier pénal et que le rapporteur – qui a accès à l'entier dossier – peut sélectionner les pièces qu'il estime utiles à son instruction sans qu'elles aient un droit équivalent : « *La prérogative permettant au Conseil de demander, pour accomplir sa mission de protection de l'ordre public économique, aux juridictions d'instruction et de jugement la communication des procès-verbaux ou rapports d'enquête ayant un lien direct avec des faits dont il est saisi, lesquels sont à la suite de la notification des griefs, communiqués aux parties et soumis au débat contradictoire, ne constitue pas par elle-même une atteinte au principe de l'égalité des armes.* » La cour a confirmé que même si seul le rapporteur a été admis à consulter lui-même le dossier pénal, ce qu'impose l'article 11 du Code de procédure pénale relatif au secret de l'instruction, le principe de l'égalité des armes n'a pas été pour autant méconnu dès lors que les pièces issues de la procédure pénale, sur lesquelles le rapporteur avait fondé les griefs, avaient été inventoriées, cotées, versées au dossier, proposées à la consultation et soumises au contradictoire.

S'agissant, par ailleurs, des conditions de la communication, la cour a jugé que « *c'est à bon droit que l'arrêt retient qu'aucune irrégularité ne saurait résulter de ce que, à la suite de la demande du Conseil, le juge d'instruction a informé le rapporteur qu'il pouvait prendre connaissance du dossier puis lui a transmis les pièces demandées après s'être assuré de leur relation directe avec les faits dont le Conseil est saisi* » (cf. décision 07-D-15).

164. « *Les juridictions d'instruction et de jugement peuvent communiquer au Conseil de la concurrence, sur sa demande, les procès-verbaux ou rapports d'enquête ayant un lien direct avec les faits dont le Conseil est saisi* » (version antérieure à l'ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008 portant modernisation de la régulation de la concurrence).

165. Décision 05-D-69.

Cass. com., 13 octobre 2009, n° 08-17.269 e. a., Colas Île-de-France Normandie  
Arrêt de cassation partielle

La régularité de la procédure de transmission des pièces du dossier pénal a également été confirmée dans cette autre affaire d'ententes en matière de marchés publics en Île-de-France.

Sur le plan du respect des garanties de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, la cour a jugé que le fait que le Conseil ait seul la faculté, prévue par l'article L. 463-5, de demander à une juridiction, « *qui seule peut en décider* », la communication de pièces pénales ayant un lien direct avec des faits dont il est saisi, faculté par laquelle il ne fait que mettre en œuvre la demande du rapporteur investi des pouvoirs d'enquête que lui confère L. 450-1, n'est pas en lui-même contraire aux principes d'égalité des armes et d'impartialité. Elle a précisé, par ailleurs, que les dispositions de l'article L. 463-5 ne sont pas contraires aux droits de la défense garantis par l'article 6 de la Convention précitée, dès lors que les entreprises mises en cause disposent, après la notification de griefs, de la possibilité de débattre contradictoirement, devant le Conseil puis devant la cour d'appel, tant des conditions de la communication des pièces pénales que du contenu de l'intégralité des pièces communiquées, et de présenter toutes pièces qu'elles estiment utiles.

La cour a ensuite approuvé les conditions dans lesquelles était intervenue la communication des pièces par la juridiction. Il a ainsi été rappelé qu'aucune disposition du Code de commerce ou du Code de procédure pénale n'impose de forme particulière à la communication des pièces pénales, si bien que l'autorisation de communication du juge d'instruction – dont la réalité même était contestée par les parties – avait régulièrement résulté, en l'espèce, de la mise à disposition du rapporteur par ce juge, par l'intermédiaire de son greffier, d'une partie des pièces de l'information pénale. Il a été rappelé également que le procès-verbal du rapporteur décrivant les pièces pénales remises par le greffier (qui avait ensuite attesté de leur restitution) faisait foi jusqu'à preuve contraire des conditions de la remise de ces pièces. La cour a encore estimé que c'était sans renverser la charge de la preuve que la cour d'appel avait retenu que rien ne permettait d'affirmer que le rapporteur avait été en mesure d'opérer lui-même une sélection des pièces du dossier pénal. Elle a approuvé également le rejet par la cour d'appel des critiques relatives aux conditions du versement du rapport d'enquête de la DGCCRF établi sur commission rogatoire du juge d'instruction, rapport non coté dans le dossier d'instruction et non répertorié par le rapporteur comme une pièce communiquée par le juge d'instruction, et dont il était soutenu qu'il avait été, non pas communiqué avec les pièces pénales, mais irrégulièrement remis par son auteur, devenu lui-même rapporteur au Conseil de la concurrence, au rapporteur chargé de l'instruction : la cour a estimé que les juges du fond avaient souverainement jugé que le fait que ce rapport ait pu ne pas être coté n'établissait pas qu'il ne figurait pas parmi les pièces communiquées par le magistrat (*cf.* décision 06-D-07 *bis*).

## Le principe du contradictoire et les droits de la défense

### *Précision des griefs notifiés*

Cass. com., 13 octobre 2009, n° 08-17.269 e. a., Colas Île-de-France Normandie  
Arrêt de cassation partielle

La cour a rappelé que le rapport soumis à la décision du Conseil est une analyse des faits et de l'ensemble des griefs notifiés, que le rapporteur ne peut écarter ou annuler une notification de griefs à laquelle il a procédé et qu'il appartient au Conseil (à l'Autorité) de vérifier que les parties n'ont pu se méprendre sur les accusations portées contre elles. En l'espèce, c'était donc par une impropriété de terme qu'une notification de griefs complémentaire mentionnait qu'elle se substituait à la notification de griefs initiale puisqu'elle ne pouvait que s'ajouter à celle-ci et non l'annuler et la remplacer.

En l'espèce, la notification de griefs initiale reprochait aux entreprises une participation active à des « *tours de table* » de répartition et comportait un tableau des entreprises impliquées classées par maîtres d'ouvrage sans que tous les marchés litigieux ayant donné lieu à des ententes ne soient récapitulés en face du nom de chacune des entreprises mises en cause. La cour a approuvé la cour d'appel d'avoir jugé que la structure de la notification de griefs initiale permettait néanmoins aux entreprises intéressées d'identifier exactement les marchés auxquels leur nom était associé, qu'elles ne pouvaient nourrir aucun doute, ni sur la nature des pratiques définies dans une analyse commune, ni sur les marchés affectés et qu'elles avaient donc pu préparer utilement leur défense (*cf.* décision 06-D-07 *bis*).

### *Égalité entre les parties*

Cass. com., 13 octobre 2009, n° 08-17.269 e. a., Colas Île-de-France Normandie  
Arrêt de cassation partielle

La cour a confirmé que l'octroi aux parties d'un délai supplémentaire (d'au maximum 1 mois) pour consulter le dossier et produire des observations, dépend de la démonstration par chaque partie de l'existence de circonstances exceptionnelles le justifiant, de sorte que le président du Conseil avait pu, sous l'empire des textes alors en vigueur<sup>166</sup>, accorder des délais de durée différente aux parties qui demandaient à bénéficier d'un délai supplémentaire (*cf.* décision 06-D-07 *bis*).

<sup>166</sup>. Depuis l'ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008, l'article L. 463-2, dernier alinéa, prévoit que c'est désormais le rapporteur général qui peut accorder ce délai supplémentaire.

## Sur la procédure suivie devant la cour d'appel

### Irrecevabilité des moyens invoqués après l'expiration du délai de deux mois suivant la notification de la décision attaquée

Cass. com., 13 octobre 2009, n° 08-18.224, Spie

Arrêt de rejet

La cour a confirmé l'irrecevabilité de moyens invoqués par les sociétés requérantes après l'expiration du délai de deux mois suivant la notification de la décision attaquée, prévu par l'article R. 464-12, deuxième alinéa, du Code de commerce. En l'espèce, ces moyens avaient été invoqués pour la première fois par les requérantes dans leur mémoire en réplique (cf. décision 07-D-15).

### Recevabilité des moyens nouveaux invoqués, après cassation, devant la cour d'appel de renvoi

Cass. com., 3 mars 2009, n° 08-14.435, SFR

Arrêt de cassation

La cour, censurant une analyse adoptée par la cour d'appel à plusieurs reprises en 2008 et 2009<sup>167</sup>, a jugé que la procédure de renvoi après cassation est régie, non par les dispositions du Code de commerce, mais exclusivement par celles du Code de procédure civile. En effet, « *les dispositions du Code de procédure civile ne cèdent que devant les dispositions expressément contraires du Code de commerce ou aménageant des modalités propres aux recours contre des décisions du Conseil [l'Autorité] de la concurrence* » et l'article R. 464-10<sup>168</sup> du Code de commerce ne déroge expressément qu'au titre VI du livre II du Code de procédure civile relatif aux « *Dispositions particulières à la cour d'appel* ». Il s'ensuit qu'est applicable à la procédure de renvoi après cassation, l'article 632 du Code de procédure civile qui dispose que, devant la juridiction de renvoi, les parties peuvent invoquer de nouveaux moyens à l'appui de leurs prétentions.

Par conséquent, la cour d'appel qui, dans son arrêt du 2 avril 2008 (SFR), avait déclaré irrecevables les moyens nouveaux présentés par les entreprises devant elle, après cassation, aux motifs qu'ils étaient présentés au-delà du délai de deux mois prévu par l'article R. 464-12-2° du Code de commerce<sup>169</sup> et qu'ils ne portaient pas sur des éléments révélés postérieurement ou qu'ils ne répondaient pas à des moyens invoqués devant la cour, avait violé les textes précités (cf. décision 04-D-48).

167. CA Paris, 25 mars 2008, Cemex Bétons; CA Paris, 2 avril 2008, SFR; CA Paris, 11 mars 2009, Bouygues Télécom; cf. *supra*, sur la procédure suivie devant la cour d'appel/moyens nouveaux invoqués, après cassation, devant la cour d'appel de renvoi.

168. « *Par dérogation aux dispositions du titre VI du livre II du Code de procédure civile, les recours exercés devant la cour d'appel de Paris contre les décisions de l'Autorité de la concurrence sont formés, instruits et jugés conformément aux dispositions de la présente section.* »

169. « *Lorsque la déclaration [de recours] ne contient pas l'exposé des moyens invoqués, le demandeur doit, à peine d'irrecevabilité prononcée d'office, déposer cet exposé au greffe dans les deux mois qui suivent la notification de la décision de l'Autorité de la concurrence.* »

Cass. com., 3 mars 2009, n° 08-13.767 e. a., Cemex France gestion

Arrêt de cassation

La même solution a été adoptée dans cet arrêt, la cour cassant et annulant, en toutes ses dispositions, l'arrêt rendu par la cour d'appel le 25 mars 2008 (Cemex Betons Sud-Est) dans lequel avaient été jugés irrecevables des moyens nouveaux présentés par les requérants après cassation, devant la cour de renvoi (*cf.* décision 97-D-39).

### Absence de réponse à tous les arguments des parties

Cass. com., 13 octobre 2009, n° 08-17.269 e. a., Colas Île-de-France Normandie

Arrêt de cassation partielle

La cour a rappelé à plusieurs reprises, dans cet arrêt, que la cour d'appel n'avait pas à entrer dans le détail de l'argumentation des parties (*cf.* décision 06-D-07 *bis*; voir en ce sens, Cass. com., Casino Guichard-Perrachon, 8 avril 2008).

### Absence de visa des écritures des parties

Cass. com., 13 octobre 2009, n° 08-17.269 e. a., Colas Île-de-France Normandie

Arrêt de cassation partielle

La cour a cassé l'arrêt de la cour d'appel à l'égard d'une des entreprises sanctionnées dont les juges du fond avaient omis de viser le mémoire déposé en réponse aux observations écrites du Conseil de la concurrence (*cf.* décision 06-D-07 *bis*).

## *Sur la procédure suivie devant la Cour de cassation*

### Mise en œuvre des dispositions du IV de l'article 5 de l'ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2005

Cass. com., 3 mars 2009, n° 08-13.767 e. a., Cemex France gestion

Arrêt de cassation

La cour a fait droit à la demande de deux entreprises qui, sur le fondement des dispositions de l'article 5 IV de l'ordonnance du 13 novembre 2008<sup>170</sup>, demandaient le renvoi devant la cour d'appel afin qu'il soit statué sur la contestation qu'elles entendaient former contre l'ordonnance juridictionnelle ayant autorisé les opérations de visite et saisie (*cf.* décision 97-D-39).

<sup>170</sup>. L'article 5 IV de l'ordonnance prévoit notamment que lorsqu'est pendante devant la Cour de cassation un pourvoi formé contre un arrêt de la cour d'appel de Paris statuant dans le cadre de l'article L. 464-8 du Code de commerce, les parties ont la faculté de demander le renvoi à la cour d'appel de Paris pour l'examen d'un recours en contestation de l'autorisation de visite et saisie délivrée par le juge des libertés et de la détention.

### Non-admission du pourvoi

Cass. com., 24 novembre 2009, n° 08-18.028, CDG Participations  
Arrêt de non-admission

La cour a déclaré non admis le pourvoi formé contre l'arrêt de la cour d'appel qui avait rejeté le recours formé contre la décision par laquelle le Conseil avait estimé que la saisine de la société CDG Participations dénonçant des pratiques abusives, attribuées notamment à la société Aéroports de Paris, n'était pas appuyée d'éléments suffisamment probants et avait, en conséquence, rejeté la demande de mesures conservatoires qui l'accompagnait.

La cour se fonde sur les dispositions de l'article 1014 du Code de procédure civile qui dispose qu'après le dépôt des mémoires, la formation restreinte de la chambre de la cour à laquelle l'affaire a été distribuée déclare non admis les pourvois irrecevables ou non fondés sur un moyen sérieux de cassation (cf. décision 08-D-05).

### Sur les mesures conservatoires

Cass. com., 13 janvier 2009, n° 08-12.510, Schering-Plough  
Arrêt de rejet

La cour a rejeté le pourvoi formé par la société Schering-Plough contre l'arrêt de la cour d'appel, rendu le 5 février 2008<sup>171</sup>, qui avait confirmé la décision par laquelle le Conseil avait enjoint à ce laboratoire, à titre conservatoire, de faire publier un communiqué dans des revues spécialisées. Cette mesure était justifiée par des actions de dénigrement menées par l'intéressé visant le générique d'un médicament qu'il commercialisait, le Subutex, qui étaient apparues susceptibles de constituer un abus de position dominante.

Le laboratoire contestait la possibilité pour le Conseil de prononcer, à titre conservatoire, une mesure de publication. Il soutenait qu'une telle mesure ne peut être prononcée qu'à titre de sanction complémentaire au terme d'une décision sur le fond, conformément à l'article L. 464-2 du Code de commerce, et non en matière de mesures conservatoires.

La cour a réfuté cette thèse en rappelant que l'article L. 464-1 autorise le Conseil à prendre les mesures conservatoires qui lui sont demandées ou celles qui lui paraissent nécessaires et que ces mesures, « *qui ne constituent pas des sanctions et qui ne sont pas énumérées de façon limitative [...] peuvent revêtir des formes diverses, dont la publication d'un communiqué, sous réserve qu'elles restent strictement limitées à ce qui est nécessaire pour faire face à l'urgence* » (cf. décision 07-MC-06).

171. CA Paris, 5 février 2008, Schering-Plough.

## Sur le fond

### *L'entente anticoncurrentielle*

Cass. com., 7 juillet 2009, n° 08-15.609, Vicat  
Arrêt de cassation partielle

La cour a partiellement cassé l'arrêt de la cour d'appel<sup>172</sup> qui avait confirmé sur le fond la décision de sanction prise à l'encontre des sociétés Lafarge et Vicat et de quelques-uns de leurs distributeurs pour des pratiques mises en œuvre dans les secteurs de l'approvisionnement et de la distribution du ciment en Corse. La cour d'appel avait ainsi confirmé l'existence des pratiques retenues par le Conseil : il s'agissait d'une entente visant à réserver aux deux producteurs de ciment l'approvisionnement de la Corse et d'entraver les importations en provenance de l'étranger, notamment de Grèce et d'Italie, d'une entente sur les prix entre deux négociants et d'un abus de position dominante collective imputé aux deux producteurs qui s'était traduit par des remises venant récompenser les négociants qui n'achetaient pas de ciment étranger<sup>173</sup>.

La Cour de cassation a rejeté les moyens par lesquels les parties contestaient l'existence des ententes. Les deux cimentiers avaient conclu une convention avec les négociants de Haute-Corse regroupés dans leur quasi-totalité au sein d'un GIE, qui mettait à la charge de ces derniers une obligation d'approvisionnement exclusif auprès d'eux pour différentes gammes de ciment représentant la quasi-totalité des ventes de ciment en Corse et leur interdisait par conséquent, pour ces gammes, tout approvisionnement alternatif. La cour a approuvé la cour d'appel d'avoir exclu pour ces pratiques le bénéfice de l'exemption prévue par les articles L. 420-4 du Code de commerce et 81 § 3 du traité CE (*cf.* décision 07-D-08).

### *L'abus de position dominante*

#### Position dominante collective

Cass. com., 7 juillet 2009, n° 08-15.609, Vicat  
Arrêt de cassation partielle

La cour a partiellement cassé l'arrêt de la cour d'appel<sup>174</sup> qui avait confirmé sur le fond la décision de sanction prise à l'encontre des sociétés Lafarge et Vicat et de quelques-uns de leurs distributeurs pour des pratiques mises en œuvre dans les secteurs de l'approvisionnement et de la distribution du ciment en Corse. La cour d'appel avait ainsi confirmé l'existence des pratiques retenues par le Conseil : il s'agissait d'une entente visant à réserver aux deux producteurs de ciment l'approvisionnement de la Corse et d'entraver les importations en provenance de

172. CA Paris, 6 mai 2008, Lafarge.

173. En revanche, elle avait estimé que le dommage à l'économie était plus limité que ce que le Conseil avait retenu et, par suite, avait réduit de moitié environ les sanctions prononcées contre les deux cimentiers.

174. CA Paris, 6 mai 2008, Lafarge.

l'étranger, notamment de Grèce et d'Italie, d'une entente sur les prix entre deux négociants et d'un abus de position dominante collective imputé aux deux producteurs qui s'était traduit par des remises venant récompenser les négociants qui n'achetaient pas de ciment étranger<sup>175</sup>.

La Cour de cassation a rejeté les moyens par lesquels les parties contestaient l'existence des ententes (*cf. supra*). En revanche, elle a censuré l'arrêt de la cour d'appel estimant que n'avait pas été suffisamment démontrée l'existence de la position dominante collective entre les deux cimentiers.

Comme le Conseil l'avait rappelé dans sa décision, il résulte de la jurisprudence communautaire et nationale que, pour caractériser une position dominante collective, il faut démontrer que les entreprises en cause ont ensemble le pouvoir, non seulement d'adopter une même ligne d'action sur le marché, mais également celui « *de se comporter sur le marché en cause, dans une mesure appréciable, de façon indépendante vis-à-vis de leurs concurrents, de leurs clients et des consommateurs* », autrement dit de s'abstraire des conditions du marché. Cette capacité des entreprises peut résulter soit des liens ou des facteurs de corrélation juridiques existant entre elles, tels que des liens capitalistiques ou contractuels, ainsi que de l'adoption effective d'une ligne d'action commune sur le marché, soit, à défaut de tels liens, de la structure du marché qui doit révéler l'existence de trois facteurs cumulatifs dégagés en 2002 par le Tribunal de première instance des Communautés européennes dans une affaire *Airtours*<sup>176</sup> : la structure oligopolistique et la transparence du marché, la non contestabilité du marché ou l'absence de compétition potentielle, la possibilité de représailles sur les entreprises déviant de la ligne d'action commune.

Or, la Cour de cassation a estimé que la cour d'appel n'avait pas recherché si Lafarge et Vicat avaient eu, ensemble, la possibilité de s'abstraire effectivement des conditions du marché, et ce même en l'absence des ententes conclues avec leurs clients : « *Attendu que, pour dire que les sociétés Lafarge et Vicat détenaient une position dominante collective sur le marché de gros de l'approvisionnement de la Corse en ciment, l'arrêt relève que les liens qui unissaient ces sociétés résultaient des contrats qu'elles avaient signés conjointement, contrats dont la mise en œuvre à l'égard de leurs clients, de leurs concurrents et des consommateurs traduisait que ces deux entreprises se présentaient sur le marché de l'approvisionnement en gros de la Corse en ciment comme une entité collective pratiquant une stratégie commune et ajoute que la structure du marché rendait possible une telle domination collective; Attendu qu'en se déterminant ainsi, sans rechercher si, en l'absence d'ententes conclues avec leurs clients, les sociétés Lafarge et Vicat auraient disposé en commun de la possibilité de se comporter sur le marché en cause, dans une mesure appréciable, de façon indépendante vis-à-vis de leurs concurrents, de leurs clients et des consommateurs, la cour d'appel n'a pas légalement justifié sa décision* » (*cf.* décision 07-D-08).

175. En revanche, elle avait estimé que le dommage à l'économie était plus limité que ce que le Conseil avait retenu et, par suite, avait réduit de moitié environ les sanctions prononcées contre les deux cimentiers.

176. TPICE, 6 juin 2002, *Airtours*, T-342/99, *Rec.* II, p. 2585 : cet arrêt a été rendu en matière de contrôle des concentrations, mais le Tribunal, dans un arrêt *Piau* du 26 janvier 2005, a jugé que cette jurisprudence était applicable au titre des infractions aux articles L. 420-2 du Code de commerce et 82 du traité CE (*cf.* rapport annuel 2006, p. 275).

## Ciseau tarifaire

Cass. com., 3 mars 2009, n° 08-14435, SFR

### Arrêt de cassation

La Cour de cassation, qui se prononçait pour la deuxième fois dans cette affaire concernant le secteur des appels téléphoniques fixe vers mobile et opposant l'association Etna (anciennement Tenor) à France Télécom et SFR (précédemment Cegetel), a rendu un nouvel arrêt de cassation.

Sur une plainte de l'association Tenor (devenue Etna), qui regroupe des opérateurs de télécommunications, le Conseil avait sanctionné, en 2004, France Télécom et SFR (Cegetel), opérateurs verticalement intégrés sur les marchés de la téléphonie fixe et mobile et chacun en monopole sur le marché amont des terminaisons d'appels sur son propre réseau mobile, pour avoir mis en œuvre des pratiques de ciseau tarifaire, entre avril 1999 et janvier 2001, en proposant aux grandes et moyennes entreprises, *via* leur branche de téléphonie fixe respective, des offres de détail «*fixe vers mobile*» qui ne couvraient pas les coûts encourus pour la fourniture de ces prestations, notamment la charge de terminaison d'appel (CTA) fixée par leur branche de téléphonie mobile. Ces tarifs empêchaient les nouveaux opérateurs de téléphonie fixe de proposer, *via* une interconnexion aux réseaux mobiles des deux opérateurs, des offres «*fixe vers mobile*» compétitives, à moins de consentir des pertes. Le Conseil avait retenu que ces pratiques avaient eu pour effet de retarder l'entrée de ces nouveaux opérateurs sur le marché de la téléphonie «*fixe vers mobile*» à une époque où ils ne disposaient pas d'autre solution technique pour intervenir sur ce marché que l'interconnexion directe aux réseaux des opérateurs de téléphonie mobile. Le Conseil avait, en effet, démontré qu'à partir d'avril 1999, France Télécom avait très largement supprimé la seule solution alternative existant à l'époque, le reroutage international<sup>177</sup> en concluant des «*accords de surcharge*» avec ses homologues étrangers qui avaient eu pour effet de cesser de rendre cette voie de contournement rentable économiquement.

La cour d'appel, dans un premier arrêt du 12 avril 2005 (France Télécom), avait néanmoins jugé que le Conseil avait échoué à démontrer qu'au cours de la période considérée, les opérateurs entrants de téléphonie fixe étaient effectivement privés de solution alternative et qu'ils étaient par conséquent réellement contraints de recourir à l'interconnexion directe.

Dans un arrêt du 10 mai 2006 (association Etna), la Cour de cassation avait alors censuré la cour d'appel en jugeant «*qu'il lui appartenait de rechercher, non si le Conseil avait établi que les nouveaux opérateurs de téléphonie fixe ne disposaient plus d'aucun moyen permettant d'éviter l'effet de ciseau subi en cas d'interconnexion directe, mais si les pratiques de «ciseau tarifaire» respectivement mises en œuvre par France Télécom et par SFR avaient pour objet ou pouvaient avoir pour effet, notamment après la*

177. *i.e.* la possibilité, pour les opérateurs alternatifs de téléphonie fixe, de faire transiter les appels «*fixe vers mobile*» de leurs clients par des opérateurs étrangers, essentiellement européens, qui les acheminaient ensuite vers le réseau de téléphonie mobile du correspondant appelé, solution financièrement avantageuse puisque l'opérateur étranger était dispensé de payer la CTA au prix fort.

*signature par France Télécom [des accords de surcharge], de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur le marché de la téléphonie fixe vers mobile des entreprises».*

Statuant sur renvoi dans un arrêt du 2 avril 2008, la cour d'appel avait rappelé que le ciseau tarifaire consiste «pour un opérateur généralement verticalement intégré, fixant à la fois les tarifs de détail sur un marché et le tarif d'une prestation nécessaire pour l'accès au marché de détail, à ne pas laisser entre les deux un espace suffisant pour la couverture des autres coûts encourus pour la fourniture de la prestation de détail». La cour avait relevé que n'étaient contestés ni les tarifs pratiqués par les deux opérateurs en cause (CTA et prix de détail), ni la définition des marchés pertinents, ni la position de quasi-monopole de chacun des opérateurs mis en cause sur le marché des appels entrants dirigés vers le réseau de téléphonie mobile de chacune d'eux. Elle avait repoussé l'argumentation par laquelle SFR faisait valoir qu'elle-même victime des pratiques de France Télécom, elle n'avait fait qu'aligner son comportement sur celui de son concurrent : «Le Conseil a pertinemment souligné qu'il appartenait à Cegetel d'aligner son comportement, non pas sur celui de France Télécom, mais sur celui de l'association qui a saisi l'autorité de régulation.» Enfin, et la question était centrale après le premier arrêt de cassation, la cour avait écarté la défense qui consistait pour les deux opérateurs à soutenir que les entrants disposaient, à l'époque des faits, d'une solution alternative à l'interconnexion directe, sous la forme de solutions de reroutage international : la cour avait confirmé, en effet, d'une part, qu'un tel contournement «était techniquement aberrant, ce qui suffit à établir qu'il n'y avait lieu d'y recourir que pour contourner un obstacle lui-même paradoxal», d'autre part, que France Télécom s'était «efforcée», tout au long de la période considérée, de rendre ce contournement financièrement moins attractif en négociant de multiples accords «de surcharge» avec les opérateurs étrangers. La cour avait estimé, qu'«en définitive», c'était à bon droit que la décision déferée avait retenu les griefs reprochés à l'encontre des deux opérateurs.

Sur les pourvois formés par les deux opérateurs, la Cour de cassation a remis entièrement en cause l'analyse suivie par la cour d'appel qui semblait pourtant découler directement de son premier arrêt de cassation. La cour a énoncé, en effet, qu'«une pratique de ciseau tarifaire a un effet anticoncurrentiel si un concurrent potentiel aussi efficace que l'entreprise dominante verticalement intégrée auteur de la pratique ne peut entrer sur le marché aval qu'en subissant des pertes ; qu'un tel effet peut être présumé seulement lorsque les prestations fournies à ses concurrents par l'entreprise auteur du ciseau tarifaire leur sont indispensables pour la concurrence sur le marché aval». Elle a jugé que la cour d'appel ne pouvait retenir l'existence des effets anticoncurrentiels de la pratique de ciseau tarifaire dès lors qu'elle n'avait pas constaté que les accords de surcharge passés par France Télécom, visant à rendre le reroutage moins attractif, avaient eu «pour résultat de rendre indispensable», pour les nouveaux opérateurs de téléphonie fixe, l'interconnexion directe aux réseaux mobile de France Télécom et de SFR. Et dans le cas où la cour aurait estimé que des possibilités de reroutage subsistaient, elle n'avait pas constaté que les pratiques de ciseau avaient eu pour effet, au moins potentiel, d'entraîner des pertes pour des concurrents aussi efficaces que France Télécom et SFR. La Cour de cassation semble donc considérer

que la cour d'appel s'est contentée de présumer les effets, ce qu'elle ne pouvait faire, selon elle, que si l'interconnexion directe aux réseaux mobile de France Télécom et de SFR était indispensable aux opérateurs entrants, autrement dit seulement si le reroutage était devenu impossible. Dans le cas contraire, si elle ne constatait pas que le reroutage était effectivement devenu impossible, il lui appartenait alors de démontrer que le ciseau tarifaire avait effectivement entraîné des pertes pour les nouveaux opérateurs concurrents de France Télécom et SFR (cf. décision 04-D-48).

### Prédation par construction d'une réputation d'agressivité

Cass. com., 17 mars 2009, n° 08-14.503, ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie

#### Arrêt de rejet

La cour a rejeté le pourvoi formé par le ministre contre l'arrêt de la cour d'appel qui avait réformé la décision prise par le Conseil en 2007 pour sanctionner une pratique de prix prédateurs mise en œuvre par la société Glaxosmithkline France (ci-après Glaxo). Glaxo avait été sanctionné pour avoir abusé de sa position dominante détenue sur le marché de l'aciclovir injectable (antiviral qu'elle commercialisait sous le nom de Zovirax) en pratiquant des prix prédateurs sur le marché connexe, non dominé par lui, du céfuroxime sodique injectable (antibiotique commercialisé par Glaxo sous le nom de Zinnat). Pour le Conseil, qui s'était référé à la jurisprudence Akzo<sup>178</sup>, cette pratique avait eu pour objet et pour effet, grâce au « signal » ainsi lancé par le laboratoire et à « la réputation d'agressivité » qui en était résultée pour lui, de dissuader les génériqueurs d'entrer sur le marché des spécialités hospitalières menacées par l'expiration de brevets, et notamment celui de l'aciclovir, produit phare de Glaxo.

Dans un arrêt du 8 avril 2008 (Glaxosmithkline), la cour d'appel avait réformé totalement la décision de sanction prise à l'encontre du laboratoire, estimant que n'était pas établi l'abus de domination qui lui était reproché. Elle avait confirmé la position dominante de Glaxo sur le marché de l'aciclovir injectable ainsi que la pertinence du test de coût effectué par le Conseil sur la base du « prix de transfert » auquel le laboratoire avait acheté le Zinnat à une autre filiale du groupe. La cour avait approuvé également une partie de l'analyse du Conseil s'agissant de la prédation imputée au laboratoire : elle avait admis l'existence d'une « pratique sélective par Glaxo de fixation du prix de vente » en dessous de ses coûts d'achat sur le marché non dominé du céfuroxime en 1999 et 2000, pratique qui avait permis au laboratoire de remporter en 2000 la plupart des marchés, avant de remonter ses prix ; en outre, elle n'avait pas démenti le Conseil qui avait écarté la thèse de Glaxo selon laquelle sa politique de prix pour le céfuroxime aurait été dictée par une volonté d'alignement sur les prix de ses concurrents (Flavelab et Panpharma) et selon laquelle il aurait été dans l'impossibilité de récupérer ses pertes.

178. CJCE, 3 juillet 1991, Akzo, C-62/86, *Rec. I*, p. 1503.

Mais la cour s'était démarquée de l'analyse du Conseil s'agissant de la stratégie de prédation par construction d'une réputation d'agressivité. En premier lieu, elle avait estimé que la jurisprudence Akzo n'était pas directement transposable en l'espèce, et ce pour deux raisons : d'abord parce que Glaxo n'avait pas affiché clairement une intention de nuire à ses concurrents ; ensuite parce que n'étaient pas caractérisés, en l'espèce, des liens suffisamment étroits entre les deux marchés concernés<sup>179</sup> pour pouvoir retenir que Glaxo avait utilisé le marché non dominé pour démontrer ses intentions sur le marché dominé<sup>180</sup>. En second lieu, la cour avait estimé qu'aucun élément du dossier ne permet de démontrer « *un lien nécessaire* » entre, d'une part, les pratiques de prédation sur le marché non dominé (du céfuroxime) et, d'autre part, la conception et la mise en œuvre d'une stratégie d'éviction (par l'acquisition d'une réputation d'agressivité sur ce marché non dominé) destinée à dissuader les génériqueurs d'entrer sur le marché dominé (de l'aciclovir). Ainsi, pour la cour, le lien de causalité n'avait pas été établi entre la position dominante de l'opérateur et son comportement abusif sur le marché non dominé (céfuroxime), deux éléments faisant défaut dans la démonstration du Conseil. D'abord, il n'avait pas été établi que les concurrents potentiels de Glaxo sur le marché dominé (aciclovir) avaient eu « *immédiatement* » des « *informations précises et complètes* » sur les pratiques de prédation mises en œuvre sur le marché non dominé (céfuroxime), de façon à en retirer un message suffisamment univoque pour influencer leur propre comportement sur le marché dominé (aciclovir), la cour observant que « *les notions de perception d'une "réputation et d'identification" d'un "signal" [sont] empreintes [...] d'une forte part de subjectivité* ». Ensuite, le Conseil n'avait pas démontré que la pratique de prix de Glaxo avait eu des effets sur l'un ou l'autre marché. À cet égard, la cour d'appel avait relevé que Glaxo avait été concurrencé dès 2001 sur le marché non dominé du céfuroxime par un génériqueur, que Glaxo n'avait pas engagé d'action judiciaire à l'encontre de Merck pour contester son entrée irrégulière (avant l'expiration du brevet) sur le marché dominé, attitude que la cour avait jugée non conciliable avec la stratégie d'acquisition d'une réputation d'agressivité, et que trois génériqueurs étaient entrés sur le marché dominé fin 2002.

C'est précisément sur la question de l'absence de lien démontré entre le comportement de Glaxo sur le marché non dominé (céfuroxime) et la position dominante qu'il détenait sur l'autre marché (aciclovir) que la Cour de cassation a confirmé l'analyse des juges du fond.

La cour a précisé en préambule les conditions dans lesquelles peut être qualifié et réprimé un abus commis par une entreprise en position dominante sur un marché, sur un autre marché, celui-là non dominé. Elle a ainsi énoncé que, dans ce cas de figure, lorsque l'abus est commis – comme en l'espèce – sur le marché non dominé, le lien entre la position dominante et l'abus n'est pas « *présupposé* » et qu'il faut alors

179. Le marché dominé de l'aciclovir sur lequel Glaxo était censé chercher à protéger ou à renforcer sa dominance et celui non dominé du céfuroxime sur lequel les prix prédateurs avaient été pratiqués.

180. À cet égard, la cour estime qu'en relevant qu'il s'agissait de marchés hospitaliers présentant une identité de fonctionnement, le Conseil n'a pas suffisamment démontré l'existence de ces liens étroits entre les deux marchés.

démontrer l'existence de «*circonstances particulières*» établissant soit que c'est pour renforcer sa domination (sur le marché dominé) que l'entreprise a mis en œuvre l'abus sur le marché non dominé (c'est la circonstance retenue dans l'affaire Akzo), soit que les deux marchés présentent «*des liens de connexité si étroits*» que l'entreprise en position dominante sur le premier marché se trouve «*dans une situation assimilable à la détention d'une position dominante*» sur le second marché (c'est l'hypothèse de l'affaire Tétra Pack) : «*Les articles L. 420-2 [...] et 82 du traité CE présupposent l'existence d'un lien entre la position dominante et le comportement prétendument abusif qui n'est normalement pas présent lorsqu'une pratique abusive est mise en œuvre sur un marché distinct du marché dominé; que ces dispositions peuvent cependant trouver application notamment lorsque l'autorité de concurrence démontre l'existence de circonstances particulières telles celles relevées par la [CJCE dans l'affaire Akzo] établissant que c'est pour renforcer sa position dominante sur un marché qu'une entreprise a mis en œuvre une pratique abusive sur un marché distinct qu'elle ne domine pas, ou telles celles relevées par la même cour [dans l'affaire Tétra Pack] démontrant que des marchés présentent des liens de connexité si étroits qu'une entreprise se trouve dans une situation assimilable à la détention d'une position dominante sur l'ensemble des marchés en cause.*»

La cour a relevé ensuite qu'en l'espèce, les liens constatés entre le marché non dominé et le marché dominé étaient «*limités à des caractéristiques générales résultant du fait qu'il s'agit de marchés hospitaliers non administrés*» et qu'à deux exceptions près, les opérateurs présents sur l'un des marchés ne l'étaient pas sur l'autre. Elle a retenu encore la circonstance – relevée par la cour d'appel – qu'il n'était pas établi que les concurrents potentiels de Glaxo sur le marché dominé «*disposaient d'informations précises et complètes*» sur les pratiques de prédation mises en œuvre sur le marché non dominé et qu'ils avaient donc «*la possibilité d'interpréter la politique de prix*» de Glaxo sur le marché non dominé «*comme un signal d'agressivité destiné à les dissuader d'entrer sur le marché [dominé]*». La cour a relevé enfin que, contrairement à ce qu'avait retenu le Conseil, le plaignant (Panpharma) n'avait pas mis en cause le comportement de Glaxo sur le marché non dominé comme une des raisons l'ayant conduit à ne pas entrer sur le marché de l'aciclovir injectable. La cour a estimé qu'«*en l'état de ces seules constatations*», faisant ressortir l'absence de circonstances particulières de nature à établir un lien entre le comportement de Glaxo sur le marché non dominé et sa position dominante, la cour d'appel avait légalement justifié sa décision (cf. décision 07-D-09).

## Sur l'imputabilité des pratiques

Cass. com., 13 octobre 2009, n°08-17.269 e. a., Colas Île-de-France Normandie  
Arrêt de cassation partielle

La cour a confirmé qu'une société assurait bien la continuité économique et fonctionnelle de celle, auteur des pratiques, qui avant d'être radiée du registre du commerce et des sociétés, lui avait cédé son activité à l'origine des pratiques, les droits et obligations se rapportant au marché litigieux n'ayant pas été exclus de l'apport consenti à l'entreprise cessionnaire.

En revanche, la cour a cassé l'arrêt de la cour d'appel à l'égard d'une des entreprises sanctionnées, les juges du fond ayant retenu à l'encontre de l'intéressée deux griefs alors que l'un de ces griefs ne lui était en réalité pas imputable. L'arrêt de la cour d'appel a donc été cassé à l'égard de cette société quant au montant de la sanction qui avait été déterminé sur la base de deux griefs alors qu'un seul s'avérait fondé (cf. décision 06-D-07 bis).

### Sur les sanctions

#### *Sur la gravité des pratiques*

Cass. com., 13 octobre 2009, n° 08-18.224, Spie

Arrêt de rejet

La Cour de cassation a rejeté l'ensemble des pourvois formés contre l'arrêt de la cour d'appel<sup>181</sup> qui avait, sauf pour une entreprise, confirmé les sanctions prononcées par le Conseil à l'encontre de treize entreprises dans l'affaire des ententes mises en œuvre dans les marchés publics passés par le conseil régional d'Île-de-France pour la rénovation de ses établissements scolaires.

La Cour de cassation a approuvé la cour d'appel d'avoir relevé « l'extrême gravité des pratiques s'agissant de la répartition occulte des appels d'offres sur les marchés de construction les plus importants de l'Île-de-France, pour un montant total de 10 milliards de francs [...] et se singularisant par leur durée, leur complexité et leur caractère répété » (cf. décision 07-D-15).

#### *Sur le dommage causé à l'économie*

Cass. com., 13 octobre 2009, n° 08-18.224, Spie

Arrêt de rejet

Dans le même arrêt, la cour a approuvé la cour d'appel d'avoir relevé « le dommage exceptionnel » causé à l'économie résultant, d'une part, du surcoût engendré par les pratiques sur les marchés en cause, d'autre part, de ce que les pratiques avaient permis aux entreprises en cause « d'accroître considérablement leurs marges par rapport à celles couramment obtenues dans ce secteur et ce au détriment du contribuable », de troisième part, de « l'affranchissement complet d'un secteur d'activité des règles de concurrence [...] » et, enfin, du montant exceptionnel des marchés en cause (10 milliards de francs) qui avait représenté une part importante du secteur du BTP en Île-de-France (cf. décision 07-D-15).

<sup>181</sup>. CA Paris, 3 juillet 2008, Eiffage Construction.

## ***L'individualisation de la sanction prononcée contre une société absorbante à raison de pratiques commise par la société absorbée***

Cass. com., 13 octobre 2009, n° 08-18.224, Spie

Arrêt de rejet

La cour a approuvé la cour d'appel d'avoir, pour sanctionner une entreprise en sa seule qualité de société absorbante de l'entreprise auteur des pratiques, vérifié la participation de cette dernière aux pratiques et retenu, comme assiette de la sanction, le chiffre d'affaires de la société absorbante. La cour d'appel n'avait pas à rechercher d'autres éléments d'individualisation de la sanction infligée à la société absorbante (*cf.* décision 07-D-15).

## **Jurisprudence du Conseil d'État**

Au cours de l'année 2009, le Conseil d'État n'a eu à se prononcer qu'une seule fois en matière de concentrations. Par sa décision du 31 juillet 2009, Société Fiducial, il a rejeté le recours pour excès de pouvoir dirigé contre la décision du 15 décembre 2006, par laquelle le ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie avait autorisé, sans saisir le Conseil de la concurrence et sans émettre de réserve, la société Deloitte à prendre le contrôle de la société Janny Marque Futur, *holding* du groupe BDO Marque et Gendrot.

Les principes dégagés l'ont été sous le régime ancien, mais le transfert du contrôle des concentrations à l'Autorité de la concurrence ne devrait pas les remettre en cause.

### **Sur la motivation**

Les sociétés requérantes soutenaient que le ministre avait insuffisamment motivé sa décision, dans la mesure où il avait conclu à l'absence de risque de création ou de renforcement d'une position dominante sur le segment de l'audit contractuel et de l'expertise comptable, par déduction des constats opérés sur le segment de l'audit légal, sans procéder à un examen détaillé de la situation spécifique sur le segment de l'audit contractuel et de l'expertise comptable.

Le Conseil d'État a écarté ce moyen tiré de l'insuffisance de motivation de la décision du ministre. Il a relevé que le ministre avait justifié sa démarche par le fait que les caractéristiques du segment de l'audit légal étaient les plus susceptibles de conduire au renforcement ou à la création d'une position dominante, alors que le segment de l'audit contractuel et de l'expertise comptable présentait une structure moins propice à la création ou au renforcement d'une position dominante. Il en a déduit qu'en « *exposant ainsi les raisons pour lesquelles la démonstration de l'absence d'une position dominante collective sur le segment de l'audit légal pouvait être regardée comme emportant celle de l'absence d'une telle situation sur le segment de l'audit contractuel et de l'expertise comptable, le ministre n'a pas, en tout état de cause, entaché sa décision d'une insuffisance de motivation.* »

## Sur la position dominante collective

Le Conseil d'État a précisé que : « *les comportements d'opérateurs en situation oligopolistique sur un marché peuvent, en l'absence même de toute entente formelle, être implicitement coordonnés, de sorte que le pouvoir de ces opérateurs sur le marché s'en trouve accru, au détriment, notamment, des consommateurs.* »

Il a ensuite exposé les trois conditions permettant d'identifier une telle position dominante collective :

- chacun des membres de l'oligopole est en mesure de connaître de manière suffisamment précise et immédiate l'évolution du comportement des autres ;
- il existe des menaces de représailles crédibles en cas de déviation de la ligne d'action implicitement approuvée par tous ;
- les réactions prévisibles des consommateurs et des concurrents actuels ou potentiels de l'oligopole ne peuvent suffire à remettre en cause les résultats attendus de la collusion tacite.

Ces conditions étant cumulatives, le Conseil d'État a estimé que le ministre avait pu, sans entacher sa décision de contradiction de motifs ni d'erreur de droit, conclure à l'absence de risque de création ou de renforcement d'une position dominante collective, dès lors qu'une des trois conditions n'était pas remplie.

Le Conseil d'État a également approuvé le ministre de s'être référé à une précédente décision autorisant une opération similaire dans le même secteur, dont le Conseil d'État avait d'ailleurs jugé qu'elle était exempte d'erreur de droit et d'erreur d'appréciation et par laquelle le ministre avait conclu à l'absence de risque de création d'une position dominante collective. Il a considéré que, ce faisant, le ministre n'avait commis aucune erreur d'appréciation, dès lors que la situation n'avait pas évolué de façon telle que puisse être identifiée l'existence d'une situation de position dominante collective et qu'aucun autre élément n'était de nature à remettre en cause cette analyse.

Enfin, le Conseil d'État a approuvé le ministre d'avoir estimé que l'opération notifiée n'était pas de nature à créer une situation de position dominante collective, au terme d'un raisonnement comprenant, notamment, des éléments d'analyse prospective. Il a, certes, relevé que le rachat, par l'un des quatre grands cabinets internationaux de l'un des principaux cabinets d'audit de second rang en France pouvait faire craindre que l'opération en cause ne fût de nature à augmenter les risques de mise en place d'une position dominante collective. Cependant, il a considéré que :

- d'une part, après l'opération notifiée, il restait au moins trois cabinets indépendants regardés comme pouvant fournir une solution alternative ;
- d'autre part, l'opération ne modifiait que très marginalement la situation sur le segment de marché en cause.

Le Conseil d'État a, par ailleurs, écarté le moyen tiré de l'erreur de droit qu'aurait commis le ministre en omettant de prendre en considération certains effets unilatéraux, ce moyen n'étant assorti d'aucune précision permettant d'en préciser la portée.

