

TRANSPOSITION DE LA DIRECTIVE ECN+ AUX ASSOCIATIONS PROFESSIONNELLES

L'Association Française d'Étude de la Concurrence (l'« **AFEC** ») est une association indépendante, créée en 1952, qui réunit, comme membres indépendants, des magistrats, avocats, juristes d'entreprises et d'associations professionnelles, professeurs de droit et d'économie, économistes et des collaborateurs ou membres de l'Autorité de la concurrence et de la DGCCRF. L'AFEC est l'association nationale membre de la Ligue Internationale de la Concurrence. Elle a notamment pour objet d'étudier toutes les modifications qui pourraient être apportées à la législation et à la réglementation en vue d'améliorer les conditions de la concurrence.

A ce titre l'AFEC a constitué un groupe de travail¹ destiné à réfléchir sur l'impact de la transposition de la directive n° 2019/1/UE du 11 décembre 2018, publiée le 14 janvier 2019 au Journal Officiel de l'Union européenne, (ci-après la « **Directive ECN+** ») sur le régime applicable aux associations, syndicats et fédérations professionnelles conformément à une sollicitation de l'Autorité de la concurrence (ci-après, l'« **Autorité** »).

En effet à l'occasion de la transposition de cette directive, l'Autorité a lancé une réflexion sur l'application du droit de la concurrence aux syndicats et organismes professionnels. A ce titre, une étude thématique sera publiée au second semestre 2020 dans la collection « Les Essentiels » dont l'objectif est de constituer un document pratique à visée pédagogique, lequel n'a pas vocation de se substituer aux lignes directrices et communications de la Commission européenne ou d'autres autorités nationales de concurrence².

Les observations ci-dessous n'engagent en rien les membres de l'AFEC à titre individuel mais constituent une synthèse des opinions diverses échangées lors des travaux du groupe de travail constitué.

La Directive ECN+ vise à doter les autorités de concurrence des moyens de mettre en œuvre plus efficacement les règles de concurrence et à garantir le bon fonctionnement du marché intérieur. Dans ce cadre, la directive vient impacter les organismes et syndicats professionnels

¹¹¹ Le groupe de travail était dirigé par Thierry Boillot, Bernard Lesage, Laurent Otjoski et Michel Ponsard, et composé de MM Linda Arcelin, Florent Barbu, Jérémy Bernard, Amélie Bouvalia, Yann Davie, Georges Decocq, Stephan Denoyes, Marie Drouas, Marta Ginerasins, Valérie Ledoux, Romain Maulin, Pierre Morrier, Cynthia Picart et Arnaud Sanz que l'AFEC remercie particulièrement pour leurs riches contributions.

² En lançant récemment une consultation sur le sujet, l'Autorité s'inspire des autres autorités de concurrence européennes qui se sont déjà intéressées à ce sujet, en particulier la britannique, laquelle, au cours des 15 dernières années, a publié pas moins de deux textes de droit souple (« *soft law* ») afin d'expliquer aux associations professionnelles quelles précautions mettre en œuvre afin de ne pas contrevenir aux règles du droit de la concurrence : « *trade associations, professions and self-regulating bodies: understanding competition law* », daté de décembre 2004, et « *Dos and don'ts for trade associations* », daté de septembre 2014.

qui se livreraient à des pratiques anticoncurrentielles puisqu'elle impose de transposer en droit interne³ les dispositions qu'elle comporte.

En particulier, s'agissant spécifiquement des associations professionnelles, la Directive ECN+ indique que :

« L'expérience a montré que les associations d'entreprises jouent régulièrement un rôle dans des infractions aux règles de concurrence et les ANC [dont l'Autorité] devraient donc avoir la capacité d'infliger des amendes effectives à ces associations [...] Il devrait être possible de tenir compte de la somme des ventes de biens et services en relation directe ou indirecte avec l'infraction qui sont réalisées par les entreprises membres de l'association. Lorsqu'une amende est infligée non seulement à l'association mais également à ses membres, le chiffre d'affaires des membres auxquels une amende est infligée ne devrait pas être pris en compte lors du calcul de l'amende infligée à l'association » (considérant 48, soulignement ajouté)⁴.

A ce jour, le montant d'amende pour les associations professionnelles ne pouvait excéder en droit français 3 millions d'euros. Dans le cadre de la Directive ECN+, le plafond de l'amende encourue a été relevé à un maximum de 10 % de la somme des chiffres d'affaires de chacune des entreprises membres avec la possibilité d'imposer le paiement de l'amende à tout membre de l'association actif sur le marché ce qui constitue un bouleversement majeur pour toutes les associations professionnelles.

L'AFEC a donc décidé d'organiser un groupe de travail afin de proposer un certain nombre de pistes dont l'objectif est de nourrir la réflexion de l'Autorité. De plus l'AFEC dans le cadre de ses travaux a souhaité auditionner, de manière anonyme, certaines associations professionnelles pour être au plus près de leurs préoccupations dans l'avis rendu.

A cette fin, quatre thématiques principales ont été mises en avant :

- 1- Echanges d'informations – dirigé par Thierry Boillot
- 2- Conditions d'Adhésion à l'association – dirigé par Laurent Ostokski
- 3- Comportement unilatéral de l'association – dirigé par Bernard Lesage
- 4- Augmentation du plafond légal de l'amende – dirigé par Michel Ponsard

+ + +

³ La Directive ECN+ devra avoir été transposée en droit interne avant le 4 février 2021.

⁴ Sur ce dernier point, la Directive ECN+ se livre finalement à une codification de la jurisprudence de l'Union européenne laquelle, dans un arrêt *FNCBV (Fédération nationale de la coopération bétail et viande)*, a jugé que « [l]a faculté de la Commission d'imposer des amendes d'un montant approprié aux infractions en cause pourrait, sinon, se voir compromise, dans la mesure où des associations ayant un très petit chiffre d'affaires mais regroupant, sans pour autant pouvoir les engager formellement, un nombre élevé d'entreprises qui, ensemble, réalisent un chiffre d'affaires important, ne pourraient être sanctionnées que par des amendes très réduites, même si les infractions commises par celles-ci pouvaient exercer une influence notable dans les marchés en cause. Cette circonstance irait à l'encontre, en outre, de la nécessité d'assurer l'effet dissuasif des sanctions contre les infractions aux règles de concurrence communautaires », (CJUE, 13 décembre 2006, *FNCBV*, T-217/03 et T-245/03, paragraphe 318).

SECTION I LES ECHANGES D'INFORMATIONS

1. Les échanges d'informations sensibles entre entreprises jouent un rôle particulièrement important dans l'intensité de la concurrence que ces dernières sont susceptibles de se livrer et, plus généralement, dans l'efficacité des mécanismes de marché. Dans certains cas, une meilleure transparence peut améliorer l'efficacité économique, par exemple lorsqu'elle renseigne les opérateurs sur l'état de la demande ou qu'elle accroît l'efficacité de leur production. Dans d'autres situations, en revanche, elle peut conduire à une atténuation du jeu concurrentiel en entraînant un risque de collusion si l'incertitude. Ainsi, des informations sur les stratégies commerciales qu'entendent suivre des concurrents peuvent permettre une coordination tacite des comportements autour d'un équilibre collusif. Les organisations professionnelles, qui sont un lieu d'échange d'informations entre membres d'une même profession, n'ont pas de statut particulier lié à leur mission et sont astreintes à faire respecter par leur adhérents les règles françaises et européennes en matière d'entente et d'échanges d'informations sensibles dont les grands principes ont été définis dans l'arrêt Tracteurs de 1998 (CJCE, 28 mai 1998, *John Deere*, C-7/95 P, Rec p. I-3111.)

2. Ce flux d'échange d'information s'inscrit dans deux mouvements : un premier par lequel les membres informent l'association, un second par lequel l'association restitue certaines informations aux membres.

3. Il semble en outre important d'analyser cette question en tenant compte de la diversité de regroupement d'entreprises réunies sous le vocable des « associations » professionnelles qui répondent en général à une logique de poursuite d'intérêt général. Il serait bon que l'Autorité rappelle ce principe de base dans son étude. C'est ce que révèle l'enquête menée par l'AFEC, sous forme d'interviews, auprès de divers types d'associations professionnelles. Ces entretiens ont démontré que les préoccupations des représentants de ces associations professionnelles et leur sensibilité aux questions de concurrence variaient beaucoup en fonction de l'objet, de leur statut et de l'identité de leurs membres. Par exemple, une association multisectorielle regroupant des adhérents opérant sur des marchés différents ne se sent pas nécessairement très concernée par les échanges d'informations ou les directives encadrant des pratiques professionnelles, alors qu'un ordre professionnel regroupant tous les acteurs du marché dont il est l'organisme de régulation aura à surveiller la nature de ses recommandations. A la suite de ces interviews, le groupe de travail s'est demandé si l'étude de l'Autorité ne devrait pas prendre en compte les différences de nature entre les associations et groupements professionnels en commençant par en définir les missions légitimes au regard du droit de la concurrence. Une activité qui dépasserait le cadre de ces missions serait ainsi d'ores et déjà considérée une activité à risque.

1.1/ TYPOLOGIE DES ASSOCIATIONS PROFESSIONNELLES

4. Trois types d'organisme pourraient dans ce cadre être distingués :

A/ LES ASSOCIATIONS PROFESSIONNELLES ou syndicats sont la forme la plus courante d'association d'entreprises.

5. Elles regroupent les membres d'un secteur industriel ou commercial et sont rattachées parfois à une organisation multisectorielle de type fédération. Ces associations sont le plus

souvent nationales, mais parfois, et de plus en plus avec la mondialisation, elles acceptent l'adhésion d'entreprises dont le siège est à l'étranger.

Leur fonction principale est la promotion des intérêts commerciaux de leurs membres qui se déclinent en différentes sous-missions :

- *représenter auprès des institutions les intérêts de leurs membres sur la législation, les règlements, les questions fiscales et politiques susceptibles de les affecter.*
- *promouvoir et protéger les intérêts des membres dans les médias et sur les réseaux sociaux.*
- *collecter et assurer la diffusion de statistiques et d'informations sur le marché et d'informations de politique industrielle.*
- *promulguer des normes, des codes de pratique.*
- *dans certains cas, fournir une veille législative, voir des conseils d'ordre juridique, comptable, environnementaux, fiscaux, etc. à ses membres.*

Ces activités sont clairement utiles aux membres et les représentants des associations professionnelles nous ont tous dit qu'ils voyaient dans leur mission un moyen d'accroître l'efficacité du marché dans son ensemble, son dynamisme et la diffusion d'informations nécessaire à son fonctionnement. Elles ont, par ailleurs, un effet de rééquilibrage des inégalités pouvant exister entre les petits acteurs du marché et ceux bénéficiant d'une part de marché plus importante, voire d'une position dominante.

Cette catégorie d'organisme estime que la frontière entre les missions inhérentes à son statut qui n'ont pas d'effet notable sur la concurrence et les pratiques dans lesquelles une association professionnelle peut devenir directement ou indirectement le véhicule d'une action anti-concurrentielle, voire collusive, est difficile à déterminer.

B/ LES ORDRES PROFESSIONNELS ont des objectifs sensiblement différents, allant de la formation des membres à la police disciplinaire.

6. Ils édictent des règles déontologiques, des bonnes pratiques ou des modèles standards. Les ordres professionnels sont aussi impliqués dans la représentation des membres auprès des pouvoirs publics et ils peuvent gérer des services spécifiques, comme une caisse de retraite, une police d'assurance RCP collective ou un système de maniement de fonds.

En France, les ordres professionnels sont investis de prérogatives de puissance publique et d'une mission de service public (le caractère de mission de service public existe aussi mais dans une moindre mesure dans le cas des associations opérant dans le secteur industriel et commercial lorsqu'elles collectent par exemple des données pour l'Insee). L'usage inapproprié des premières et l'exercice impropre de la seconde peuvent affecter la concurrence. Les ordres ne sont pas exemptés des règles de concurrence, comme l'a montré la récente décision sur l'Ordre des architectes⁵, lorsqu'ils sortent de leur mission en recommandant des barèmes de prix ou lorsqu'ils imposent des obligations qui ne sont pas strictement liés à leur mission.

⁵ Autorité, décision n° 19-D-19 du 30 septembre 2019 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des prestations d'architecte.

C/ La dernière catégorie est celle des ORGANISMES D'AUTOREGULATION (ou encore de normalisation).

7. Ils définissent des normes techniques, des usages ou qui s'assurent du respect d'une réglementation (environnementale par exemple ou sur la qualité d'un produit). Ces organismes ont le statut d'association mais disposent souvent d'un pouvoir coercitif qui les conduit par essence à surveiller et à sanctionner les acteurs du marché. Pour autant ils sont représentés ou trouvent leurs moyens parmi des associations d'entreprise et à ce titre sont soumis au droit des pratiques anticoncurrentielles.

Cette catégorie d'association appelle à revenir sur les limites éventuelles à l'intervention du droit et des autorités de concurrence en présence de comportements portant « sur le cadre du marché » (pratiques d'influence ou de « capture réglementaire », détournement éventuel des prérogatives de puissances publique, saisines abusives d'autorités publiques, communication d'informations « contestables »).

La difficulté pour qualifier ces pratiques en droit de la concurrence est qu'elles se déroulent en tout ou partie auprès d'autres autorités de régulation de nature très diverses. L'analyse du comportement de l'entreprise en droit de la concurrence peut alors dépendre de l'interprétation des règles de droit qui sont applicables devant ces organismes alors que l'autorité de concurrence n'est pas en charge de leur application.

En conclusion, l'étude de l'Autorité devrait insister sur ces disparités et sur les conséquences qu'elles entraînent.

1.2/ LES PRATIQUES ET COMPORTEMENTS ANTICONCURRENTIELS JUGES PARTICULIEREMENT SENSIBLES PAR L'AUTORITE

8. L'Autorité s'intéresse, depuis plusieurs années, au rôle que peuvent jouer, du reste parfois de manière non intentionnelle, les associations professionnelles dans la conception et/ou commission de pratiques anticoncurrentielles⁶.

A ce titre, sa pratique décisionnelle comporte de nombreux exemples de condamnations d'associations professionnelles qui utilisent leurs lieux de réunion comme support de pratiques hétéroclites⁷, puisqu'elles englobent (i) les ententes sur les prix⁸, (ii) la diffusion de

⁶ De manière très explicite dans son récent communiqué de presse, l'Autorité explique que, tout particulièrement sur la période récente, un certain nombre de dossiers ont pu démontrer que « *les syndicats et organismes professionnels peuvent être amenés à jouer un rôle pivot ou de facilitateur dans l'élaboration et l'organisation de pratiques anti-concurrentielles* » (Autorité, communiqué de presse du 28 mai 2019, disponible à l'adresse suivante:

http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/standard.php?id_rub=696&id_article=3426&lang=fr).

⁷ Ainsi, dans sa contribution à une consultation de l'OCDE de 2008 concernant les aspects pro et anticoncurrentiels des associations professionnelles, l'Autorité indiquait : « *Les décisions de l'Autorité sanctionnant des organisations professionnelles sont nombreuses. La tentation est en effet grande de faire de ces lieux de réunion et de rencontre, le support d'activités anticoncurrentielles. Les organisations professionnelles ne bénéficient d'aucune immunité particulière en raison de leur statut, de leur action, ou de leur proximité avec les pouvoirs publics. Le Conseil considère en effet qu'une association professionnelle ou un syndicat sort de sa mission de défense de ses adhérents lorsqu'il se livre à des pratiques anticoncurrentielles. La défense de la profession par tout syndicat créé à cette fin ne l'autorise nullement à s'engager, ni à engager ses adhérents dans des actions collectives visant à empêcher, restreindre ou fausser le jeu de la concurrence ou susceptibles d'avoir de tels effets. Les pratiques observées présentent une grande diversité, l'action des organisations professionnelles pouvant être plus ou moins active et plus ou moins agressive* », (caractères gras ajoutés).

consignes⁹, (iii) les appels au boycott, (iv) les réponses concertées à un appel d'offres ou encore (v) des répartitions de marché¹⁰ ou (vi) les refus de demandes d'adhésion. La pratique répréhensible la plus usuelle est l'échange d'information entre les concurrents dans lequel l'association professionnelle sert de pivot.

Si les principales informations stratégiques portent sur les prix et les quantités, la Commission européenne considère également que les données technologiques peuvent s'avérer stratégiques sur le plan de la concurrence si les entreprises se livrent une concurrence dans le domaine de

Plus récemment encore, l'Autorité a considéré qu'il « *incombe aux associations professionnelles, lorsqu'elles détectent des échanges anticoncurrentiels en leur sein, de rappeler aux adhérents les principes du droit de la concurrence et les risques encourus* ».

⁸ Dans une affaire concernant les *encres d'imprimeries*, l'Autorité a condamné des sociétés ainsi que l'association professionnelle des fabricants d'encres d'imprimerie après avoir constaté qu'ils s'étaient mutuellement informés des niveaux de prix pratiqués vis-à-vis de différents clients nommément désignés (Autorité, décision n° 89-D-18 du 9 mai 1989 relative à la situation de la concurrence dans le secteur de la fabrication des encres d'imprimerie). Dans l'affaire *location-entretien du linge*, l'Autorité a indiqué que « *les pratiques d'organisations professionnelles qui diffusent à leurs membres, parfois sous couvert d'une aide à la gestion, des consignes, directives ou recommandations en matière de prix ou de hausses de prix sont prohibées par l'article L. 420-1 du Code de commerce* » (Autorité, décision n° 07-D-21 du 26 juin 2007 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la location-entretien du linge, paragraphe 83).

⁹ Dans l'affaire du *négoce de produits sidérurgiques*, l'Autorité a sanctionné la Fédération française de distribution des métaux pour avoir mis en place, avec onze entreprises du négoce de produits sidérurgiques, un cartel sur les prix ainsi que sur la répartition des marchés et des clients. L'Autorité a estimé que le syndicat avait joué dans la concertation un rôle actif qui dépassait la simple fourniture d'un support logistique en particulier en collectant et diffusant des informations utiles au fonctionnement de l'entente. L'Autorité a par ailleurs noté que la participation du syndicat dans l'infraction s'était également matérialisée par le comportement de son secrétaire général, qui avait personnellement assisté à un grand nombre de réunions et était intervenu dans les régions pour préciser et consolider le fonctionnement du dispositif de l'entente (Autorité, décision n° 08-D-32 du 16 décembre 2008 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du négoce des produits sidérurgiques, paragraphe 374). Dans l'affaire *des vins des côtes du Rhône*, l'Autorité a sanctionné le Syndicat général des vignerons réunis des Côtes du Rhône sans impliquer les entreprises adhérentes pour un grief d'entente consistant en l'élaboration et la diffusion de recommandations tarifaires (hausses tarifaires, prix minimum) (Autorité, décision n° 18-D-06 du 23 mai 2018 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la commercialisation des vins en vrac AOC des Côtes du Rhône). Dans l'affaire de *la messagerie et de la messagerie express*, l'organisation professionnelle TLF a été condamnée pour être intervenue elle-même dans la conception d'une entente entre ses membres au sujet de la répercussion dans leurs tarifs de la surcharge gazole. En l'espèce, TLF ne s'était pas contentée de fournir à ses membres un cadre pour leur entente mais avait, au surplus, pris une part active dans l'organisation de l'infraction de la façon suivante :

- o organisation d'une conférence téléphonique spécifique et rédaction d'un compte-rendu qui contenait une injonction claire à la mise en place de la surcharge gazole ;
- o organisation de discussions relatives à la surcharge gazole qui se déroulaient lors des réunions habituelles du Conseil des métiers (une sous-commission de TFLF) ;
- o dissimulation, en connaissance de cause, du contenu des échanges anticoncurrentiels dans les comptes-rendus du Conseil des métiers (Autorité, décision n° 15-D-19 du 15 décembre 2015 relative à des pratiques mises en œuvre dans les secteurs de la messagerie et de la messagerie express, paragraphe 864).

¹⁰ Récemment, l'affaire dite du *cartel de la moquette* a conduit l'Autorité à infliger une amende sévère (300.000 euros) au SFEC (Syndicat français des Enducteurs Calandreaux) autrement dit le syndicat des fabricants de revêtements de sol pour mises en œuvre des pratiques anticoncurrentielles lors de réunions secrètes avec échange de données statistiques individualisées dans le cadre de réunions officielles du SFEC et conclusion d'un accord de non concurrence sur la communication environnementale. L'Autorité relève, à ce titre, que le mode opératoire du SFEC a évolué dans le temps afin de rendre plus difficilement décelables les pratiques en cause (Autorité, décision n° 17-D-20 du 18 octobre 2017 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des revêtements de sols résilients).

la R&D¹¹, ce qui peut être le cas des entreprises membres du syndicat ou de l'association professionnelle.

1.3/ LES LIMITES DE CES PRATIQUES : LES ECHANGES D'INFORMATION JUSTIFIES ET PRO-CONCURRENTIELLES DES ASSOCIATIONS PROFESSIONNELLES.

9. Les échanges d'informations n'ont pas toujours un objet ou des effets anticoncurrentiels et l'Autorité tient compte dans son évaluation des gains d'efficacité qu'ils peuvent engendrer. La Commission européenne a souligné que l'échange d'informations entre entreprises peut leur permettre d'optimiser leur stratégie commerciale afin de pouvoir soutenir efficacement la concurrence sur un marché donné, les sociétés ont besoin d'informations sur celui-ci et sur son évolution.

Une meilleure connaissance de la demande ou des caractéristiques individuelles des consommateurs peut aussi réduire des coûts inutiles. Ainsi, dans le cas de produits périssables, l'échange d'informations sur le niveau de la demande peut aider les entreprises à ajuster leur prix afin d'assurer un déstockage efficace, plutôt que d'accumuler les invendus.

10. Dans le secteur de l'assurance, des échanges d'informations sur les caractéristiques des assurés peuvent également contribuer à réduire les risques des assureurs, donc leurs coûts. En effet, alors que le remboursement des sinistres représente le coût le plus important, chaque assureur ne dispose que d'une information restreinte sur les risques individuels, ce qui ne lui permet pas d'évaluer avec suffisamment de précision la probabilité des sinistres. Ceci conduit les assureurs, notamment les plus petits, à incorporer une prime de risque plus importante dans leurs tarifs. L'échange d'informations statistiques entre assureurs peut donc avoir des effets pro-concurrentiels en permettant une réduction de la prime de risque. La Commission européenne a adopté un règlement d'exemption par catégorie qui exempte les accords entre assureurs visant à réaliser ou à diffuser des études statistiques sur les sinistres, à condition que les données échangées ne permettent pas d'identifier les assureurs concernés : la collaboration entre entreprises d'assurance ou au sein d'associations d'entreprises en matière de calcul du coût moyen de la couverture d'un risque donné dans le passé permet en effet d'améliorer la connaissance des risques et facilite leur évaluation par les compagnies individuelles, ce qui peut faciliter l'entrée sur le marché et donc bénéficier aux consommateurs.

11. La préparation et la distribution des statistiques de production, des ventes ou autres à l'intérieur d'un secteur est une tâche qui peut légitimement être entreprise par les bureaux statistiques et associations professionnelles. La fourniture de ces statistiques peut améliorer la connaissance qu'ont les sociétés du marché sur lequel elles opèrent et donc renforcer la concurrence. C'est pourquoi la Commission n'a pas d'objections à formuler lorsque des associations professionnelles échangent des statistiques de la production et des ventes du secteur en question sans spécifier les entreprises individuellement.

La Commission souligne que ces échanges peuvent être bénéfiques s'ils accroissent la transparence du marché au profit des consommateurs : Dans de nombreux secteurs, il est de pratique courante que des statistiques agrégées et des informations générales relatives au marché soient rassemblées, échangées et publiées. Ces informations publiées sont un bon

¹¹ Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux accords de coopération horizontale, point 86.

moyen d'accroître la transparence du marché et d'améliorer sa connaissance par les clients, et peuvent donc aussi générer des gains d'efficacité.

12. Certains syndicats reçoivent même officiellement un rôle de collecteurs de données pour leur branche d'activité et bénéficient à ce titre d'un agrément ministériel qui leur confère un statut de statisticien pour le compte de l'Insee. Ils ont la qualité de collecteurs indépendants et sont en mesure de garantir, à l'égard des membres entre eux, de la confidentialité des données collectées qu'il reçoit desdits membres en jouant le rôle de « lack box ».

13. Les autorités publiques sollicitent régulièrement les organisations professionnelles lors du processus d'élaboration de certains textes. Or, les informations devant être transmises pour aboutir à une nouvelle réglementation technique doivent nécessairement être pertinentes et donc stratégiques et précises.

Il serait opportun que cette mission de service public soit précisée par l'Autorité dans le cadre de son étude thématique. La procédure de collecte et de restitution des données pourrait être standardisée.

14. La ligne de démarcation entre ce qui est pro-concurrentiel et ce qui est anti-concurrentiel peut toutefois être difficile à dessiner.

1.4/ LA GESTION DU RISQUE PAR L'ASSOCIATION PROFESSIONNELLES : MISE EN PLACE DES OUTILS DE PREVENTION

15. Il serait opportun que l'Autorité puisse émettre certaines recommandations pour faciliter le respect du cadre légal.

Nous proposons celles qui nous semblent essentielles.

Il faudrait à notre sens recommander une procédure identique à toutes les réunions d'échanges d'informations visant à défendre un intérêt corporatif doit être mise en place :

FLUX D'INFORMATION DES MEMBRES VERS L'ASSOCIATION

- assurer l'anonymat de la transmission d'information sensible vers l'association en cas de nécessité de nourrir la base d'information avec un accès réservé dans l'association à certaines personnes liées par une obligation de confidentialité et une obligation de restitution l'information de manière agrégée ;
- s'assurer que l'information transmise correspond bien à la mission de l'association ;

ECHANGES AU SEIN DE L'ASSOCIATION

- le membre souhaitant qu'un thème/produit particulier soit mis en avant dans le cadre des actions de promotion ou de lobbying saisit le « compliance officer », s'il existe, ou les permanents de l'association professionnelle, voir dans les petites associations des avocats ;
- ces derniers examinent alors la saisine et l'opportunité de faire réaliser ce type d'action par l'association professionnelle. Si besoin, le permanent en charge de la saisine contacte

individuellement les autres membres de l'association professionnelle concernée pour les consulter sur l'opportunité de mener une telle action ;

- à la suite de ces consultations, le permanent prend la décision de réunir les différents membres pour organiser ou pas la campagne de promotion souhaitée par l'auteur de la saisine ;
- en cas de réunion, celle-ci intervient à la seule initiative de l'association professionnelle en cause ;
- un permanent de l'association assiste systématiquement à l'ensemble des réunions portant sur les actions de promotion ou de lobbying à initier et réalise un suivi écrit de l'ensemble du processus ;

SUR LE COMPORTEMENT A ADOPTER EN MARGE D'UNE REUNION DE NORMALISATION

- refuser de participer à une réunion préparatoire qui ne contient pas d'ordre du jour ;
- éviter toute coordination, tout contact entre membres avant une réunion d'un organisme de normalisation au sujet d'une position que celui-ci pourrait prendre ;
- éviter tout contact entre les représentants des membres en marge d'une réunion d'un organisme de normalisation, et après le déroulement de celle-ci ;
- veiller à ne pas cosigner à plusieurs membres des documents adressés à des organismes de normalisation, en amont de l'adoption ou de l'homologation d'une norme ;
- s'assurer que les participants aux réunions des organismes de normalisation sont des techniciens et non responsables commerciaux (même si la présence de seuls techniciens n'est pas exonératoire) ;

CE QU'IL NE FAUT PAS FAIRE EN TOUT ETAT DE CAUSE

- une action ne peut pas être dirigée contre un opérateur du marché mais doit porter sur la profession dans son ensemble ;
- ne pas transmettre des données commerciales non agrégées et récentes. Il serait utile que l'Autorité donne de nombreux exemples de données qui ne posent pas de problème en raison de leur caractère agrégé ou ancien pour faciliter la vie des associations selon le type de marchés ;
- bannir tout sujet qui ne relève pas de la mission de l'association et en particulier toute discussion sur les prix, ou les éléments du prix, sur les quantités ou plus généralement sur l'activité commerciale des membres comportant des données actuelles et non agrégées ;

SECTION II CONDITIONS D'ADHESION A L'ASSOCIATION

16. Toute organisation professionnelle, indépendamment de son statut juridique, propose à ses membres de nombreuses prestations : études économiques, informations juridiques et sociales, formations, voire élaboration de normes privées. Il va sans dire que les conditions permettant d'accéder à l'organisation professionnelle qui dispense ces services revêtent une importance primordiale. Des critères subjectifs ou discrétionnaires permettraient ainsi à certains acteurs du marché de se réserver ces activités et d'en mutualiser les coûts. Disposant d'un avantage sur leurs concurrents, ils pourraient ainsi indûment fausser la libre concurrence.

17. Pareille situation n'a pas échappé à l'attention des autorités de concurrence. D'anciennes jurisprudences ont progressivement fixé des règles, offrant des points de repères utiles aux opérationnels. Pour autant, des zones d'ombres demeurent. L'AFEC, sans prétendre à une quelconque exhaustivité, en a identifié certaines. La transposition de la Directive ECN+ pourrait, à cet égard, constituer une réelle opportunité pour aplanir ces difficultés pratiques.

2.1. ACCES A L'ASSOCIATION ET AVANTAGE CONCURRENTIEL

18. Une jurisprudence ancienne¹² rappelle que le refus d'accès à une association peut dans certains cas s'apparenter à une pratique anticoncurrentielle si elle est « *une condition d'accès au marché ou si elle constitue un avantage concurrentiel* ».

La première hypothèse (« *condition d'accès au marché* ») ne nous semble guère appeler de commentaires. Il convient de rechercher si l'opérateur peut ou non proposer ses produits ou services sur le marché sans adhérer à l'organisation (par exemple obtention d'un label nécessaire à l'activité¹³ ou organisation des manifestations constitutives du marché par l'association¹⁴).

La seconde (« *avantage concurrentiel* »), en revanche, suscite beaucoup plus d'interrogations. A partir de quel moment peut-on considérer que l'adhésion à une association « *constitue un avantage concurrentiel* » ? Si quelques exemples peuvent être relevés dans la pratique décisionnelle de l'Autorité, nous ne pouvons que déplorer l'absence de cadre explicite.

Ont ainsi été considérés comme constituant un tel avantage : la réalisation et la publication de mesures d'audience de la presse quotidienne nationale ne regroupant que les adhérents de l'association¹⁵, l'accès à des offres groupées à destination des annonceurs nationaux¹⁶ et

¹² CA Paris, 27 mai 2003, RG n°2002/18680 ; Autorité, décision n° 03-D-51 du 6 novembre 2003

¹³ Cons, Conc, déc. N°00-D-29 du 5 juillet 2000

¹⁴ Cons, Conc, décision n°05-D-14 du 6 avril 2005

¹⁵ Décision n° 05-D-12 du Conseil de la concurrence en date du 17 mars 2005 relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché de la mesure d'audience dans le secteur de la presse quotidienne nationale et sur le marché connexe de la publicité dans ce secteur

¹⁶ Décision n° 06-D-29 du 6 octobre 2006 relative à des pratiques mises en œuvre par le GIE Les Indépendants dans le secteur de la publicité radiophonique

l'accès privilégié à des travaux de normalisation permettant d'implémenter plus rapidement ses résultats¹⁷. On peut aussi imaginer la situation où une condition à la participation à certains appels d'offres serait conditionnée par l'appartenance à une association professionnelle particulièrement représentative ou donnerait un crédit particulier en raison des engagements pris par l'association.

19. Le groupe de travail se demande si un tel avantage dans la concurrence ne devrait pas être considéré comme systématique en présence d'organisations professionnelles représentatives de l'ensemble d'une profession en raison des services qu'ils rendent.

L'article L. 2131-1 du Code du travail définit ainsi les syndicats professionnels comme ayant « *exclusivement pour objet l'étude et la **défense des droits ainsi que des intérêts matériels et moraux, tant collectifs qu'individuels, des personnes mentionnées dans leurs statuts*** » (caractères gras ajoutés).

De plus, une autre catégorie de service est rendue de manière constante par les syndicats professionnels : la réalisation et la publication d'études statistiques. Comme le reconnaissent les autorités de concurrence¹⁸, il offre à ses membres une meilleure vision de leur marché, ce qui « *peut générer divers types de gains d'efficacité* ». Les adhérents du syndicat ou de l'organisation professionnelle se voient ainsi offrir une protection et un niveau d'information supérieurs à leurs concurrents directs non adhérents. L'équilibre entre les différents acteurs s'en trouve ainsi nécessairement affecté.

RECOMMANDATIONS

20. Afin d'éviter toute interrogation pratique inutile et reconnaître le rôle effectif des organisations professionnelles, il nous semblerait intéressant de reconnaître que l'adhésion à un syndicat ou ordre professionnel ou à une association regroupant la plupart des membres d'une profession (référence à 50 % des opérateurs du marché ou représentant au moins 50 % dudit marché) constitue, sauf preuve contraire, « [...] *un avantage concurrentiel* » et dès lors rappeler la nécessité de conditions d'accès objectives et non discriminatoires à de telles associations.

Il n'y a aucune logique en effet à ne pas admettre un membre du secteur dans une association professionnelle, sauf évidemment faute de ce dernier lorsqu'il était membre de l'association antérieurement.

21. Pour les autres organismes professionnels qui ne seraient pas représentatifs, soit parce qu'il regroupe des entreprises de petites tailles, soit parce que l'association est très spécialisée, très technique et ne concerne qu'une partie d'une activité, il serait alors très apprécié de fournir un certain nombre d'exemples de services susceptibles de constituer un avantage concurrentiel.

2.2 ACCES A L'ASSOCIATION ET NATIONALITE

22. L'accès à une association doit s'opérer en fonction de critères objectifs, transparents et

¹⁷ Décision de la Commission du 15 décembre 1986 relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CEE (IV/31.458 - X/Open Group)

¹⁸ V° en ce sens les Lignes directrices sur la coopération horizontale, pt. 55 à 57

non-discriminatoires¹⁹. Ce dernier terme s'oppose à tout « *traitement différent d'après des critères variables* »²⁰.

Si des exigences liées au rattachement à une convention collective définie, à la détention d'un code NAF précis ou même à l'existence d'un site de production sur le territoire ne nous semblent pas susciter de réelle controverse, il en va autrement d'un critère basé sur la « nationalité ». Pareille hypothèse peut viser non seulement la nationalité de la personne juridique demandant à adhérer, l'origine de ses capitaux (pour une personne morale) ou le lieu d'établissement de sa maison-mère.

23. Concernant la première hypothèse, la situation nous semble différente selon que l'on se réfère à une personne physique ou morale.

En effet, une personne physique étrangère ne nous semble pas pouvoir être valablement écartée d'une association en raison de sa nationalité dès lors qu'elle est légalement établie en France et remplit l'ensemble des conditions légales pour y exercer son activité. Il en va plus encore dans le cas où cette personne physique étrangère est citoyenne de l'Union européenne et bénéficie de ce fait du principe de non-discrimination à raison de la nationalité de l'article 18 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne²¹.

La définition même d'un syndicat ou association professionnels n'impose pas un tel critère : en vertu de l'article L. 2131-2 du Code du travail, ces derniers regroupent des « *personnes exerçant la même profession, des métiers similaires ou des métiers connexes concourant à l'établissement de produits déterminés ou la même profession libérale* ».

A l'opposé, une association nationale pourrait valablement limiter son champ d'adhésion aux seules entités juridiques locales, c'est-à-dire disposant d'un siège social en France ou d'un établissement permanent ainsi que d'une immatriculation régulière au registre du commerce et des sociétés. Admettre le contraire reviendrait à nier toute territorialité et accorder un poids excessif à des acteurs ne démontrant qu'un lien parfois tenu (voire inexistant) avec un marché.

24. En revanche, rien ne justifie d'exclure une société implantée localement en raison de la nationalité de sa société-mère ou de la personnalité de ses actionnaires et/ou propriétaires.

L'article 54 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne pose comme principe que « *les sociétés constituées en conformité de la législation d'un État membre et ayant leur siège statutaire, leur administration centrale ou leur principal établissement à l'intérieur de l'Union sont assimilées, pour l'application des dispositions du présent chapitre, aux personnes physiques ressortissantes des États membres* ».

Si l'entité juridique sollicitant son adhésion est bien établie en France, elle doit être considérée comme française, peu importe la répartition de son capital. Soutenir le contraire reviendrait à traiter différemment deux personnes juridiques pourtant placés dans la même situation, en violation des dispositions de l'article 18 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

Cette analyse semble d'ailleurs avoir été retenue par le Conseil de la concurrence dans une décision ancienne²² fustigeant les clauses ne prenant en compte que l'activité réalisée sur le

¹⁹ ADLC, Décision n° 03-D-51 du 6 novembre 2003

²⁰ Académie Française, dictionnaire, 9ème édition, V° discrimination.

²¹ « *Dans le domaine d'application des traités, et sans préjudice des dispositions particulières qu'ils prévoient, est interdite toute discrimination exercée en raison de la nationalité* ».

²² Conseil de la Concurrence, décision n°00-D-84 du 8 février 2001 *relative aux identifications professionnelles délivrées par la Fédération nationale des travaux publics (FNTP)*

territoire français, excluant de ce fait les entreprises réalisant leurs opérations à l'étranger ou les entreprises étrangères désirant réaliser des travaux en France.

RECOMMANDATIONS

25. Confrontés à la politique de certains organismes professionnels refusant d'accueillir les filiales françaises de groupes internationaux, il nous semble indispensable que l'Autorité rappelle que la nationalité d'un groupe de sociétés ou la détention du capital par des personnes juridiques étrangères ne saurait constituer un critère licite d'exclusion (en dehors de certains secteurs très particuliers, par exemple liés à la sécurité nationale).

2.3. ACCES A L'ASSOCIATION ET CHIFFRE D'AFFAIRES

26. L'accès à une association susceptible d'offrir un avantage concurrentiel exige, comme nous l'avons précédemment évoqué, de déterminer au préalable des critères objectifs, transparents et appliqués de manière non-discriminatoire²³. Le chiffre d'affaires réalisé par l'entreprise est ainsi fréquemment utilisé par des associations comme élément de différenciation. Pour autant, une telle notion est-elle véritablement sans risques ? La pratique des autorités de concurrence se veut relativement prudente. Si ces dernières n'excluent pas par principe ce critère, elles sanctionnent toutefois régulièrement une utilisation jugée déraisonnable²⁴ en raison de chiffres d'affaires trop importants qui constituent des barrières à l'entrée dans l'association.

Ce critère pourrait, selon nous, être aisément utilisé dans un objectif pro-concurrentiel : à côté des conditions « ordinaires » pour adhérer au dit organisme (notamment l'exigence d'une implantation légale sur le territoire), l'exigence d'un seuil minimal pourrait être utilisé à titre dérogatoire afin d'accueillir des entités normalement exclues. Un tel schéma est fréquemment utilisé afin d'accueillir des personnes juridiques étrangères en qualité de membre « associé ».

En pareille hypothèse doit-on pour autant définir un montant précis ou le recours à la notion de « chiffre d'affaires significatif » est-il suffisant ? La réponse tient selon nous à l'objectif recherché par l'organisme. Désireux d'ouvrir plus largement l'accès à de nouveaux acteurs, autrement légitimement écartés, ce critère peut donc s'avérer pro-compétitif s'il est un moyen d'ouvrir plus largement l'accès à l'association.

RECOMMANDATIONS

27. Afin d'assister les organismes professionnels dans la détermination de critères ne suscitant, en soi, aucune critique, il serait utile que l'Autorité fournisse un certain nombre d'exemples.

Concernant le critère de chiffre d'affaires, il pourrait être précisé que son utilisation comme critère accessoire, permettant d'ouvrir plus largement l'adhésion, devrait être considéré a priori comme pro-concurrentiel.

²³ ADLC, Décision n° 03-D-51 du 6 novembre 2003, préc.

²⁴ V°, par exemple, la décision de la Commission du 15 décembre 1986 relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CEE (IV/31.458 - X/Open Group) reprochant l'instauration d'un seuil de « *chiffre d'affaires en technologie de l'information [...] supérieur à 500 millions de dollars des États-Unis* »

2.4. INTERACTIONS ENTRE LES DIFFERENTS NIVEAUX DE NORMALISATION

28. Les travaux de normalisation, purement privés ou en préparation d'un processus officiel²⁵, constituent une activité relativement courante pour les organismes professionnels. En soi, de tels travaux ne soulèvent aucune objection légale. La Commission européenne considère en effet que « *les accords de normalisation produisent généralement des effets économiques positifs substantiels, par exemple parce qu'ils encouragent l'interpénétration économique sur le marché intérieur et le développement de produits ou marchés nouveaux et plus performants et de meilleures conditions d'offre* »²⁶.

La normalisation implique toutefois, par essence, le choix d'une technologie au détriment des autres. En conséquence, elle peut aisément se voir détournée à des fins anti-concurrentielles « *en diminuant potentiellement la concurrence par les prix et en limitant ou en contrôlant la production, les marchés, l'innovation ou les développements techniques* ».

Le système de normalisation internationale repose actuellement sur des entités nationales de normalisations telles que l'Association française de normalisation (AFNOR) pour la France. Cette dernière s'appuie sur différents Bureaux de normalisation dédiés à des secteurs précis. Le fait qu'une association professionnelle établisse une position en interne sur les projets traités par un Bureau de normalisation puis y participe accompagnée de plusieurs de ses adhérents ne fausse-t-il pas tout le système (surtout s'ils y sont majoritaires) ?

29. La question traite du processus d'élaboration de la norme qui peut dans certaines circonstances être le siège de pratiques anticoncurrentielles, l'outil pouvant « être instrumentalisé aux fins de verrouiller le marché »²⁷.

La Cour de justice de l'Union européenne, dans son ordonnance en date du 31 mars 2011²⁸, cite les Lignes directrices de 2001 sur les accords de coopération horizontale et rappelle que « *lorsque la participation à la détermination de normes est transparente et non assortie de restrictions, les accords de normalisation [...] qui n'imposent aucune obligation de respect de la norme concernée [...] ne restreignent pas la concurrence* » et que « *tel est normalement le cas pour les normes adoptées par des organismes de normalisation reconnus selon des procédures non discriminatoires, ouvertes et transparentes* ».

La participation à l'élaboration de la norme constitue un avantage en ce qu'elle permet en amont d'orienter les débats dans un sens souhaité et en aval de s'adapter plus rapidement à la nouvelle norme. Or, les discussions peuvent être tenues entre des membres bien installés et la participation des PME en particulier, jugée chronophage et trop importante financièrement, est trop rare²⁹. Ce risque d'exclusion est dénoncé par l'Autorité dans plusieurs décisions³⁰ et avis³¹. Aussi, il a été préconisé par celle-ci dans son avis 16 novembre 2015 que l'élaboration de la norme institutionnelle soit sécurisée d'un point de vue concurrentiel par un contrôle plus

²⁵ Via, par exemple, l'AFNOR, l'UNECE, ou l'ISO.

²⁶ Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux accords de coopération horizontale

²⁷ V. Sélinisky et S. Cholet, Les enjeux concurrentiels de la normalisation institutionnelle et de la certification de conformité : in Mélanges L. Boy, 2016, p. 127. V. OCDE, Normalisation, DAF/COMP(2010)33.

²⁸ CJUE, ord. 31 mars 2011, aff. C-367/10 P, EMC développement AB.

²⁹ V. Sélinisky et S. Cholet, op. cit.

³⁰ ADLC, déc. n° 10-D-20, 25 juillet 2010, Secteur des coupons de réduction.

³¹ Cons. conc., Avis n° 06-A-07,

étroit de l'AFNOR³² et une participation large aux travaux d'élaboration de la norme (Autorité, avis n° 15-A-16 du 16 novembre 2015 relatif à l'examen, au regard des règles de concurrence, des activités de normalisation et de certification).

Le Document de consultation publique sur le fonctionnement de la concurrence dans le secteur de la normalisation et de la certification du 13 avril 2015, augurant l'avis précité, était peut-être encore plus explicite :

« Pour éviter que des pratiques anticoncurrentielles soient mise en œuvre, s'assurer de l'absence de restriction à la participation de la définition de la norme et de la transparence de sa procédure d'adoption, la Commission européenne³³ dispose que, que « 281. Les règles de l'organisme de normalisation devront garantir que tous les concurrents présents sur le ou les marchés concernés par la norme peuvent participer au processus aboutissant à la sélection de la norme. Les organismes de normalisation devraient également disposer de procédures objectives et non discriminatoires aux fins de l'attribution des droits de vote, ainsi que, le cas échéant, de critères objectifs pour la sélection de la ou des technologies incluses dans la norme. » Elle préconise également que l'organisme de normalisation dispose de procédures qui permettent aux parties prenantes de prendre effectivement connaissance, en temps voulu et à chaque étape de l'élaboration de la norme, des travaux de normalisation à venir, en cours et terminés et d'avoir un accès effectif à la norme à des conditions équitables, raisonnables et non discriminatoires ».

L'AFEC a déjà émis des réserves sur un encadrement trop étroit du processus de normalisation le 30 mai 2015 :

http://www.afec.asso.fr/IMG/pdf/afec_observations_consultation_normalisation_01062015.pdf

RECOMMANDATIONS

30. L'Autorité devrait recommander que dès lors qu'une association professionnelle participe

³² « 22 L'instruction et la consultation publique ont fait apparaître un relatif déficit de contrôle des organes de normalisation par l'AFNOR, malgré les compétences que le décret de 2009 lui reconnaît pour exercer cette mission d'intérêt général. L'insuffisance des remontées d'information des bureaux nationaux de normalisation et, à un niveau plus déconcentré, des commissions de normalisation, vers l'AFNOR et la relative absence d'autorité de celle-ci sur leurs travaux tiennent essentiellement à la multiplication de ces structures, à leurs éventuels chevauchements, à l'hétérogénéité des procédures qu'elles appliquent et à l'absence de pouvoir de contrainte pour régler les difficultés qui peuvent apparaître. 23 Ainsi, l'AFNOR a une vision générale de l'activité de normalisation mais ne dispose pas d'une connaissance détaillée des commissions de normalisation en place, de la liste actualisée de leurs membres, de l'origine de leurs financements et du calendrier des travaux envisagés. Lorsqu'elle dispose de ces informations, elle ne les rend pas systématiquement publiques, du fait d'une utilisation encore insuffisante de son site en ligne. [...]27. Une fois les structures simplifiées, la seconde voie d'amélioration consiste à renforcer le rôle de pilotage de l'AFNOR sur le processus de normalisation lui-même. Cela passe par une transmission obligatoire à l'AFNOR des informations sur la composition des organismes de normalisation, une validation centralisée de leur champ de compétence, un arbitrage effectif de l'AFNOR pour l'attribution des travaux en cas de demandes multiples, une formalisation des décisions d'ouverture de travaux, une publication en ligne des calendriers des travaux qui ont été acceptés et une vérification de la consultation effective des parties intéressées. 28 Cette rationalisation devrait concerner tous les documents issus des travaux des commissions de normalisation qui, sans être des normes, ont un caractère quasi normatif. Il s'agit notamment des fascicules de documentations, de recommandations, de nomenclatures, de normes expérimentales, de normes d'essai ou encore, s'agissant du BTP, des documents techniques unifiés (DTU). Enfin, il faut tenir compte du fait que les travaux de normalisation sont financés par le secteur privé, à travers les contributions des entreprises intéressées par les projets de normes. Là aussi, il convient de mettre l'AFNOR au centre du dispositif afin qu'elle puisse contrôler l'utilisation des ressources allouées aux commissions de normalisation et procéder, le cas échéant, à des péréquations entre elles ».

³³ Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux accords de coopération horizontale du 14 janvier 2011.

à l'élaboration d'une norme devant suivre un processus AFNOR, ou de toute autre nature, la vérification d'un consensus général en amont (au sein de l'association) doit être organisé. Si la participation de tous ne saurait être envisageable, il revient aux rédacteurs de recueillir les observations des parties prenantes à chaque étape de la normalisation.

2.5 CONSEQUENCES DE LA NORMALISATION

31. La question se pose également de savoir jusqu'où la normalisation peut porter. Selon la Commission, « *en règle générale, les accords de normalisation ne devraient couvrir que les éléments strictement nécessaires à la réalisation de leurs objectifs, qu'il s'agisse de l'interopérabilité et de la compatibilité techniques ou d'un certain niveau de qualité. Lorsque la présence d'une seule solution technologique bénéficierait à l'ensemble des consommateurs ou de l'économie, cette norme devrait être définie sur une base non discriminatoire* »³⁴.

Or, une telle uniformisation semble actuellement reprochée à trois constructeurs allemands concernant « *les systèmes de réduction catalytique sélective («SCR»), qui permettent de réduire les émissions nocives d'oxydes d'azote (NOx) des voitures particulières à moteur diesel par injection d'urée (également appelée «AdBlue») dans le flux de gaz d'échappement* ». En effet, la Commission « *considère, à titre préliminaire, que BMW, Daimler et VW ont coordonné, entre 2006 et 2014, leurs stratégies en matière de dosage d'AdBlue, de taille du réservoir d'AdBlue et d'intervalles de remplissage, toutes sachant qu'elles limitaient ainsi la consommation d'AdBlue et son efficacité sur le plan de la réduction de la pollution due aux gaz d'échappement* »³⁵. Pareille décision pourrait toutefois être également justifiée par des considérations techniques et de qualité.

RECOMMANDATIONS

32. Afin d'assister les opérateurs lors de leurs travaux de normalisation, la publication de lignes directrices plus détaillées sur les limites acceptables pour cette activité serait extrêmement appréciée.

Celles-ci pourraient notamment évoquer les conditions sous lesquelles l'adoption d'une solution technique unique serait envisageable (au-delà des conditions générales de l'article 101, para 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne) et préciser dans quel cas de telles orientations seraient critiquables par rapport aux entreprises concernées par l'élaboration de la norme, l'ouverture des travaux à l'ensemble des entreprises concernées, les modalités de détermination des solutions techniques en cas de choix.

2.6. POSITION PAPER ET DROIT DE LA CONCURRENCE

33. Toute association, notamment professionnelle, peut-être conduite à prendre des positions officielles sur les sujets entrant dans son objet social. Celles-ci seront nécessairement établies en concertation avec ses adhérents. Toutefois, le droit de la concurrence est souvent réticent à l'égard des recommandations contraignantes émanant d'une association.

34. Deux cas de figure peuvent être envisagés : d'une part, la portée contraignante de la norme à l'égard des tiers, et d'autre part, la recommandation contraignante à l'égard des membres de l'association professionnelle.

³⁴ Point 317

³⁵ Commission européenne - Communiqué de presse IP 19 2008

S'agissant du premier point, la Commission européenne, dans ses Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux accords de coopération horizontale du 14 janvier 2011 expose :

« 273. Les accords qui ont recours à une norme dans le cadre d'un accord restrictif plus large visant à évincer des concurrents existants ou potentiels restreignent la concurrence par objet. Ainsi, un accord permettant à une association nationale de fabricants de fixer une norme et d'exercer des pressions sur des tiers pour qu'ils ne commercialisent pas de produits ne répondant pas à cette norme, ou un accord par lequel les fabricants du produit en place s'entendent pour exclure une nouvelle technologie d'une norme existante relèveraient, par exemple, de cette catégorie ».

Concernant le second point, il faut rappeler que, dans le cadre de leur mission, les associations professionnelles adoptent des recommandations, codes de conduite et autres normes déontologiques. L'objectif a priori louable d'organisation professionnelle n'exclut pas l'application du droit de la concurrence. Ainsi, le Tribunal de l'Union européenne a-t-il jugé *« qu'il ne peut être admis que des règles organisant l'exercice d'une profession, par le seul fait qu'elles seraient qualifiées de « déontologiques » par les organismes compétents, échapperaient par principe au champ d'application de l'article 81, paragraphe 1, CE »*. Et celui-ci d'ajouter que *« [s]eul un examen au cas par cas permet d'apprécier la validité d'une telle règle au regard de cette disposition du traité, notamment en tenant compte de son impact sur la liberté d'action des membres de la profession et sur l'organisation de celle-ci, ainsi que sur les bénéficiaires des services en cause »*³⁶.

35. En principe, les normes produites par les organisations professionnelles relèvent de la *soft law* et ne sont pas contraignantes. Néanmoins, dans certains secteurs, la force de l'organisme et le pouvoir de l'auto-discipline peuvent contribuer à les rendre obligatoires dans les faits. Tel est le cas par exemple dans le secteur de la publicité.

Dans sa fonction de régulateur, l'Autorité de Régulation Professionnelle de la Publicité (ARPP), laquelle est une association regroupant annonceurs, médias et agences de conseil-communication, élabore des recommandations prescrivant les critères que doivent remplir les publicités des professionnels³⁷ et dont la mise en œuvre revient au Jury de Déontologie Publicitaire (JDP). Ces textes peuvent être très contraignants d'un point de vue de marketing et limiter l'offre des professionnels. Or, comme le rappelait le Tribunal de l'Union européenne dans son arrêt *IMA* du 28 mars 2001, *« la publicité est un élément important de la situation concurrentielle sur un marché donné, en ce qu'elle permet de mieux appréhender les mérites de chacun des opérateurs, la qualité de leurs prestations et leurs coûts »*³⁸.

L'accès à la publicité est une condition de concurrence : tout frein peut être perçu comme une restriction de concurrence. L'OCDE relève de son côté que *« les organisations professionnelles élaborent couramment des normes régissant la conduite professionnelle et la certification »* et que *« [l]es normes de conduite prennent la forme de normes éthiques ou de règles de publicité, par exemple »*³⁹. Et l'OCDE de préciser que *« les règles de publicité peuvent parfois interdire à une profession les publicités tapageuses ou qui mentionnent des tarifs »*.

³⁶ TPICE, 28 mars 2001, aff. T-144/99, Institut des mandataires agréés près l'Office européen des brevets.

³⁷ Les recommandations portent par exemple sur l'image de la personne humaine dans la publicité, sur l'argument environnemental, la publicité pour les jeux d'argent...

³⁸ Aff. T-144/99.

³⁹ OCDE, Standard setting, juin 2010.

La normalisation, les règles de conduite et autres codes de déontologie peuvent avoir un effet d'exclusion anticoncurrentiel des professionnels⁴⁰. Ce risque d'exclusion est accentué « *lorsque la participation au processus de normalisation est restreinte ou si la norme choisie est obligatoire* »⁴¹.

Certes, comme tout code de bonne conduite, les recommandations de l'ARPP n'ont aucune force contraignante. Leur respect est donc laissé à la bonne volonté des professionnels. Cependant, les prescriptions sont respectées par les professionnels dans leur très grande majorité. Le respect des décisions du JDP et donc des recommandations est assuré par cette autodiscipline collective : que l'un des professionnels du secteur de la publicité, membre ou non membre de l'ARPP, dévie de la ligne fixée, les autres opèrent une sorte de barrage, de mise à l'écart. Par exemple, un annonceur peu délicat avec l'image de la femme, à qui le JDP demanderait de retirer sa publicité et qui n'obtempérerait pas, pourrait se voir opposer la décision du Jury par les médias. Partant, un annonceur peut être limité dans l'exercice de son activité économique et de la concurrence par cette autodiscipline collective qui pourrait prendre les formes d'une entente anticoncurrentielle.

RECOMMANDATIONS

36. L'Autorité devrait fournir des recommandations sur les limites de l'action des associations dans le cadre de ces codes de bonne conduite et sur l'appréciation des conséquences du non-respect desdits codes.

SECTION III COMPORTEMENT UNILATERAL DE L'ASSOCIATION ET ACTIONS DE LOBBYING

37. Il s'agit ici d'analyser et de recenser les comportements unilatéraux que peuvent avoir les associations professionnelles, à savoir les actions individuelles en lieu et place ou aux côtés des membres, les décisions unilatérales, l'assistance aux membres, les actions sociables, etc. Dans ce cadre sera évoqué également le rôle des associations en matière de lobbying⁴²

L'étude de la jurisprudence qui concerne les associations professionnelles permet de répartir les différents comportements de ces dernières en quatre catégories distinctes : la diffusion d'informations réglementaires et les actions de compliance (1), les actions systématiquement prohibées (2), les actions de lobbying (3), les saisines et l'immixtion dans l'activité des membres (4).

3.1 LA DIFFUSION D'INFORMATIONS REGLEMENTAIRES ET LES ACTIONS DE COMPLIANCE MISES EN ŒUVRE PAR LES ASSOCIATIONS PROFESSIONNELLES

⁴⁰ L'OCDE relevait pour sa part que « *les normes peuvent exclure des fournisseurs de services potentiels par le jeu des critères exigés pour se conformer à la norme. Le risque d'exclusion est particulièrement présent lorsque les normes sont élaborées par un groupe de concurrents. L'exclusion peut résulter d'une « manipulation » de la norme pour exclure les produits de qualité fabriqués par des concurrents. Ces préoccupations sont plus sérieuses si ces concurrents n'ont pas eu voix au processus de normalisation ou si la norme a un caractère obligatoire* ».

⁴¹ OCDE, synthèse.

⁴² arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles du 30 juin 2016, Holcim, 2013/MR/11 à 15.

38. Dans certaines situations, les associations professionnelles représentent leurs adhérents vis-à-vis des institutions et défendent leurs intérêts, notamment en veillant à la bonne application des dispositions légales qui leur sont applicables. Quelques affaires antérieures peuvent aider à définir un cadre plus précis des actions pouvant être mises en œuvre par les associations en matière de compliance.

La première concerne l'Ordre des pharmaciens⁴³. Dans cette affaire, le Tribunal de l'Union européenne a confirmé la décision de la Commission européenne, selon laquelle l'Ordre national des pharmaciens français a restreint la concurrence sur le marché des analyses de biologie médicale⁴⁴ en empêchant les groupes de laboratoires à se développer en France et en mettant en œuvre une politique de prix minimal par le biais d'une interdiction de l'octroi de ristournes par les laboratoires au-delà d'un plafond de 10 %.

Le Tribunal a ainsi rappelé que l'Ordre ne disposait pas d'un pouvoir réglementaire et regroupait des pharmaciens dont certains au moins exerçaient une activité économique (entreprises). Bien qu'il incombe à l'Ordre de s'assurer du respect des devoirs déontologiques dans le cadre de ses missions légales (défense de l'indépendance du pharmacien-biologiste et promotion de la santé publique), celui-ci ne peut pas dépasser ce cadre légal⁴⁵. En outre, l'Ordre a pris un ensemble de décisions ayant pour objet d'imposer un prix minimal de marché par le biais de sa politique de ristournes maximales de 10 % au regard de contrats de collaboration ou conventions conclus entre laboratoires ou avec des établissements hospitaliers⁴⁶.

⁴³ Tribunal de l'UE, affaire T-90/11, 10 décembre 2014

⁴⁴ Infraction unique et continue à l'article 101 TFUE

⁴⁵ Sur ce premier point, l'Ordre a entravé le développement de groupes de laboratoires via plusieurs comportements : il a par exemple soutenu qu'il n'était pas possible d'attribuer aux associés professionnels extérieurs de Sociétés d'Exercice Libéral exploitant des laboratoires (ci-après « SEL ») un nombre de droit de vote inférieur à leur nombre d'action, pour des raisons déontologiques. L'Ordre craignait que des professionnels, exerçant leur activité au sein d'un laboratoire, détiennent la majorité des droits de vote, mais seulement une participation symbolique au capital, les privant donc des bénéfices réalisés et d'une participation effective à la gouvernance du laboratoire. Or, les principes légaux applicables pendant la période concernée permettaient aux professionnels exerçant la même profession, mais extérieurs aux laboratoires, de détenir plus de la moitié du capital des SEL de laboratoire à condition que les professionnels en exercice dans le laboratoire détiennent plus de la moitié des droits de vote. Sur ce point, l'Ordre s'est clairement opposé à la création de structures pourtant conforme à la loi. Tel n'était pas le cas dans le cadre des dispositions relatives aux devoirs de communication des SEL durant leur vie sociale, lesquelles étaient sujettes à interprétation. Sur ce point, le Tribunal a confirmé la thèse de la Commission selon laquelle l'Ordre a retenu une interprétation exagérément contraignante du cadre légal en exigeant des SEL de lui communiquer toutes les conventions relatives au financement et à la détention de leur capital social : bien qu'une disposition porte à interprétation, l'Ordre ne pouvait s'arroger un pouvoir réglementaire

⁴⁶ Le débat s'est porté sur l'appréciation divergente de l'Ordre et de la Commission de la portée du cadre juridique et la volonté du législateur. La Commission a estimé que le Code de la Santé Publique autorisait les laboratoires à octroyer librement des réductions sur le prix pour des services d'analyse de biologie médicale remboursés, pour autant qu'elles étaient définies dans le cadre de conventions ou de contrats de collaboration conclus entre laboratoires ou avec des établissements hospitaliers. L'Ordre, quant à lui, interprétait le terme « ristourne » comme excluant tout geste commercial (partage d'honoraires dans le contexte de contrats de collaboration). Le Tribunal a confirmé la position de la Commission selon laquelle l'Ordre a outrepassé les limites de sa mission légale pour imposer sa propre interprétation économique de la loi : l'Ordre a adopté une position de principe imposant un prix minimal sans qu'il ne soit fait mention de la recherche d'une preuve de concurrence déloyale ou de possible atteinte à la qualité des soins.

De même l'Ordre des vétérinaires d'Alsace⁴⁷ (ci-après « CROV ») et le syndicat national des vétérinaires d'exercice libéral - Section Bas Rhin (ci-après « SNVEL ») ont été sanctionnés pour avoir mis en place une Charte qui organisait un partage des interventions des vétérinaires auprès de la SPA de Strasbourg. L'Autorité a considéré que cette pratique équivalait à une répartition du marché des soins vétérinaires dispensés au sein du refuge, une telle rotation permettant aux vétérinaires adhérents à la Charte de partager entre eux de façon égalitaire le chiffre d'affaires généré par ces interventions en empêchant la SPA d'avoir recours exclusivement ou principalement à l'un d'entre eux.

Enfin l'Autorité a sanctionné l'Ordre des architectes et l'association « Architecture et Commande Publique » (ci-après « A&CP ») dans les marchés de maîtrise d'œuvre en Aquitaine⁴⁸, pour avoir multiplié les actions menées tant auprès des architectes que des administrations et des maîtres d'ouvrage publics afin de les déterminer à se ranger à leur interprétation des textes⁴⁹.

39. Il ressort de ces décisions que le cadre juridique reste à définir lorsque les associations professionnelles interprètent des dispositions légales en vue de la défense de l'intérêt de ses membres. La limite est bien sûr qu'elles ne peuvent aller au-delà de leur mission et impacter l'exercice de l'activité économique de leurs membres. Ce cadre juridique est d'autant plus délicat à définir lorsque les dispositions applicables aux missions des associations sont sujettes à interprétation.

RECOMMANDATIONS

40. Dans son étude, l'Autorité pourrait distinguer d'une part les informations réglementaires diffusées par les associations professionnelles à l'égard de leurs membres et d'autre part à l'égard des tiers.

Elle pourrait par ailleurs fournir des exemples pour permettre d'analyser les pratiques des associations par rapport au champ de leur mission et rappeler que toute pratique, pour ne pas porter atteinte à la concurrence, doit d'une part se justifier par la mission de l'association et d'autre part ne peut aller au-delà de ce qui est strictement nécessaire à l'exercice de celle-ci.

Elle pourrait notamment clarifier les limites à l'action d'une association professionnelle en matière de lobbying public et d'intervention, dans un cadre global, dans la négociation collective pour le compte de ses adhérents. Sur cet aspect particulier, qui dans certains cas peut s'apparenter à de la négociation collective pour le compte de vos membres, la pratique décisionnelle de l'Autorité est à la fois assez peu précise et ancienne⁵⁰.

⁴⁷ Autorité de la concurrence, décision n° 13-D-14, 11 juin 2013

⁴⁸ Autorité de la concurrence, décision n° 04-D-25, 23 juin 2004

⁴⁹ Les dispositions du code des marchés publics, en vigueur à l'époque des faits, permettaient à l'acheteur public de limiter son examen à la compétence des soumissionnaires et aux moyens dont ils disposent dans certains cas. Cette faculté offerte à l'acheteur public a cependant été interprétée par l'Ordre des architectes et l'association AC&P comme une obligation. Ceux-ci ont élaborés plusieurs notes et bulletins destinés aux architectes d'Aquitaine afin que ces derniers refusent toute formulation de proposition de rémunération au stade de la procédure de sélection de passation des marchés de maîtrise d'œuvre. L'Ordre a également exercé des pressions pour faire échec à un appel à la concurrence. L'Ordre a donc outrepassé le cadre légal de sa mission de défense des intérêts de la profession.

⁵⁰ En effet, il s'agit essentiellement d'une décision du 27 juin 2005 et relative à des pratiques mises en œuvre par l'ILEC et qui fait naître un certain nombre d'incertitudes

Cependant, certaines pratiques ne peuvent porter à confusion et semble systématiquement sanctionnées par l'Autorité.

3.2 LES ACTIONS DES ASSOCIATIONS PROFESSIONNELLES SYSTEMATIQUEMENT PROHIBÉES

a) La fixation de prix dans le cadre de l'aide à la gestion des associations professionnelles

41. La fixation commune de prix applicables par les membres d'une association va bien au-delà de la mission de celle-ci et doit être exclue par principe et ne peut être justifiée par l'aide à la gestion que les associations professionnelles apportent à leurs membres⁵¹.

La diffusion de prix recommandés doit à notre sens être également évitée. Tel est le cas dans une affaire concernant un syndicat professionnel regroupant les acteurs privés du secteur de l'ingénierie des loisirs, de la culture et du tourisme⁵² (ci-après « Géfil »). Dans cette décision, confirmée postérieurement par la Cour d'appel de Paris⁵³, l'Autorité avait sanctionné le Géfil et certains cabinets-conseils membres de son conseil d'administration, pour avoir élaboré et diffusé auprès de la profession une fiche dénommée « Juste prix ». Cette fiche servait de référence aux propositions tarifaires déposées par les cabinets-conseil lors des appels à concurrence lancés par les clients.

Le Géfil soutenait que les éléments tarifaires de la fiche n'étaient pas impératifs et que ses adhérents n'étaient donc pas contraints à les appliquer. Cependant, même si la liste de prix ne revêtait pas un caractère impératif, l'Autorité puis la Cour ont considéré qu'une telle liste pouvait avoir pour effet d'inciter les concurrents à aligner les comportements sur celui des autres. Le Géfil a, en effet, veillé au respect des tarifs figurant dans le « Juste Prix » en surveillant des tarifs pratiqués dans les appels d'offres et en élaborant une procédure de sanction applicable en cas de non-respect de ces tarifs par un adhérent.

Sur le même thème, le Syndicat professionnel des agences de mannequins a été sanctionné⁵⁴ pour avoir permis à ses adhérents d'élaborer des grilles tarifaires pour les tarifs fixés par les agences de mannequins à leurs clients. Ces grilles *a priori* seulement incitatives étaient cependant appliquées la plupart du temps ou, du moins, utilisées comme « base de négociation ».

b) Les pratiques/actions de boycott

42. Les pratiques de boycott apparaissent également comme intrinsèquement anticoncurrentielles et comme ne pouvant être liée à la mission d'une association. Sur ce point, nous pouvons mentionner une ancienne décision du Conseil de la concurrence relative à des pratiques mises en œuvre à l'occasion des foires d'antiquité et de brocante dans le

⁵¹ Dans l'affaire relative aux vétérinaires d'Alsace, la Charte mise en place par le CROV et le SVEL définissait également les prix que les vétérinaires signataires devaient facturer à la SPA de Strasbourg⁵¹. L'argument invoqué par les organismes mis en cause, à savoir que les tarifs fixés par la charte sont nettement inférieurs à ceux pratiqués par les vétérinaires auprès de leur clientèle libérale, a été rejeté par l'Autorité.

⁵² Autorité de la concurrence, décision n° 12-D-02, 12 janvier 2012

⁵³ CA Paris, RG 2012/02945, 6 juin 2013

⁵⁴ Autorité de la concurrence, décision n° 16-D-20, 29 septembre 2016

département des Vosges⁵⁵. En l'espèce, un Syndicat professionnel, principal organisateur des foires d'antiquité et de brocantes dans le département des Vosges, et une association, organisatrice de la seule foire « concurrente » avaient conclu un accord de non-concurrence aux termes duquel le syndicat s'interdisait d'organiser une foire dans une zone géographique déterminée autour de la commune où se tenait la foire concurrente. Couplée à cette pratique anticoncurrentielle, le syndicat a mis en œuvre l'exclusion de certains antiquaires et brocanteurs qui avaient voulu s'affranchir des restrictions imposées et a pratiqué à leur encontre des pratiques de boycott.

L'Autorité a également sanctionné le syndicat majoritaire dans le milieu des ophtalmologistes en France (Syndicat national des ophtalmologistes de France, ci-après « SNOF »)⁵⁶ pour des pratiques de boycott. En l'espèce, la société MAAF-Santéclair proposait à ses adhérents le remboursement des lunettes de vue sans ordonnance de renouvellement d'un ophtalmologiste, à condition de se rendre chez l'un des opticiens du réseau Santéclair. Le SNOF avait alors, en représailles, édicté au niveau national et local, des consignes incitant les ophtalmologistes au boycott des opticiens ayant signé un contrat de partenariat avec Santéclair. Le syndicat a en particulier incité ses membres à avertir les patients des risques qu'ils encouraient pour leur santé à traiter directement avec les opticiens sans passer par une visite chez l'ophtalmologiste.

Les pratiques de boycott limitent sans conteste l'accès au marché pour les concurrents, le cadre juridique fixé par l'Autorité est clair en la matière et ne porte pas à confusion. Dans le même esprit une association n'a pas à s'associer à une action commerciale de ses membres pour un litige commercial ou concurrentiel contre un autre membre ou un tiers. Une telle participation ne peut jamais relever de la mission d'une association.

L'Autorité devrait rappeler que les pratiques de boycott ne peuvent jamais être justifiées au sein d'une association professionnelle et que l'association ne peut se mêler à une action commerciale ou de concurrence déloyale contre un membre ou un tiers de la profession présent sur le marché.

c) Les actions de lobbying des associations professionnelles

43. Les organisations professionnelles rassemblent les acteurs d'un même secteur d'activité. Elles ont pour fonction de promouvoir, de réglementer et de protéger les intérêts d'une ou plusieurs professions ou d'un secteur d'activité. Dans le cadre de leurs missions, elles peuvent donc être amenées à travailler avec les pouvoirs publics sur des sujets impactant pour leurs membres. La licéité des actions de lobbying par la définition d'une position commune vis-à-vis d'un organisme public n'est pas discutable par principe dès lors que ces entreprises ne détiennent pas un pouvoir de décision au sein de cet organisme public.

La détermination d'une position commune par une association professionnelle peut poser cependant des questions en matière d'entente. En effet, les activités de lobbying des associations peuvent entraîner des échanges d'informations sensibles entre les membres pouvant aboutir par exemple à de la collusion.

Si l'Autorité a reconnu que le seul fait pour un organisme professionnel ou interprofessionnel de prendre une décision interne en vue de déterminer sa position dans le cadre d'une consultation par les pouvoirs publics, ne devrait pas être considéré comme constitutif d'un

⁵⁵ Cons. Conc, décision n° 05-D-14, 6 avril 2005

⁵⁶ Autorité de la concurrence, décision 10-D-11, 24 mars 2010

accord anticoncurrentiel⁵⁷. Il convient toutefois de veiller à ce que l'élaboration de cette position commune entre les membres de l'association ait pour but uniquement de défendre et promouvoir les intérêts du secteur et que l'association n'aille pas au-delà de ce qu'elle peut faire dans le cadre de ses missions.

Les associations professionnelles vont notamment pouvoir agir lorsque le cadre réglementaire de leur secteur n'est pas assez clair ou suscite des interrogations. Dans un avis du 28 février 2018⁵⁸, l'Autorité a relevé que le contour des prestations relevant du monopole légal des géomètres-experts demeurait flou. L'Autorité recommande au Législateur de redéfinir précisément le monopole légal ainsi que d'examiner les justifications techniques, juridiques et économiques qui ont fondé l'octroi de prestations exclusives aux géomètres-experts.

De même, dans un avis du 31 juillet 2014⁵⁹, l'Autorité a été interrogée par l'Union professionnelle des opérateurs spécialisés du commerce international sur les conditions dans lesquelles des organismes publics peuvent assurer des prestations relevant de ce secteur. La mise en place de mesures de séparation comptables entre les différentes activités concernées, suggéré par l'Union professionnelle, a été préconisée par l'Autorité afin d'éviter un risque par rapport au droit de la concurrence.

Les organismes professionnels peuvent également être amenés à solliciter l'avis de l'Autorité de la concurrence dans le cadre d'une proposition de loi. Dans un avis du 24 novembre 2011⁶⁰, l'Autorité, à la demande du syndicat professionnel Entreprises générale de France – BTP (EGF-BTP), a analysé la proposition de loi sur le développement des sociétés publiques locales afin de vérifier sa conformité aux règles de concurrence et de commande publique. Dans cet avis, l'Autorité a relevé un certain nombre de points de vigilance pour les collectivités publiques.

d) Le pouvoir de saisine des associations professionnelles

44. La défense des intérêts est l'essence même de la mission d'une association professionnelle. Pour mener à bien cette mission, elle a la possibilité de saisir elle-même l'Autorité. Elle va pouvoir se substituer à ses membres et agir directement. Les saisines des associations professionnelles concernant à la fois des demandes d'avis et des plaintes contentieuses.

a) *Saisines pour avis*

45. Au terme de l'article L. 462-1 du Code de commerce, l'Autorité peut donner son avis sur toute question de concurrence à la demande des organisations professionnelles et syndicales⁶¹. L'objectif de cette saisine est de permettre aux associations professionnelles d'attirer l'attention de l'Autorité sur des mesures ou pratiques qui pourraient affecter le bon

⁵⁷ Décision n°06-D-21 du 21 juillet 2006 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des eaux-de-vie de cognac par le Bureau national interprofessionnel du cognac

⁵⁸ Avis n°18-A-02 du 28 février 2018 relatif à la profession de géomètres-expert

⁵⁹ Avis n°14-A-11 du 31 juillet 2014 relatif à la situation de la concurrence dans le secteur de l'accompagnement à l'international

⁶⁰ Avis n°11-A-18 du 24 novembre 2011 relatif à la création des sociétés publiques locales (SPL)

⁶¹ Dans un avis du 14 février 2014⁶¹, l'Autorité a été sollicitée par une fédération de syndicats agricoles sur la situation dans le secteur des fruits et légumes frais en France et notamment sur les conditions d'application du droit de la concurrence.

fonctionnement de leurs secteurs d'activité. L'Autorité précise⁶² que dans le cadre de cette disposition, elle ne peut se prononcer que sur des questions de concurrence d'ordre général⁶³ et qu'il ne lui appartient pas de statuer sur le point de savoir si telle ou telle pratique est contraire au droit de la concurrence⁶⁴.

Si le législateur a confié ce droit d'action aux associations professionnelles c'est qu'il leur a reconnu un rôle important en matière d'alerte des autorités de poursuite et, surtout, d'éducation de leurs membres au droit de la concurrence. Cela permet de relativiser la présentation, quelque peu à charge, que fait l'Autorité dans son communiqué de presse annonçant sa consultation et par lequel elle stigmatise les associations professionnelles. Cette possibilité pour les associations professionnelles de saisir l'Autorité pour avis reste toutefois peu fréquente. Depuis 2017, l'Autorité n'a été saisie qu'une seule fois par une association professionnelle.

b) Saisines contentieuses et immixtions dans la gestion

46. Les organisations professionnelles tiennent de l'article L. 462-5, II du Code de commerce, la possibilité de saisir l'Autorité ou les juridictions pour toutes les pratiques contraires au droit de la concurrence ou pour toute affaire qui concerne les intérêts dont elles ont la charge. Seule la saisine contentieuse est de nature à permettre l'appréciation de la licéité d'une pratique au regard du droit de la concurrence.

Cette partie de l'activité des organisations professionnelles demeurent également assez limitée. Depuis 2017, l'Autorité a été saisie huit fois par des associations professionnelles. Dans le cadre de ces saisines, les associations professionnelles vont dénoncer des pratiques anticoncurrentielles qui affectent l'activité économique de leur secteur d'activité. Elles ne doivent cependant pas agir à notre sens spécifiquement contre un opérateur du marché.

Il serait utile que l'ADLC précise les limites à l'action d'une association professionnelle en matière de lutte contre le dénigrement dont serait, *collectivement*, victime ses adhérents. Il est sur ce point nécessaire que l'Autorité prenne position, dans son étude thématique à venir, sur le point de savoir si une association professionnelle ne contrevient pas aux règles de concurrence lorsqu'en réponse à des attaques dirigées contre l'ensemble de ses membres, elle demande la suppression ou modifications des propos potentiellement dénigrants. Dans le même esprit l'ADLC pourrait préciser si une telle action est envisageable quand le dénigrement ne porte pas sur un dénigrement collectif de l'ensemble de ses membres mais uniquement de l'un d'entre eux.

⁶² Avis précité (note 3)

⁶³ Dans un avis du 28 octobre 2011⁶³, l'Autorité a été interrogée par le Groupement National des PME du Déchet et de l'Environnement sur la situation de la concurrence sur les marchés de l'environnement et plus précisément sur les problèmes que pourrait soulever la fusion GDF-Suez et la société Suez Environnement.

⁶⁴ Avis n°12-A-12 du 15 mai 2012, relatif à la saisine de l'UIP concernant la conformité des statistiques publiées par le CPDP relatives aux volumes des ventes des produits pétroliers réalisées par les entrepositaires agréés

SECTION IV L'AUGMENTATION DU NIVEAU DES SANCTIONS

47. La mise en œuvre de la Directive ECN+ s'inscrit dans un historique européen qu'il est utile de rappeler.

4.1 LE REGLEMENT (CE) n° 1/2003 du 16 décembre 2002

48. L'article 23, para. 2 du règlement (CE) n° 1/2003 du 16 décembre 2002 prévoit que la Commission européenne peut, par voie de décision, infliger des amendes aux entreprises et associations d'entreprises lorsque, de propos délibéré ou par négligence, elles commettent une infraction aux dispositions de l'article 101 ou 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Lorsque l'infraction est commise par une association concerne les activités de ses membres, l'amende ne peut dépasser 10 % de la somme du chiffre d'affaires total réalisé par chacun de ses membres actifs sur le marché affecté par ladite infraction de l'association.

L'article 23, para. 4, al. 1 de ce même règlement dispose que lorsqu'une amende est infligée à une association d'entreprises en tenant compte du chiffre d'affaires de ses membres et que l'association n'est pas solvable, elle est tenue de lancer à ses membres un appel à contributions pour couvrir le montant de l'amende due.

Selon l'alinéa 2 de cet article, si ces contributions n'ont pas été versées à l'association dans un délai fixé par la Commission européenne, celle-ci peut exiger le paiement de l'amende directement par toute entreprise dont les représentants étaient membres des organes décisionnels concernés de l'association.

En vertu de l'alinéa 3 du même article, lorsqu'après avoir exigé le paiement au titre du deuxième alinéa, cette décision est nécessaire pour garantir le paiement intégral de l'amende, la Commission européenne peut imposer que le paiement du solde soit effectué par tout membre de l'association qui était actif sur le marché sur lequel l'infraction concernée a été commise. L'alinéa 4 de cet article précise cependant que la Commission n'exige pas le paiement visé aux deuxièmes et troisièmes alinéas auprès des entreprises qui démontrent qu'elles n'ont pas appliqué la décision incriminée de l'association et qu'elles en ignoraient l'existence ou s'en sont activement désolidarisées avant que la Commission n'entame son enquête.

4.2 JURISPRUDENCE ET PRATIQUE DECISIONNELLE EUROPEENNE

49. Le Tribunal de l'Union européenne dans sa décision *ONP c. Commission* du 10 décembre 2014 (aff. T-90/11) a fait application de l'article 23 du règlement (CE) n° 1/2003 pour calculer l'amende. « *en tenant compte du chiffre d'affaires de ses membres et a précisé que si l'association n'est pas solvable, elle est tenue de lancer à ses membres un appel à contributions pour couvrir le montant de l'amende* »⁶⁵.

⁶⁵ Au § 388, le Tribunal affirme que l'ONP ne conteste pas les données financières qui montrent que 95 % de la valeur des honoraires sont facturés par les laboratoires d'analyse de biologie médicale privé en 2008 ce qui représentait 4,2 milliards d'euros. Le Tribunal prend donc en compte le chiffre d'affaires des membres pour évaluer l'impact financier de l'amende.

Le tribunal, au paragraphe 391 de son arrêt, précise qu'il n'apparaît pas que l'amende recalculée puisse raisonnablement remettre en cause la viabilité des membres de la section G actifs sur le marché affecté dans l'hypothèse où il serait fait appel à leur contribution dans le futur. Or, le montant de l'amende imposée, telle que réduite par le Tribunal, ne correspond qu'à un peu plus de 1 % de ce chiffre.

L'on déduit que même avant la Directive ECN+, la Commission européenne et le Tribunal de l'Union européenne s'étaient déjà prononcés sur la contribution des membres dans le paiement de l'amende sur le fondement de l'article 23, para. 4 du règlement (CE) n° 1/2003 en écartant les moyens de violation du principe de proportionnalité de l'amende.

4.3 LA DIRECTIVE ECN+

50. L'article 15 de la Directive ECN+ prévoit que pour une infraction commise par une association d'entreprise, le montant maximal de l'amende n'est pas supérieur à 10 % de la somme du chiffre d'affaires mondial total réalisé par chaque membre actif sur le marché affecté par l'infraction de l'association.

Les Autorités peuvent exiger :

- directement le paiement de l'amende par toute entreprise dont les représentants étaient membres des organes décisionnels de cette association ; et
- le paiement du montant impayé de l'amende par tout membre de l'association qui était actif sur le marché sur lequel l'infraction a été commise.

La dernière phrase de l'article 14 de cette directive prévoit que le paiement n'est pas exigé des entreprises qui démontrent qu'elles n'ont pas appliqué la décision incriminée de l'association et qui en ignoraient l'existence ou qui s'en sont activement désolidarisés avant l'ouverture de l'enquête.

Dans les travaux préparatoires il est fait une distinction au point 48 entre deux situations :

- si l'infraction est commise par une association en relation avec l'activité de ses membres, l'on tient compte alors de la somme des ventes de biens et services en relation directe ou indirecte avec l'infraction qui sont réalisées par les entreprises membres ; et
- si l'amende est infligée tant à l'association qu'à l'entreprise membre, le chiffre d'affaires des membres auxquels une amende est infligée ne devrait pas être pris en compte lors du calcul de l'amende infligée à l'association.

4.4 AU NIVEAU NATIONAL

51. Au niveau national, le plafond est prévu à l'article L. 464-2, I, al. 4 du Code de commerce comme suit :

« Si le contrevenant n'est pas une entreprise, le montant maximum de la sanction est de 3 millions d'euros. Le montant maximum de la sanction est, pour une entreprise, de 10 % du montant du

chiffre d'affaires mondial hors taxes le plus élevé réalisé au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre » (soulignement ajouté).

Donc, le droit national sanctionne de manière séparée l'organisme et l'entreprise. Il n'existe pas de contribution au paiement en cas d'insolvabilité de l'association ni prise en compte du chiffre d'affaire des membres (cf. décision n° 15-D-19 du 15 décembre 2015 et décision n° 17-D-20 du 18 octobre 2017).

4.5 LES CONSEQUENCES DU PLAFOND DE SANCTION DE LA DIRECTIVE ECN+ ET DU REGLEMENT (CE) N° 1/2003

52. La modification du plafond des sanctions en droit interne doit conduire à une solution qui tienne compte des grands principes du droit européen et français. Il s'agit des principes de personnalité des peines, de proportionnalité des peines et le principe d'égalité.

§1 - PRINCIPE DE PERSONNALITE DES PEINES :

53. Il résulte de ce principe que « *nul n'est punissable que de son propre fait* » (CC Décision n° 99-411 DC du 16 juin 1999). L'article 7 de la CEDH s'oppose à ce qu'une sanction de nature pénale puisse être imposée à un individu sans que soit établie et déclarée au préalable sa responsabilité pénale personnelle (CEDH, 28 juin 2018, *G.I.E.M. S.R.L. et autres c. Italie*, § 251). Cela signifie qu'une personne ne peut être responsable que de son propre fait personnel et qu'en principe, elle ne peut pas être pénalement sanctionnée du fait d'autrui.

La disposition de l'article 14, para. 4 de la Directive ECN+ permettant d'exiger le paiement du montant impayé de l'amende par tout membre de l'association qui était actif sur le marché sur lequel l'infraction a été commise semble enfreindre le principe de personnalité des peines. En effet, le membre n'ayant commis aucune infraction et n'étant pas complice d'une infraction, il ne saurait selon ce principe pouvoir être sanctionné.

Il doit néanmoins être noté que le juge de l'Union européenne ne s'est encore pas prononcé sur le principe de personnalité des peines et applique simplement le règlement (CE) n° 1/2003 article 23§4 (cf. affaire T-90/11).

§2- LE PRINCIPE DE PROPORTIONNALITE DES PEINES :

54. En vertu de l'article 49, para. 3 de la Charte des Droits Fondamentaux de l'Union européenne, « [l]'intensité *des peines ne doit pas être disproportionnée par rapport à l'infraction* ». Cette notion de proportionnalité commande au législateur, dans l'échelle des peines, de doser la sévérité de la sanction en fonction de la gravité de l'infraction. Les travaux préparatoires de la Directive ECNN+ prévoient deux situations :

- Si l'infraction est commise par une association en relation avec l'activité de ses membres, l'on tient compte de la somme des ventes de biens et services qui sont réalisées par les entreprises membres, en relation directe ou indirecte avec l'infraction.

Il y aurait une incompatibilité avec le principe de proportionnalité puisque l'on tient compte du chiffre d'affaires effectué par chaque entreprise membre et active sur le

marché pour fixer le montant de l'amende puis l'on exige de celles-ci le paiement à hauteur de ce même montant, si l'association est insolvable. Or, le juge de l'Union européen n'applique le principe de proportionnalité que lorsqu'il s'agit d'évaluer la gravité de l'infraction et attribuer un plafond légal qui lui correspond. Concernant l'appel à contribution des autres membres, pour le Tribunal de l'Union européenne et la Commission européenne, il ne s'agit que d'une application pure et mécanique de l'article 23, para. 4 du règlement (CE) n° 1/2003 dont les dispositions sont reprises par l'article 14, para. 4 de la Directive ECN+ (*cf.* historique du plafond affaire T-90/11, paragraphe 386).

- Si l'association et certaines de ses entreprises membres sont sanctionnées, le chiffre d'affaires de ces membres ne devrait pas être pris en compte lors du calcul de l'amende infligée à l'association.

Dans ce cas de figure, il semble difficile d'affirmer qu'il y aurait violation du principe de proportionnalité, puisque l'on ne tient pas compte du chiffre d'affaire des membres. La question de l'appel à contribution des autres membres étant, comme précédemment évoqué, une application pure et mécanique de l'article 23, para. 4 du règlement (CE) n° 1/2003.

§3 - PRINCIPE D'EGALITE :

55. En vertu de l'article 20 de la Charte des Droits fondamentaux de l'Union européenne, « [t]outes les personnes sont égales en droit ». Le Tribunal de l'Union européenne statuant en matière d'amende a affirmé que ce principe est enfreint lorsque des situations comparables sont traitées de manière différente ou que des situations différentes sont traitées de manière identique, à moins qu'un tel traitement ne soit objectivement justifié (Trib. UE, 6 décembre 2005, aff. T-48/02, points 108-109). Cependant, cette jurisprudence ne concerne pas l'application de l'article 23§4 du règlement 1/2003 qui est la copie collée de l'article 14§4 de la directive 1/2019.

L'article 14, para. 4 de la Directive ECN+ permet d'exiger le paiement du montant impayé de l'amende par tout membre de l'association qui était actif sur le marché sur lequel l'infraction a été commise. Le simple fait d'être présent sur le marché affecté par l'infraction suffit à ce que l'Autorité puisse exiger d'une entreprise le paiement de l'amende alors même que celle-ci n'a pas conscience que le marché est affecté par une infraction. L'on peut penser, par une lecture *a contrario*, qu'il existe une discrimination entre les membres actifs sur le marché qui n'ont pas commis d'infraction et ceux qui l'ont commis mais qui sont insolubles.

Or, il n'y a pas à ce jour de jurisprudence relative à la compatibilité de l'article 23, para. 4 du règlement (CE) n° 1/2003 dont les dispositions sont reprises par l'article 14, para. 4 de la Directive ECN+, avec le principe d'égalité. La jurisprudence de l'Union européenne se contente d'appliquer mécaniquement l'article 23, para. 4 du règlement (CE) n° 1/2003 sans procéder à un contrôle de l'égalité comme nous l'avons vu dans l'affaire T-90/11.

4.3 - RECOMMANDATIONS

56. A ce jour, il n'existe aucune jurisprudence qui appliquerait les principes de proportionnalité, de personnalité et d'égalité à la mise en œuvre de l'article 23, para. 4 du

règlement (CE) n° 1/2003. Il convient donc de proposer d'apporter des précisions sur l'article 14, para. 4 de la Directive ECN+ de manière à prévenir toute violation de ces principes lors de son application. A ce titre l'on pourrait :

- définir la notion de membre actif sur le marché ;
- préciser que les membres qui ne sont pas actifs sur le marché ne sont pas visés par la mesure ;
- prévoir une différence de traitement entre les membres qui ont commis une infraction et les autres membres ;
- transposer avec texte de la Directive ECN+ ce qui a été posé dans ses travaux préparatoires (para. 48) à savoir que « [s]i l'amende est infligée tant à l'association qu'à l'entreprise membre, le chiffre d'affaires des membres auxquels une amende est infligée ne devrait pas être pris en compte lors du calcul de l'amende infligée à l'association » ;
- prendre en compte du principe de proportionnalité lors de la demande de contribution aux membres actifs sur le marché et qui n'ont pas commis d'infraction au droit de la concurrence.

57. Cette absence d'application par la jurisprudence ne vaut pas validation au regard de ce principe de ces dispositions. En conséquence, le Législateur, le Gouvernement et l'Autorité devraient se pencher sur ces questions.

58. Les autorités françaises étant tenues de transposer la Directive ECN+ quand bien même sa conformité aux traités soulève des doutes, il conviendrait d'obtenir les garanties suivantes lors de cette transposition :

- lorsque l'Autorité entend faire jouer la clause de garantie, l'association et les entreprises concernées doivent (i) en être informées au préalable et (ii) se voir donner la possibilité de présenter leur défense par écrit et oralement, ce qui implique une notification préalable des griefs ainsi qu'un accès préalable au dossier. Cette exigence n'est que la mise en œuvre du principe général du droit français et de l'Union européenne imposant à l'Administration le respect des droits de la défense des administrés ; et
- comme il est impossible de rapporter la preuve d'un fait négatif, l'Autorité devrait poser sous forme de lignes directrices ayant valeur de directive « Crédit Foncier de France » une présomption selon laquelle les entreprises qu'elle n'a pas sanctionnées sont réputées ne pas avoir appliqué la décision incriminée de l'association et en ignorer l'existence ou s'en être activement désolidarisés avant l'ouverture de l'enquête au sens de l'article 14, para. 4 de la Directive ECN+.