

RLC 3941

Application du droit de la concurrence aux associations professionnelles : état des lieux et perspectives à l'heure de la transposition de la directive ECN+



Par Romain
MAULIN
Maulin Avocats
romain.maulin@
maulin-avocats.
com

L'activité des associations professionnelles fait, actuellement, l'objet d'une vigilance particulièrement exacerbée de la part des autorités de concurrence. Cette vigilance a certainement vocation à perdurer dans les années qui viennent dans la mesure où la directive dite ECN+, qui devra avoir été transposée en droit interne avant le 4 février 2021⁽¹⁾, prévoit un rehaussement significatif des sanctions financières applicables aux associations professionnelles en cas d'infraction au droit de la concurrence⁽²⁾. Ce contexte particulier a récemment amené l'Autorité de la concurrence à engager un processus de clarification de sa grille d'analyse vis-à-vis des pratiques des associations professionnelles qui devrait, dans les toutes prochaines semaines, aboutir à la publication d'une étude thématique consacrée à cette question.

Introduction

Sous le vocable « *association professionnelle* », il est généralement fait référence à

trois types d'organisations : les associations professionnelles, les ordres professionnels et les organismes d'autorégulation⁽³⁾. Ces organismes se voient confier d'importantes missions, dont l'un des objectifs premiers est le développement d'un secteur économique ou d'un marché considéré.

En 2017, en France, on recensait à tout le moins 765 associations professionnelles qui, au total, rassemblaient près de 2,4 millions d'entreprises⁽⁴⁾. Le succès des associations

(1) Dir. (UE) 2019/1, 11 déc. 2018, dite « ECN+ », art. 15.

(2) R. Maulin, Associations professionnelles et droit de la concurrence : quels risques ?, Décideurs, Guide marketing, e-commerce & distribution 2020, p. 178, disponible à l'adresse suivante : https://www.maulin-avocats.com/wp-content/uploads/2020/06/05-paroles-dexperts_maulin-avocats-3.pdf ; V. Carvalho, J. Mothes, Associations professionnelles : en période de crise, l'Autorité rappelle les moyens d'intervention conformes au droit de la concurrence, Éd. Législatives, gestion d'entreprise, 11 mai 2020 ; AFEC, Transposition de la directive ECN+ aux associations professionnelles, 11 oct. 2019, disponible à l'adresse suivante : http://www.afec.asso.fr/IMG/pdf/note_v4_11102019_2_2_2_2_2_-_commentaires_jb.pdf.

(3) AFEC, Transposition de la directive ECN+ aux associations professionnelles, préc., p. 3 et s.

(4) CEDAP, le réseau des dirigeants d'associations professionnelles, Études – L'observatoire des associations professionnelles, disponible à l'adresse suivante : <https://cedap.asso.fr/fr/module/99999618/11/l-observatoire-des-associations-professionnelles>.

professionnelles, rapidement devenues acteurs majeurs de l'économie française, s'explique par la variété des missions qu'elles remplissent pour le compte de leurs adhérents. Ainsi, il est généralement considéré que l'adhésion à une association professionnelle offre à l'adhérent un gain de performance considérable en ce qu'elle lui garantit, d'une part, une meilleure connaissance de son propre marché et donc des opportunités qu'il recèle et, d'autre part, lui permet de bénéficier des différentes actions menées dans son intérêt par l'association professionnelle (formations sectorielles, *lobbying*, etc.).

Relevons d'emblée qu'une association professionnelle, au même titre que les entreprises qui en sont adhérentes, est pleinement soumise aux règles du droit de la concurrence⁽⁵⁾. Concrètement, cela signifie que les adhérents doivent continuer à déterminer librement et indépendamment leurs prix et leur politique commerciale⁽⁶⁾.

L'utilité des associations professionnelles a été expressément reconnue par les autorités de concurrence, en particulier l'autorité anglaise, qui, dès 2004, a rappelé que « les missions remplies par les associations professionnelles sont clairement utiles à leurs membres – en particulier, peut-être, aux petites entreprises – et peuvent également être bénéfiques pour accroître le fonctionnement optimal du marché dans son ensemble »⁽⁷⁾. Les autorités de concurrence considèrent également que les associations professionnelles contribuent à sensibiliser leurs adhérents au respect du droit de la concurrence notamment en organisant des formations sur ce sujet⁽⁸⁾. C'est du reste très clairement rappelé par l'Autorité de la concurrence (ci-après, « l'Autorité ») pour laquelle les associations profession-

nelles ont un « rôle de vigilance dans le respect des règles de concurrence »⁽⁹⁾ à jouer.

Relevons également qu'au terme de l'article L. 462-1 du code de commerce, l'Autorité peut donner son avis sur toute question de concurrence d'ordre général à la demande des organisations professionnelles⁽¹⁰⁾. Ainsi que l'a récemment relevé l'Association Française d'Étude de la Concurrence (AFEC) en réponse à la consultation publique engagée par l'Autorité concernant les associations professionnelles, « [s]i 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 »⁽¹¹⁾ (surlignement ajouté). Également, l'article L. 490-10 du code de commerce précise qu'en matière de contentieux concurrence indemnitaires les « organismes professionnels » peuvent introduire l'action « pour les faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif de la profession ou de secteur qu'[ils] représentent ».

La participation à une association professionnelle n'est toutefois pas sans risque pour l'entreprise adhérente. En effet, un tel regroupement de concurrents directs peut, dans certains cas, constituer un lieu privilégié pour la conception et/ou la mise en œuvre de pratiques anticoncurrentielles, prohibées par les articles L. 420-1 du code de commerce et 101 TFUE.

Ainsi, les risques généralement associés à l'adhésion, par une entreprise, à une association professionnelle sont, en cas de violation du droit de la concurrence, de trois ordres. Premièrement, une telle adhésion implique un **risque financier**, dans la mesure où l'association professionnelle et/ou ses membres peuvent se voir respectivement imposer des amendes particulièrement significatives en cas

(5) Aut. conc., Étude thématique 2009, Les échanges d'informations, p.135 : « **Le fait que les informations soient transmises directement entre des concurrents, de façon bilatérale ou collective ou encore par l'intermédiaire d'une structure tierce telle qu'une association professionnelle n'a pas d'influence sur la qualification de la pratique** » (surlignement ajouté).

(6) Aut. conc., Rapport annuel 2003, p. 241.

(7) OFT, Trade associations, professions and self-regulating bodies, 1^{er} déc. 2004, p. 17 : « *The functions of trade associations are clearly useful to members – especially, perhaps, to smaller firms – and they may also be beneficial in increasing the efficiency of the market system as a whole* ».

(8) OCDE, Policy roundtables on Trade Associations, 2007, Contribution de l'OFT, p. 209 : « *Trade associations are also ideally placed to facilitate increased compliance across their markets. The OFT seeks to achieve compliance with competition law in two ways: through deterrence (by making enforcement decisions) and by educating businesses and consumers. Trade associations can perform a crucial role in communicating both of these messages to their members* », et Contribution du Conseil de la concurrence, § 34 : « *[p]ar leurs actions de formation et d'information, les organisations professionnelles contribuent à diffuser une « culture de la concurrence ». Des membres du Conseil de la concurrence sont parfois invités aux conférences organisées par ces organisations et participent ainsi à leurs actions de formations en droit de la concurrence* ». Ce document est disponible à l'adresse suivante : <http://www.oecd.org/regreform/sectors/41646059.pdf>.

(9) Aut. conc., communiqué de presse, 15 déc. 2015, accompagnant la publication de la décision n° 15-D-19 du 15 décembre 2015.

(10) Dans sa contribution à la table ronde de l'OCDE consacrée aux Aspects pro et anticoncurrentiels des associations professionnelles, le Conseil de la concurrence indiquait, dans une section consacrée aux « aspects pro-concurrentiels de l'activité des organisations professionnelles » que « ces saisines sont relativement peu nombreuses et concernent des secteurs d'activité très variés (Telecom, Agriculture, Santé, Assurance, Transport...). Elles ont généralement pour objet d'attirer l'attention du Conseil de la concurrence sur des mesures de nature législative ou réglementaire affectant leur profession » (§ 31). V. égal. AN, Rapport d'enquête sur la situation et les pratiques de la grande distribution et de ses groupements dans leurs relations commerciales avec les fournisseurs, rapport n° 2268, 25 sept. 2019, p. 64 : « **Il est aussi important à ce stade de mentionner les organisations professionnelles, tels l'ANIA, l'ILEC ou la FEEF qui peuvent inciter leurs adhérents à porter plainte et apporter leur soutien aux organismes de régulation lors des enquêtes** » (surlignement ajouté). Ce rapport est disponible à l'adresse suivante : http://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/rapports/cegrdist/l15b2268-t1_rapport-enquete.

(11) AFEC, Transposition de la directive ECN+ aux associations professionnelles, préc., p. 24.

de violation du droit de la concurrence. Deuxièmement, il existe un **risque réputationnel** puisque toute éventuelle décision de sanction sera nécessairement publiée sur le site Internet de l'Autorité, laquelle sera immanquablement et largement relayée par la presse économique⁽¹²⁾.

Enfin, un **risque pénal** puisque, selon les termes mêmes de l'article L. 420-6 du code de commerce, toute personne physique ayant pris part personnellement et de façon déterminante à une pratique anticoncurrentielle (conception, organisation ou mise en œuvre) peut être pénalement sanctionnée, d'une part, d'une peine d'emprisonnement pouvant s'élever jusqu'à quatre ans, et d'autre part, de 75 000 euros d'amende.

C'est dans ce contexte de méfiance grandissante à l'endroit des associations professionnelles que l'Autorité a annoncé que l'une de ses principales priorités d'action pour l'année 2020⁽¹³⁾ consisterait en la rédaction et publication d'une étude thématique consacrée « à l'application du droit de la concurrence aux syndicats et organismes professionnels et aux infractions qui peuvent être retenues le cas échéant »⁽¹⁴⁾. Cette étude thématique, dont la rédaction a été précédée d'une phase de consultation publique qui s'est clôturée le 15 octobre 2019 pour une publication initialement prévue « au cours du deuxième trimestre 2020 »⁽¹⁵⁾, devrait donc permettre à l'Autorité de clarifier sa doctrine en la matière en établissant, au profit des associations professionnelles et de leurs adhérents, une taxinomie des pratiques (i) pleinement admises, (ii) potentiellement risquées ou (iii) strictement prohibées.

Cette publication, qui devrait probablement intervenir d'ici fin 2020, est d'autant plus attendue que la transposition imminente de la directive européenne ECN+ renforce nécessairement le besoin de sécurité juridique puisque les amendes encourues en cas de pratique anticoncurrentielle avérée seront désormais considérablement augmentées. En effet, si elles étaient jusqu'ici plafonnées à 3 millions d'euros⁽¹⁶⁾ (et, en pratique ont, à l'exception notable de la

très récente condamnation du Conseil national de l'ordre des chirurgiens-dentistes à 3 millions d'euros⁽¹⁷⁾, généralement oscillé entre 1 000 et 150 000 euros⁽¹⁸⁾), ces amendes pourront, à l'avenir⁽¹⁹⁾, atteindre 10 % du chiffre d'affaires de chaque membre de l'association professionnelle⁽²⁰⁾.

dérant qu'au stade de la détermination du montant de la sanction pécuniaire infligée et pour son individualisation, le législateur a, en se référant à la notion d'entreprise, entendu distinguer les personnes condamnées en fonction de la nature de leurs facultés contributives respectives ; qu'il a ainsi fixé un montant maximum de la sanction pécuniaire proportionné au montant du chiffre d'affaires pour celles qui sont constituées selon l'un des statuts ou formes juridiques propres à la poursuite d'un but lucratif et fixé en valeur absolue le montant de ladite sanction pour les autres contrevenants ; que la différence de traitement résultant des dispositions contestées est en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit ; que le grief tiré de la méconnaissance du principe d'égalité doit être écarté » (consid. 7, surlignement ajouté) et « [c]onsidérant qu'en différenciant, pour fixer le montant maximum de la sanction, les contrevenants qui sont constitués sous l'un des statuts ou formes juridiques propres à la poursuite d'un but lucratif et les autres, le législateur s'est référé à des catégories juridiques précises permettant de déterminer la peine encourue avec une certitude suffisante ; que le grief tiré de la méconnaissance du principe de légalité des peines doit être écarté » (consid. 8, surlignement ajouté).

(12) H. Bouthinon-Dumas, V. de Beaufort, F. Jenny, *Stratégies d'instrumentalisation juridique et concurrence*, Larcier, p. 196, note de bas de page 18 : « L'Autorité peut, face au faible nombre de lecteurs de ses décisions et à la faible publicité faite pour ce type d'affaires par les médias, contraindre les organisations professionnelles ainsi que les entreprises sanctionnées à publier dans les médias les plus idoines, à la fois le dispositif de la décision ainsi que les noms des personnes morales condamnées ».

(13) Aut. conc., Feuille de route 2020.

(14) Aut. conc., communiqué de presse, 28 mai 2019, L'Autorité de la concurrence lance une étude thématique sur les syndicats et organismes professionnels, disponible à l'adresse suivante : <https://www.autoritedelaconcurrence.fr/fr/node/5708>.

(15) Aut. conc., communiqué de presse, 28 mai 2019, préc.

(16) Rappelons que le principe d'une dualité de plafond de sanction selon que le contrevenant est une entreprise, d'une part, ou n'est pas une entreprise, d'autre part a été validé par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2015-510 QPC du 7 janvier 2016. Dans sa décision, le Conseil constitutionnel a jugé que « [c]onsi-

(17) Aut. conc., déc. n° 20-D-17, 17 nov. 2020. Afin de parvenir à ce montant de sanction à ce jour inégalé, l'Autorité a notamment relevé que : (i) « le montant des cotisations perçues par le CNOCD s'élevait à 9.701.833 pour 2017 » (§ 857), (ii) « le CNOCD a donc joué un rôle prépondérant dans la mise en œuvre de l'infraction unique, complexe et continue litigieuse qu'il convient de prendre en compte, en tant que circonstance aggravante » (§ 860) ; (iii) « le CNOCD a été sanctionné à deux reprises par le Conseil, respectivement huit ans et quatre ans avant le début de l'infraction unique, complexe et continue litigieuse, pour des pratique d'éviction similaires » et (iv) « le CNOCD se trouvait en situation de double réitération au 7 février 2013, date du commencement de l'infraction litigieuse » (§§ 877 et 880).

(18) OCDE, Aspects pro et anticoncurrentiels des associations professionnelles – France, § 27, tableau n° 2 Les sanctions infligées aux organisations professionnelles reconnues responsables de pratiques anticoncurrentielles. Ce document est disponible à l'adresse suivante : file:///C:/Users/UTILIS-1/AppData/Local/Temp/ocde_-_association_professionnelle.pdf.

(19) Préalablement à la transposition de la directive ECN+, l'article L. 464-2 du code de commerce dispose que « [s]i 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 » (surlignement ajouté).

(20) Notons à ce sujet que, dans le cadre de son avis n° 548 présenté le 24 juin 2020 sur le projet de loi portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne en matière économique et financière, le Sénat souligne que le plafond de 3 millions d'euros actuel applicable en vertu de l'article L. 464-2 du code de commerce si le contrevenant n'est pas une entreprise constitue une exception française dont le calcul « ne pren[d] pas en compte ni le chiffre de l'organisme, ni celui de ses membres », d'autant plus que « ces derniers ne [peuvent] pas être appelés à contribuer au paiement de la sanction » (p. 163). Cet avis est disponible à l'adresse suivante : <https://www.senat.fr/rap/a19-548/a19-5481.pdf>.

Ce durcissement considérable devrait répondre aux critiques de certains observateurs selon lesquels, « [l]e plafond retenu par l'article L. 464-2 du code de commerce, qui limite le montant maximum de la sanction à une somme d'argent, et non à un pourcentage du chiffre d'affaires, est insuffisant pour capter le bénéfice tiré d'une pratique anticoncurrentielle coordonnée par une organisation professionnelle »⁽²¹⁾ ou encore que « la majoration de l'amende au titre de la réitération ne s'applique qu'aux entreprises, ce qui peut inciter un syndicat à récidiver »⁽²²⁾. De la même façon certains auteurs estimaient que « [l]e montant des sanctions prononcées peut en effet, dans bon nombre de cas, sembler bien faible et donc peu dissuasif au regard de l'influence que peuvent avoir les organisations professionnelles sur leurs membres et surtout sur le fonctionnement concurrentiel du marché »⁽²³⁾.

Avant de dresser un panorama des incertitudes juridiques qui demeurent à date s'agissant de l'application du droit de la concurrence à certaines activités des associations professionnelles, il nous semble nécessaire de rappeler les raisons et implications de la méfiance historique dont les autorités de concurrence font, depuis de nombreuses années, preuve à leur endroit.

I. – Raisons et implications de la méfiance des autorités de concurrence envers les associations professionnelles

Les associations professionnelles ont, de tout temps, suscité de sérieuses suspicions quant à leur objet et leur finalité⁽²⁴⁾ et sont, peut-être plus encore aujourd'hui, considérées par les autorités de concurrence et par une partie de la doctrine⁽²⁵⁾, comme des forums particulièrement propices aux pratiques anticoncurrentielles. En l'occurrence, on leur

reproche, selon les cas, de favoriser des échanges d'informations commercialement sensibles, de permettre le boycott de certains acteurs du marché concerné en particulier des nouveaux entrants voire, dans les cas les plus sévères, de permettre d'optimiser et/ou de sécuriser le fonctionnement de cartels entre tout ou partie de leurs adhérents.

S'agissant plus particulièrement des ordres professionnels, ils ont pu être stigmatisés par certains auteurs comme des entités permettant « la définition de règles déontologiques et d'usages professionnels entravant la liberté économique des entreprises intervenant sur le marché en cause »⁽²⁶⁾. Plus notable encore, dans son rapport annuel 1992, le Conseil de la concurrence (devenu depuis l'Autorité) estimait que « si, dans les années qui ont suivi l'adoption de l'ordonnance de 1986, il a pu être soutenu que ces organisations étaient soumises à une certaine pesanteur provenant du rôle qu'elles avaient assuré durant la longue période de contrôle des prix, la persistance de leurs comportements, voire même la recrudescence de ces comportements, de nombreuses années après l'adoption de l'ordonnance, suggèrent qu'au-delà des problèmes de transition auxquels elles ont eu à faire face, certaines d'entre elles s'enferment délibérément dans un rôle étroitement corporatiste, refusant systématiquement la discipline de la liberté du marché et de la concurrence »⁽²⁷⁾ (surlignement ajouté). Ne machant décidément pas ses mots, le Conseil de la concurrence alertait alors au sujet du « caractère extrêmement préoccupant des agissements d'un très grand nombre de ces organisations qui utilisent leur autorité et leur capacité de rassemblement des membres d'une même profession pour violer les règles élémentaires de la concurrence »⁽²⁸⁾ (surlignement ajouté).

En 2007, l'OCDE exprimait également une inquiétude marquée vis-à-vis des associations professionnelles en affirmant qu'elles devaient « être soumises aux règles de concurrence, ne serait-ce que pour éviter que leurs membres échappent à l'application des règles antitrust en agissant par l'intermédiaire de l'association »⁽²⁹⁾. L'Autorité, dans le cadre d'une consultation organisée par l'OCDE concernant les aspects pro et anticoncurrentiels des associations professionnelles, indiquait que « [l]es décisions de [l'Autorité] sanctionnant des organisations professionnelles sont nom-

pourraient contourner le droit de la concurrence en utilisant des organisations professionnelles ».

(21) G. de Moncuit de Boisguillé, La faute lucrative en droit de la concurrence, *Concurrences* 2020, § 237, p. 134.
 (22) G. de Moncuit de Boisguillé, préc., § 237, p. 135.
 (23) M. Deschamps, P. Reis, L'utilisation stratégique des organisations professionnelles dans le cadre des infractions anticoncurrentielles, l'exemple de la France, *RLDA* 2012/71, n° 4045, p. 85.
 (24) A. Smith, Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations, pp. 169-170, 1776 : « [i]l est rare que les gens de même métier s'assemblent, fût-ce pour quelque partie de plaisir ou pour se distraire sans que la conversation ne finisse en conspiration contre le public, ou en quelque machination pour faire hausser les prix. En vérité, il est impossible d'empêcher de telles réunions par une loi qui soit exécutable, ou qui soit compatible avec la liberté et la justice. Mais si la loi ne peut empêcher des gens de même métier de s'assembler quelquefois, elle ne devrait rien faire pour faciliter ces assemblées, et a fortiori pour les rendre nécessaires » (surlignement ajouté).
 (25) M. Deschamps, P. Reis, préc., p. 71 : « Certaines entreprises développent aujourd'hui, plus qu'hier, compte tenu notamment du niveau actuel des amendes, des stratégies plus sophistiquées (...). Certaines entreprises ont développé l'idée "ingénieuse" qu'elles

(26) H. Courivaud, Les organisations professionnelles confrontées au droit de la concurrence, *Dalloz aff.*, 1998, n° 125, p. 1202.
 (27) Cons. conc., Rapport annuel 1992, Participants aux ententes : le rôle des organisations professionnelles, p. 38.
 (28) Cons. conc., Rapport annuel 1992, préc., p. 38.
 (29) OCDE Policy Roundtables, Trade Associations, préc., p. 30 : « Although there is a wide consensus on the fact that trade associations should be subject to competition rules, if only to avoid members escaping antitrust enforcement by acting through the intermediary of the association, the role of a trade association in the infringement may vary significantly, like its liability for the anti-competitive conduct ».

breuses. **La tentation est en effet grande de faire de ces lieux de réunion et de rencontre, le support d'activités anticoncurrentielles** »⁽³⁰⁾ (surlignement ajouté).

À ce titre, une récente étude économique s'est intéressée à l'importance stratégique des associations dans la mise en œuvre de cartels. Selon les auteurs, « **dans 41 % des cas, les cartels français sont favorisés par l'existence d'une association professionnelle, d'un syndicat ou d'un GIE. Quand le cartel compte plus de 10 acteurs, cette proportion s'élève même à 64 %, et tous les cartels constitués de 14 acteurs ou plus ont bénéficié de l'intervention d'une telle organisation** »⁽³¹⁾ (surlignement ajouté).

Certains auteurs⁽³²⁾ considèrent ainsi, sur la base d'une étude de la pratique décisionnelle la plus récente, que « **de nombreuses affaires récentes montrent que l'utilisation d'un syndicat professionnel permet d'équilibrer le cartel et de renforcer les gains illicites en contrôlant les tentatives de tricherie de ses membres** »⁽³³⁾ (surlignement ajouté).

C'est dans ce contexte que, dès son considérant 48, 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** » (surlignement ajouté). L'Autorité, dans son communiqué de presse annonçant la publication à venir d'une étude thématique sur la question⁽³⁴⁾, semble avoir pleinement capitalisé sur ce constat en indiquant que « **les syndicats et organismes professionnels peuvent être amenés à jouer un rôle pivot⁽³⁵⁾ ou facilitateur dans l'élaboration et**

l'organisation de pratiques anticoncurrentielles » (surlignement ajouté).

La méfiance caractérisée à l'égard des associations professionnelles se retrouve également dans d'autres États membres de l'Union européenne. Ainsi, l'autorité de concurrence anglaise a considéré qu'« **une association professionnelle peut (...) directement ou indirectement constituer le vecteur d'une activité anticoncurrentielle, voire collusoire, et toute décision, règle ou recommandation d'une association professionnelle ou tout accord entre ses membres qui a un effet sensible sur la concurrence est susceptible d'être interdit** »⁽³⁶⁾.

Cette méfiance est d'autant plus grande lorsque les associations professionnelles regroupent la quasi-totalité des concurrents opérant sur un même marché. Effectivement, leurs actions peuvent affecter le marché considéré de façon particulièrement significative et, partant, fausser le libre jeu de la concurrence, ce qui a pour effet d'accroître la vigilance des autorités de concurrence à leur égard. Ainsi, comme le rappelle l'autorité de concurrence anglaise, « **plus le nombre de membres de l'association engagés sur un même marché au Royaume-Uni est élevé, plus significatif est le risque que l'association adopte un comportement anticoncurrentiel** »⁽³⁷⁾.

C'est du reste également la position de l'autorité belge de concurrence qui, dans de récentes lignes directrices consacrées aux associations professionnelles, souligne que l'échange d'informations intervenant dans le cadre d'une association professionnelle peut significativement augmenter la transparence du marché en permettant aux

(30) OCDE, Aspects pro et anticoncurrentiels des associations professionnelles – France, préc., § 4, p. 2.

(31) C. Monnier-Schlumberger, A. Hutin, Les cartels en France : analyse économique de leurs caractéristiques et de leurs sanctions, Concurrences n°2-2016, p. 20.

(32) Pour un point de vue sensiblement plus nuancé, v. APDC, réponse de l'APDC à la consultation publique sur les syndicats et organismes professionnels, 15 oct. 2019, § 2, p. 1 : « **[l]'Autorité indique souhaiter, par cette démarche, sensibiliser les acteurs et favoriser la conformité de leurs comportements au droit de la concurrence puisqu'elle estime que les pratiques anticoncurrentielles des syndicats et organismes professionnels seraient « persistantes » et « encore trop fréquentes », inquiétude qui mériteraient peut être d'être quelque peu relativisée au regard de sa pratique décisionnelle la plus récente. Une analyse succincte de la pratique décisionnelle récente de l'Autorité n'étaye guère cette inquiétude. (...) une analyse sur les cinq dernières années démontre par ailleurs qu'environ 16 % des décisions impliquant des ententes anticoncurrentielles ont emporté condamnation d'une association professionnelle ou assimilée** ». Ce document est disponible à l'adresse suivante : file:///C:/Users/UTILIS~1/AppData/Local/Temp/2019.10.15_-_Reponse_APDC_a_la_consultat_ion_sur_les_syndicats_professionnels.pdf.

(33) G. de Moncuit de Boisguillé, préc., § 237, p. 135.

(34) Aut. conc., communiqué de presse, 28 mai 2019, préc.

(35) Relevons que cette notion de « rôle pivot » susceptible d'être jouée par une organisation professionnelle dans la commission d'une

pratique anticoncurrentielle a, pour la première fois, été utilisée par l'Autorité dans sa décision n° 18-D-15 du 26 juillet 2018 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution de médicaments vétérinaires : « **[c]oncernant l'individualisation des sanctions, s'agissant de la Fédération de la distribution du médicament vétérinaire [FDMV], il convient de souligner qu'elle a joué un rôle pivot dans l'élaboration et l'organisation de l'initiative mise en œuvre dans le cadre de la crise sanitaire liée à la propagation de la FCO. En effet, au cours de la première campagne de vaccination, elle a participé à l'élaboration et à la diffusion auprès des distributeurs en gros de la méthode de calcul qui leur a permis de surévaluer leurs coûts afin d'obtenir de l'administration un montant d'indemnisation supérieur. Durant les deux campagnes suivantes, la FDMV a usé de toute son influence afin de convaincre les distributeurs de ne pas concéder une baisse du montant d'indemnisation des coûts réclamés à l'administration par rapport à celui obtenu lors de la première campagne** » (surlignement ajouté).

(36) OFT, Trade associations, professions and self-regulating bodies, préc., p. 17 : « **A trade association may, however, provide directly or indirectly the vehicle for anti-competitive, or even collusive, activity, and any decision, rule or recommendation of a trade association or agreement between its members which has an appreciable effect on competition may fall within Article 81 and/or the Chapter I prohibition** ».

(37) OFT, Trade associations, professions and self-regulating bodies, préc., p. 18 : « **However, the wider the membership among those engaged in a market within the United Kingdom, the greater the risk that any anti-competitive behaviour carried on by the association will have an appreciable effect** ».

concurrents de (i) s'entendre facilement sur les modalités de la coordination de leurs comportements sur le marché, (ii) contrôler les comportements déviants de leurs concurrents et (iii) pouvoir vérifier où et quand d'autres entreprises tentent d'entrer sur le marché et ainsi de « cibler » le nouvel entrant⁽³⁸⁾.

Ainsi, si les décisions adoptées à l'occasion de réunions d'une association professionnelle sont susceptibles de caractériser une concertation anticoncurrentielle, l'Autorité se montre particulièrement vigilante au respect de cette interdiction, et plus particulièrement aujourd'hui au regard de l'extrême diversité caractérisant les activités des associations professionnelles. À ce titre, l'Autorité a pris soin de rappeler, dans une décision concernant le syndicat des orthoprothésistes en date du 21 février 2007, qu'« une entente peut résulter de tout acte émanant des organes d'un groupement professionnel, tel qu'un règlement professionnel, un règlement intérieur, un barème ou une circulaire »⁽³⁹⁾.

La méfiance dont fait preuve l'Autorité à l'endroit des associations professionnelles l'a historiquement⁽⁴⁰⁾ conduite à développer, de manière significative, sa pratique décisionnelle en la matière. Sur la base de cette pratique décisionnelle, il est permis de rappeler qu'**un certain nombre de comportements demeurent, en toutes circonstances, parfaitement interdits.**

Interdiction des échanges d'informations commercialement sensibles

Premièrement, les associations professionnelles pouvant être vectrices d'une entente entre entreprises adhérentes, toute entente ou discussion relative à la fixation des prix, la répartition de clients ou de marchés ou autres échanges d'informations commercialement sensibles sont interdits.

Toutefois, le rôle concrètement joué par une association professionnelle dans un schéma anticoncurrentiel, en particulier un système d'échanges d'informations commercialement sensibles, peut parfois être difficile à déterminer, dans la mesure où elle peut y avoir été plus ou moins active⁽⁴¹⁾ ou « agressive »⁽⁴²⁾.

(38) Autorité belge de la concurrence, Guide d'échange d'informations dans le cadre d'associations d'entreprises, pt. 9.

(39) Aut. conc., déc. n° 07-D-05, 21 févr. 2007, § 53.

(40) Sur ce point, il convient de relever que, dans son rapport annuel 1992, le Conseil de la concurrence indiquait, en page 38 : « en 1992, le Conseil a relevé, à l'occasion de l'examen de quatorze des affaires ayant donné lieu à la constatation d'infractions aux dispositions de l'article 7 de l'ordonnance, que ces organisations professionnelles étaient à l'origine ou avaient participé à la mise en œuvre de pratiques anticoncurrentielles » et « à cet égard, il est significatif de noter que, de 1987 à 1992, ce sont près de 140 organisations professionnelles qui ont été sanctionnées pour la mise en œuvre de pratiques contraires aux dispositions du titre III de l'ordonnance ».

(41) Les auteurs Marc Deschamps et Frédéric Marty considèrent que les cas où une organisation professionnelle incite à l'infraction, plutôt que d'avoir un rôle plus actif de commettant, sont les

À ce titre, 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 11 entreprises du négoce de produits sidérurgiques, un cartel de fixation des prix et de répartition de clients. L'Autorité a estimé que le syndicat avait joué un « rôle actif » dans la concertation qui dépassait la simple fourniture d'un support logistique en particulier en collectant et diffusant des informations utiles au bon fonctionnement du cartel. L'Autorité a par ailleurs noté que la participation du syndicat à l'infraction s'était en particulier matérialisée par le comportement proactif 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⁽⁴³⁾. Un autre syndicat professionnel qui était à l'initiative des réunions d'un cartel de répartition de marchés a également été sanctionné, l'Autorité ayant considéré que celui-ci avait « **[pris] l'initiative d'organiser des rencontres répétitives entre transporteurs tout au long de la procédure de passation des délégations de service public de transport scolaire, afin d'assurer la concertation des transporteurs candidats à l'attribution de lots de délégations de service public de transport scolaire** »⁽⁴⁴⁾ (surlignement ajouté). Il en va de même pour une association professionnelle qui contrôlait que ses membres respectaient effectivement le prix fixé par les membres du cartel⁽⁴⁵⁾.

De la même façon, 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.

plus fréquents : « [cette situation] peut également sembler la plus difficile à appréhender car cette incitation pourrait se faire de manière très indirecte (...) Les preuves à constituer dans une telle configuration [sont] alors extrêmement difficiles à réunir, obligeant ainsi l'autorité de la concurrence à se satisfaire de présomptions ou de preuves intellectuelles, voire à prononcer un simple rappel à la loi », M. Deschamps, F. Marty, L'imputabilité des infractions et l'efficacité des sanctions dans le cadre d'ententes impliquant des organisations syndicales professionnelles, RLC 2008/17, n° 1261. À rebours de cette analyse, relevons que, dans sa contribution à une table ronde consacrée aux Aspects pro et anticoncurrentiels des associations professionnelles, l'Autorité a rappelé que « [d]ans certaines décisions, ayant relevé que l'organisation professionnelle n'avait joué qu'un rôle passif dans la mise en œuvre des pratiques anticoncurrentielles, seuls les membres de l'organisation ont été sanctionnés » (§ 29).

(42) OCDE, Aspects pro et anticoncurrentiels des associations professionnelles – France, préc., § 4, p. 2.

(43) Cons. conc., déc. n° 08-D-32, 16 déc. 2008, § 374.

(44) Cons. conc., déc. n° 02-D-59, 25 sept. 2002, p. 31.

(45) Cons. conc., déc. n° 03-D-36, 29 juill. 2003, § 80 : « il est établi que l'association contrôle la conformité des prix pratiqués aux prix définis en concertation, en vue d'obtenir l'harmonisation des prix des différents opérateurs, et que ceux qui ne respectent pas les règles s'exposent à des sanctions ».

En l'espèce, et selon l'Autorité⁽⁴⁶⁾, TLF ne s'était pas simplement 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⁽⁴⁷⁾ : (i) 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, (ii) organisation de discussions relatives à la surcharge gazole qui se déroulaient lors des réunions habituelles du Conseil des métiers (une sous-commission de TFLF), et (iii) dissimulation, en connaissance de cause, du contenu des échanges anticoncurrentiels dans les comptes-rendus du Conseil des métiers.

À l'inverse, on relèvera que, dans certains précédents⁽⁴⁸⁾, l'association professionnelle du secteur a pu être visitée par les enquêteurs de l'Autorité et incriminée dans la décision finale au motif que des réunions anticoncurrentielles se tenaient « *en marge* » de ses activités « *officielles* » sans toutefois écopier de la moindre amende.

Interdiction de s'immiscer dans la libre fixation des prix/tarifs de ses adhérents

Il est essentiel de rappeler qu'une association professionnelle ne doit pas agir en ayant pour but d'harmoniser les prix sur un marché considéré : l'Autorité a, par exemple, sanctionné la communication de barèmes de prix⁽⁴⁹⁾, considérant que la diffusion par un organe professionnel d'orthopédistes d'une méthodologie tarifaire précise susceptible de conduire à un alignement des coûts, mais aussi de la marge des orthopédistes, pouvait inciter ces derniers à ne pas déterminer individuellement leurs prix. De la même façon, l'Autorité a sanctionné l'ordre des architectes d'Aquitaine pour avoir élaboré des notes destinées aux architectes, et ayant en l'occurrence fait l'objet d'une large diffusion, leur déconseillant de se soumettre à des consultations sur leurs honoraires et pour être intervenu auprès des maîtres d'ouvrage afin qu'il ne soit pas tenu compte de la rémunération des candidats lors de la procédure de sélection des candidatures⁽⁵⁰⁾.

(46) Cette décision, qui a fait l'objet d'une annulation partielle, est actuellement frappée d'un pourvoi en cassation.

(47) Aut. conc., déc. n° 15-D-19, 15 déc. 2015, § 864.

(48) Aut. conc., déc. n° 18-D-24, 5 déc. 2018, § 4 : « **Réunions secrètes organisées, généralement dans les locaux du GIFAM en marge des réunions officielles du groupement, ou, plus ponctuellement, dans d'autres lieux choisis par les participants** », et Aut. conc., déc. n° 13-D-12, 28 mai 2013, § 14 : « *de discussions et échanges sur les prix d'achat et de vente d'alcool, les volumes et les échanges sur les intentions et les souhaits futurs en matière de vente d'alcool en marge des réunions du syndicat des dénaturateurs d'alcool (SNDA), sur tout le territoire national* » (surlignement ajouté).

(49) Cons. conc., déc. n° 07-D-05, 21 févr. 2007, préc.

(50) Cons. conc., déc. n° 04-D-25, 23 juin 2004.

Interdiction d'inviter ses adhérents au boycott

Il est également interdit pour une association professionnelle de se livrer à des pratiques constitutives de boycott définies par la jurisprudence nationale⁽⁵¹⁾ et par la pratique décisionnelle de l'Autorité⁽⁵²⁾ comme toute « *action délibérée en vue d'évincer un opérateur de marché* ». Ainsi, selon la pratique décisionnelle la plus récente de l'Autorité, « *l'invitation à une action de boycott peut se matérialiser de différentes manières. Elle peut notamment prendre la forme d'un communiqué de presse, d'une circulaire ou de courriers adressés à l'ensemble des professionnels d'un secteur actifs dans un département* »⁽⁵³⁾.

Dans, une décision du 24 mars 2010 relative à des pratiques mises en œuvre par un syndicat d'opticiens concernant le renouvellement des lunettes de vue, l'Autorité a considéré que des courriers, des circulaires ou encore des communiqués de presse adressés à l'ensemble des professionnels d'un secteur actifs dans un département constituaient une invitation au boycott puisqu'ils démontraient « *soit des pressions sur les opticiens pour qu'ils quittent le partenariat Santéclair, soit à tout le moins des pressions pour qu'ils ne participent pas à l'initiative de celle-ci visant le renouvellement des lunettes de vue* »⁽⁵⁴⁾. De la même façon, le Conseil de la concurrence a estimé qu'une lettre confraternelle envoyée par un conseil régional de l'Ordre des pharmaciens ayant reçu une « *large diffusion auprès des syndicats départementaux et des pharmaciens d'officine* » et menaçant « *tout pharmacien ayant une relation suivie avec des sociétés de portage [de poursuites] en chambre de discipline et sévèrement sanctionné* » constitue « *une mise en garde qui doit être regardée comme une consigne de boycott* »⁽⁵⁵⁾.

Est également prohibé le fait, pour une association professionnelle, de dissuader ses membres de s'approvisionner auprès de certaines entreprises, ou bien permettre à ses adhérents de se concerter afin d'évincer, ne serait-ce que temporairement, un concurrent du marché.

Ce fut par exemple le cas d'une association de taxis qui avait, par mesure de représailles, exclu l'un de ses membres de son service de réservation radiotéléphone pendant un peu plus d'un mois au motif que celui-ci avait engagé un salarié pour exploiter son taxi (selon la technique dite du « *doublage* »⁽⁵⁶⁾). Il en va de même pour une

(51) Cass. com., 22 oct. 2002, n° 00-18.048, publié au Bulletin.

(52) Cons. conc., déc. n° 97-D-18, 18 mars 1997 ; Cons. conc., déc. n° 03-D-68, 23 déc. 2003 ; Aut. conc., déc. n° 10-D-11, 24 mars 2010, § 95.

(53) Aut. conc., déc. n° 20-D-17, 17 nov. 2020, § 620.

(54) Aut. conc., déc. n° 10-D-11, préc., § 83.

(55) Cons. conc., déc. n° 97-D-26, 22 avr. 1997, p. 7.

(56) Cons. conc., déc. n° 97-D-40, 4 juin 1997. Ainsi que le rappelle le Conseil dans sa décision, « *la conduite d'un véhicule taxi n'est pas réservée exclusivement au titulaire de l'autorisation de stationne-*

association professionnelle de distributeurs qui avait exercé des pressions et des menaces de déréférencement des fabricants afin que ceux-ci n'alimentent pas un circuit de distribution concurrent⁽⁵⁷⁾.

Ce fut également le cas du Centre National des Professions de l'Automobile (CNPA), syndicat ayant vocation à défendre les professions de la distribution et des services de l'automobile, qui avait attiré l'attention de ses adhérents sur le fait que le Crédit de l'Est avait noué des relations commerciales avec des distributeurs automobiles non adhérents du CNPA en « [finançant], notamment dans le cadre de location avec option d'achats, des acquisitions de véhicules particuliers par l'intermédiaire de mandataires hors réseau »⁽⁵⁸⁾. Le CNPA, dans une circulaire largement diffusée à ses adhérents, leur indiquait la chose suivante : « [i]l vous appartient personnellement d'en tirer les conséquences que vous jugerez devoir s'imposer »⁽⁵⁹⁾. Le Conseil de la concurrence a estimé que le CNPA avait violé l'article L. 420-1 du code de commerce « en incitant ses adhérents à boycotter le Crédit de l'Est, au motif qu'il proposait des formules de crédit aux clients des mandataires »⁽⁶⁰⁾.

L'un des exemples les plus récents en matière de boycott est probablement la lourde décision de sanction prononcée, le 12 novembre 2020, à l'égard de 8 instances syndicales et ordres professionnels représentatifs des chirurgiens-dentistes et visant à entraver l'activité des réseaux de soins dentaires. L'Autorité a considéré que « la pratique litigieuse visait délibérément à contraindre les chirurgiens-dentistes à quitter le réseau et donc, à évincer Santéclair⁽⁶¹⁾ du marché, en instrumentalisant la procé-

sure de conciliation instaurée par le législateur devant les CDOCD »⁽⁶²⁾ et que « la FSDL a largement communiqué en direction de ses adhérents ou sympathisants, afin qu'ils : (i) portent plainte contre des praticiens affiliés à Santéclair ; (ii) résilient ou refusent toute adhésion à Santéclair, conformément au mot d'ordre "pas de signataire = pas de réseau" ; (iii) doutent de la compatibilité des protocoles conclus avec Santéclair avec le code de déontologie ; (iv) soient informés du nombre de plaintes déjà déposées et de résiliations obtenues »⁽⁶³⁾ (surlignement ajouté). Sur ce point relevons que l'artifice consistant pour un ordre professionnel à inciter certains de ces adhérents à dénoncer, au motif d'un prétendu non-respect de la déontologie applicable à ladite profession, les comportements de dentistes ne se conformant pas à la ligne de conduite déterminée par l'ordre professionnel et exhortant à ne pas contractualiser avec un partenaire donné constitue, de la même façon, un boycott anticoncurrentiel. Ainsi, selon l'Autorité, « l'organisation de la campagne de plaintes visait, précisément, à agir contre Santéclair, non pas directement, mais par l'intermédiaire des praticiens adhérents à ce réseau, pour éviter le risque d'être sanctionné par les autorités de concurrence »⁽⁶⁴⁾ (surlignement ajouté).

Relevons également la décision rendue par l'autorité belge de la concurrence en 2019⁽⁶⁵⁾, condamnant l'ordre des Pharmaciens à une amende d'un million d'euros⁽⁶⁶⁾ pour avoir entravé le développement de la société MediCare-Market, dont le concept reposait sur « un supermarché de la pharmacie »⁽⁶⁷⁾. Cette autorité a estimé que les multiples actions disciplinaires et judiciaires engagées par l'ordre des Pharmaciens à l'encontre de cet acteur économique avaient pour unique but de l'évincer du marché des pharmaciens et que, partant, « les décisions du Conseil national de l'OP doivent être considérées comme des décisions d'association d'entreprises restrictives de concurrence par

ment ; prévue par une circulaire du ministère de l'Intérieur du 29 décembre 1989 (...) les exploitants peuvent confier la conduite de leurs taxis à des salariés, suppléants ou conjoints ; il s'agit de la pratique du « doublage » » (p. 2, surlignement ajouté).

(57) Cons. conc., déc. n° 06-D-03bis, 9 mars 2006.

(58) Cons. conc., déc. n° 03-D-68, préc., § 15.

(59) Cons. conc., déc. n° 03-D-68, préc., § 15.

(60) Cons. conc., déc. n° 03-D-68, § 39.

(61) Ainsi que le rappelle l'Autorité dans sa décision n° 20-D-17, « Santéclair est présente dans plusieurs secteurs de soins : l'optique, le dentaire, les audioprothèses, l'hospitalisation, le bien-être et la prévention. Elle met à la disposition des bénéficiaires, de ses actionnaires et d'autres organismes de complémentaire santé les prestations suivantes : (i) des réseaux de professionnels de la santé partenaires s'engageant notamment à ne pas dépasser un tarif maximum pour un certain nombre de prestations, (ii) un service d'analyse de devis destiné à apprécier leur adéquation aux besoins des assurés et d'elle du prix par rapport au marché. Santéclair le présente ainsi : "[l]e service d'analyse des devis s'adresse aux assurés qui ne fréquentent pas les [praticiens] partenaires [de notre réseau]. On calcule le reste à charge. On simule ce que serait le reste à charge chez un praticien partenaire de la même zone pour un même plan de traitement (mêmes actes et mêmes matériaux). Dès lors qu'il y a une économie d'au moins 250 euros de reste à charge et que les soins n'ont pas été commencés, on s'autorise à signaler qu'il existe une alternative. Si l'assuré est intéressé, on lui communiqué au moins 3 adresses et au final c'est lui qui choisit son praticien" » (§ 65).

(62) Aut. conc., déc. n° 20-D-17, préc., § 631.

(63) Aut. conc., déc. n° 20-D-17, préc., § 675.

(64) Aut. conc., déc. n° 20-D-17, préc., § 838.

(65) Autorité belge de la concurrence, déc. n° ABC-2019-I/O-14, 28 mai 2019, MediCare-Market – Ordre des Pharmaciens. Cette décision est disponible à l'adresse suivante : https://www.abc-bma.be/sites/default/files/content/download/files/abc-2019-io-14_pub_0.pdf.

(66) La cour d'appel de Bruxelles, qui a pleinement confirmé l'illégalité de la pratique, a toutefois considéré ce montant excessif et a demandé à l'autorité belge de la concurrence de revoir ce montant à la baisse en considérant que « le montant de l'amende applicable (...) est de 10 % [du] chiffre d'affaires propre [de l'Ordre des Pharmaciens], à l'exclusion du chiffre d'affaires cumulé de ses membres » (CA Bruxelles, 2019/MR/3, 8 janv. 2020, partie b) Quant à l'amende, p. 43). Au moment de la finalisation de cet article la décision du collège de l'autorité belge de la concurrence, autrement composé, concernant la détermination du montant définitif de l'amende n'a toujours pas été publiée.

(67) Autorité belge de la concurrence, décision MediCare-Market, préc., § 45.

objet » en soulignant qu'en agissant « dans un but économique [et en prenant] des décisions ayant pour objet l'éviction d'un modèle de distribution innovant (...) les décisions du Conseil national de l'OP sont à ce point nocives au bien-être du consommateur, et notamment à la concurrence tarifaire (sur le prix de vente des médicaments) et non tarifaire (sur l'innovation), qu'elles constituent des infractions graves au droit de la concurrence »⁽⁶⁸⁾.

Interdiction pour l'association professionnelle de refuser, sans justification objective, l'adhésion d'une entreprise

Les associations peuvent également être sanctionnées lorsqu'elles refusent l'adhésion d'une entreprise, généralement un nouvel entrant, sans que ce refus ne soit objectivement justifié et dans le cas où cette adhésion constitue un « avantage concurrentiel »⁽⁶⁹⁾, c'est-à-dire qu'elle revêt pour l'entreprise évincée un caractère d'importance majeure afin de pouvoir opérer sur un marché⁽⁷⁰⁾. Ainsi, dans une décision du 27 septembre 2002, l'Autorité a examiné, en détail, les critères et procédure d'admission au sein de la Chambre syndicale des entreprises de déménagement et garde-meubles de France (CSD). Avant de conclure à leur illégalité, l'Autorité a, entre autres éléments, relevé que : (i) « **les critères d'adhésion à la CSD tels qu'ils sont énoncés aux articles 4-A des statuts et I du règlement intérieur, en se référant à des «garanties morales» ou à des «critères moraux» et non à des critères vérifiables, objectifs et fondés sur la capacité professionnelle des entreprises, apparaissent imprécis et subjectifs** » et (ii) « **les dispositions précitées des articles 5 des statuts et I du règlement intérieur instituent une procédure d'admission qui n'est pas enfermée dans des délais, confèrent un pouvoir de veto inconditionnel aux présidents des groupements régionaux et aux membres du syndicat professionnel et instituent un régime de décision qui est dispensé de toute obligation de motivation (...)** »⁽⁷¹⁾ (surlignement ajouté). Précisons que la pratique décisionnelle a, jusqu'ici, retenu que constituait un « avantage concurrentiel », le fait de pouvoir adhérer à une association professionnelle (i) réalisant et publiant des mesures d'audiences de la presse quotidienne nationale de ses adhérents⁽⁷²⁾ ou

encore (ii) l'accès à des offres groupées à destination des annonceurs nationaux⁽⁷³⁾.

Risques associés aux activités de lobbying

Enfin, l'activité de *lobbying* mise en œuvre par une association professionnelle peut également être problématique au regard du droit de la concurrence. L'Autorité rappelle que « [l]es associations, ordres et organismes professionnels ou interprofessionnels sont souvent associés aux pouvoirs publics pour assurer la réglementation des professions » et que « [c]ette collaboration pose la question de la soumission des décisions des organisations professionnelles au droit de la concurrence »⁽⁷⁴⁾.

Retenons que l'activité de *lobbying* n'est pas, en elle-même, anticoncurrentielle mais que les autorités demeurent particulièrement vigilantes quant à sa mise en œuvre par les associations professionnelles⁽⁷⁵⁾. Ainsi, les avis des organismes professionnels consultés en matière économique par les pouvoirs publics avant d'arrêter une réglementation économique ou chargés de déterminer, en fonction de critères d'intérêt général arrêtés par eux-mêmes, une telle réglementation, ne constituent pas des ententes anticoncurrentielles et cela au motif que les pouvoirs publics conservent un pouvoir de contrôle et de réformation des décisions prises à cet effet⁽⁷⁶⁾.

C'est dans ce cadre que, dans une décision relative à une saisine de la société Le Casino du Lac de la Magdeleine, le Conseil de la concurrence a estimé qu'une note du syndicat des Casinos modernes, adressée au ministre de l'Intérieur qui, selon la saisissante, aurait visé à l'influencer afin qu'il refuse l'implantation d'un nouveau casino (implantation qui a finalement été refusée par décision du ministre), n'avait pas d'objet anticoncurrentiel en soi, car elle « **a été rédigée] à l'occasion du débat ouvert à la suite du dé-**

pendants des ressources publicitaires. Ils protégeraient ainsi l'avantage concurrentiel que leur procure la possibilité d'être mesurés par l'étude de référence, incontournable pour les professionnels de la publicité et les annonceurs et qui, seule, permet d'orienter les investissements publicitaires et d'en déterminer le prix » (§ 20) et « [l]e refus d'adhésion opposé par EUROPOQN à 20 Minutes France présente donc bien des effets restrictifs de concurrence, **cette adhésion constituant sinon une condition d'accès au marché de la vente d'espaces publicitaires dans la presse quotidienne nationale, du moins un avantage concurrentiel significatif** » (§ 43, surlignement ajouté).

(68) Autorité belge de la concurrence, décision MediCare-Market, préc., § 333.

(69) Cons. conc., déc. n° 02-D-60, 27 sept. 2002, p. 12.

(70) Cons. conc., déc. n° 02-D-60, préc.

(71) Cons. conc., déc. n° 02-D-60, préc., p. 12.

(72) Cons. conc., déc. n° 05-D-12, 17 mars 2005 : « [l]es parties saisissantes, qui mettent en avant l'envergure nationale de leurs quotidiens, estiment que les conditions d'adhésion à l'EUROPQN n'ont aucun caractère de transparence et que le refus qui leur est opposé est injustifié et discriminatoire. Elles considèrent que la véritable raison de l'attitude de l'EUROPQN est la volonté de ses membres de contrecarrer par tous les moyens le maintien et le développement sur le marché des journaux gratuits d'information générale, qui sont leurs concurrents directs, et qu'ils savent entièrement dé-

(73) Cons. conc., déc. n° 06-D-29, 6 oct. 2006, § 53 : « [l]'appartenance au GIE est une condition d'accès au marché de la publicité nationale ou constitue un avantage concurrentiel sur le marché de la publicité locale et que l'on peut raisonnablement présumer que les conditions d'admission ne sont pas suffisamment objectives et transparentes pour ne pas donner lieu à une application non discriminatoire » (surlignement ajouté).

(74) OCDE, Aspects pro et anticoncurrentiels des associations professionnelles – France, préc., § 17, p. 7.

(75) Cons. conc., déc. n° 07-D-12 et n° 07-D-10, 28 mars 2007.

(76) OCDE, Aspects pro et anticoncurrentiels des associations professionnelles – France, préc., § 19, p. 7.

pôt de la proposition de loi du député Dominique Paillé relative à la réglementation des jeux. Cette démarche s'inscrit donc dans un **débat public dans lequel les groupes socioprofessionnels font connaître leur point de vue pour défendre les intérêts de leurs membres** »⁽⁷⁷⁾ (surlignement ajouté). Ainsi, selon l'Autorité, une telle action de lobbying « **quand bien même elle conduirait un syndicat professionnel à défendre une position qui ne serait pas la promotion d'une plus forte concurrence, ne peut être qualifiée par elle-même d'anticoncurrentielle** »⁽⁷⁸⁾ (surlignement ajouté).

Dans une affaire RMC Info, le Conseil de la concurrence a considéré que, s'il est légitime, et licite, pour les organisations professionnelles de manifester les préoccupations de leurs adhérents et de « *chercher à influencer la politique des pouvoirs publics* »⁽⁷⁹⁾, leurs actions ne doivent toutefois pas contrevenir aux règles du droit de la concurrence. Ainsi l'Autorité relève que « *conformément à une jurisprudence constante, il n'appartient pas aux entreprises de se faire justice elles-mêmes* » et « *qu'il ne leur est pas permis, par conséquent, au motif qu'elles estiment que tel ou tel de leur concurrent méconnaît, dans un autre domaine juridique, une règle de droit, de se livrer à une pratique interdite par le droit de la concurrence* »⁽⁸⁰⁾. Dans sa récente décision sur le secteur de la chirurgie dentaire, l'Autorité a rappelé qu'« *en tout état de cause, la [Fédération des syndicats dentaires libéraux], en tant qu'instance syndicale, est tenue d'agir dans le respect de la légalité. À cet égard, si elle estimait avoir identifié des pratiques potentiellement illégales du fait de leur contrariété avec le droit de la concurrence, la loi du 27 janvier 2014 ou le CSP, il lui appartenait, conformément aux missions qui lui sont assignées, de les contester devant les organismes compétents* »⁽⁸¹⁾ (surlignement ajouté).

II. – Incertitudes actuelles quant à la légalité de certaines activités traditionnelles des associations professionnelles

Au-delà des pratiques manifestement proscrites en droit de la concurrence et qui ont été rappelées ci-dessus, l'analyse de la pratique décisionnelle existante révèle l'existence de multiples zones d'ombre en la matière ; lesquelles ne seront probablement pas toutes levées par l'étude thématique de l'Autorité à venir qui n'a certaine-

ment pas pour ambition d'être parfaitement exhaustive et/ou prospective⁽⁸²⁾.

Une telle situation se traduit malheureusement par une absence de visibilité et de sécurité juridique pour l'ensemble des acteurs concernés. En effet, il est possible de considérer qu'il n'existe aujourd'hui pas de partition claire entre les pratiques autorisées et les pratiques interdites, ce qui crée *de facto* une zone grise plaçant nécessairement les opérateurs économiques en situation d'insécurité juridique.

Statistiques agrégées et échanges d'informations commerciales sensibles

Parmi les domaines qui n'ont, à date et à notre connaissance, toujours pas fait l'objet d'une pratique décisionnelle parfaitement stabilisée, figure la question de la collecte et restitution, par une association professionnelle, d'informations de marché agrégées à ses adhérents.

Les autorités de concurrence européenne et française ont certes souligné que l'échange d'informations entre entreprises, *via* les associations professionnelles, pouvait leur permettre d'optimiser leur stratégie commerciale afin de soutenir efficacement la concurrence sur un marché donné⁽⁸³⁾ dès lors que ces informations étaient destinées à aider les membres de l'association dans l'exercice de leur activité⁽⁸⁴⁾.

(82) Même si, dans son communiqué de presse du 28 mai 2019, l'Autorité prend soin de rappeler que ses études thématiques « *ont pour vocation de synthétiser sa pratique décisionnelle ainsi que la jurisprudence des juridictions de contrôle et européenne. [Elles] peuvent également être prospectif[ves] dans certains domaines* » (surlignement ajouté).

(83) Comm. CE, 16 févr. 1994, déc. n° 94/215/CECA, Thyssen Stahl, pt. 266 : « *Afin de pouvoir soutenir efficacement la concurrence sur un marché donné, les sociétés ont besoin d'informations sur celui-ci et sur son évolution. La préparation et la distribution des statistiques de la 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 nationales représentant les mêmes intérêts économiques dans des pays différents échangent des statistiques de la production et des ventes du secteur en question sans spécifier les entreprises individuellement* » (surlignement ajouté).

(84) Document de travail produit par le Conseil de la concurrence auprès de l'OCDE, DAF/COMP/WP3/WD(2007)55, Groupe de travail n° 3 sur la coopération et l'application de la loi, 5 oct. 2007, préc., pt. 22 ; Cons. conc., déc. n° 05-D-33, 27 juin 2005 : « *l'Illec est resté dans son rôle d'information et de conseil de ses adhérents en analysant la jurisprudence relative aux centrales d'achat, en les informant de la saisine du Conseil de la concurrence, (...) à l'encontre des centrales d'achat Lucie et Opéra et en leur conseillant de garder des traces écrites des demandes de Lucie en prévision d'un éventuel contentieux* ».

(77) Cons. conc., déc. n° 05-D-20, 13 mai 2005, §§ 27 et 28.

(78) Cons. conc., déc. n° 05-D-20, préc., § 27.

(79) Cons. conc., déc. n° 02-MC-06, 30 avr. 2002, p. 3.

(80) Cons. conc., déc. n° 02-MC-06, préc., p. 3.

(81) Aut. conc., déc. n° 20-D-17, préc., § 489.

Les échanges d'informations peuvent, par exemple, favoriser la concurrence (on dit dans ce cas qu'ils ont des « effets pro-concurrentiels ») lorsqu'ils donnent la possibilité aux entreprises de recueillir des données générales sur le marché et, ce faisant, d'accroître leur efficacité et de mieux répondre aux besoins des clients.

Ainsi, la Commission européenne estime que la collecte et la publication de données de marché agrégées (telles que des données de vente, des données sur les capacités ou des données sur le coût des intrants et des composants) par une organisation professionnelle peuvent profiter tant aux fournisseurs qu'aux consommateurs en leur permettant d'avoir une vue plus claire de la situation économique d'un secteur⁽⁸⁵⁾. En effet, dès 1994, la Commission européenne devait considérer que « la préparation et la distribution des statistiques de la 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 nationales représentant les mêmes intérêts économiques dans des pays différents échangent des statistiques de la production et des ventes du secteur en question sans spécifier les entreprises individuellement** »⁽⁸⁶⁾ (surlignement ajouté). La Commission européenne devait préciser, s'agissant des études de marché réalisées par des « instituts de sondage », qu'ils relèvent de la prestation de service fournie par un tiers et non pas d'un potentiel accord anticoncurrentiel⁽⁸⁷⁾.

De la même façon, l'Autorité considère que les échanges d'informations peuvent permettre aux entreprises de mieux connaître le marché et donc d'améliorer leur efficacité interne, notamment au moyen de méthodes d'étalement (« benchmarking ») par rapport à leurs concurrents⁽⁸⁸⁾. Il conviendra toutefois que l'association professionnelle laisse s'écouler un « délai suffisant »⁽⁸⁹⁾ entre la collecte de l'information et sa transmission, agrégée, à ses adhérents. C'est ainsi que l'Autorité rappelle, régulièrement, que « les données doivent être collectées a posteriori et avec un délai suffisant par rapport à leur constatation, pour que l'échange d'informations ne donne pas aux entreprises la possibilité de connaître et surveiller en temps réel la politique commerciale de leurs concurrents et

d'adapter en conséquence la leur propre »⁽⁹⁰⁾ (surlignement ajouté). C'est précisément la détermination d'un « délai suffisant » qui, en pratique, suscite les plus grandes difficultés surtout lorsque l'on connaît la grille d'analyse de l'Autorité. Selon cette dernière, « [l]a périodicité optimale dépend ainsi des caractéristiques propres à chaque marché, à savoir le nombre d'entreprises, la répartition des parts de marché, et le degré de transparence existant déjà : Sur un marché sur lequel les offres et changements tarifaires se succèdent à un rythme rapide, l'évaluation des résultats des opérateurs selon une périodicité très rapprochée était de nature à réduire significativement l'incertitude sur le comportement des concurrents »⁽⁹¹⁾.

Ainsi, on rappellera, à titre d'exemple, qu'il aura fallu pas moins de 8 ans de procédure d'instruction pour que l'Autorité parvienne finalement à la conclusion que les informations confidentielles que s'échangeaient, certes sans que cela intervienne dans le cadre d'une association professionnelle, les loueurs de véhicules exerçant depuis les aéroports français n'étaient pas de nature à réduire l'autonomie commerciale des loueurs en leur révélant la stratégie commerciale de leurs concurrents⁽⁹²⁾. En pratique, il demeure toutefois extrêmement délicat pour une association professionnelle de déterminer si les études de marché qu'elle réalise, selon une périodicité qui peut être annuelle, semestrielle, trimestrielle ou même mensuelle, seront susceptibles, au sens de la pratique décisionnelle de l'Autorité de favoriser une « augmentation artificielle de la transparence du marché »⁽⁹³⁾. C'est du reste ce qui a probablement conduit l'autorité belge de la concurrence à consacrer, récemment, des lignes directrices à cette question épineuse.

Assistance des adhérents en matière de négociation collective

L'on sait que les associations professionnelles peuvent, sans enfreindre le droit de la concurrence, « informer leurs adhérents, dans des publications qui leur sont spécialement destinées, sur un problème de législation et d'interprétation des textes réglementant leur profession »⁽⁹⁴⁾. Dans une décision concernant les modalités de fonctionnement de l'ILEC⁽⁹⁵⁾, l'Autorité a considéré qu'en s'étant « essentiel-

(85) Comm. UE, Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 TFUE aux accords de coopération horizontale, pt. 89.

(86) Comm. CE, déc. Thyssen Stahl, préc., pt. 266.

(87) Comm. CE, 26 nov. 1997, affaire IV/36.069, Wirtschaftsvereinigung Stahl, pt. 58.

(88) Aut. conc., avis n° 10-A-11, 7 juin 2010, § 47.

(89) Cons. conc., avis n° 06-A-18, 5 oct. 2006, § 31.

(90) Cons. conc., avis n° 06-A-18, préc., § 31.

(91) Cons. conc., avis n° 06-A-18, préc., § 32.

(92) Aut. conc., déc. n° 17-D-03, 27 févr. 2017. Cette décision est désormais devenue définitive.

(93) Cons. conc., déc. n° 05-D-64, 25 nov. 2005, § 269. Cette décision est désormais devenue définitive.

(94) Cons. conc., déc. n° 90-D-13, 3 avr. 1990, p. 8.

(95) Institut de liaisons des entreprises de consommation. Sur son site internet, l'ILEC se présente comme étant « un acteur incontournable de la relation industrie-commerce [rassemblant] plus de quatre-vingts entreprises qui fabriquent et commercialisent des produits de grande consommation (PGC) de notoriété nationale et internationale ».

lement borné à rappeler la jurisprudence des autorités de la concurrence relative aux centrales d'achat (...) [l'ILEC était] resté dans son rôle d'information et de conseil de ses adhérents en analysant la jurisprudence (...) en les informant de la saisine du Conseil de la concurrence (...) et en leur conseillant de garder des traces écrites (...) en prévision d'un éventuel contentieux »⁽⁹⁶⁾.

La situation des associations professionnelles souhaitant assister, voire même représenter, leurs adhérents dans le cadre de certains aspects de leurs négociations commerciales n'est cependant pas si évidente. Si l'on fait abstraction de la décision ILEC du 27 juin 2005⁽⁹⁷⁾, la seule prise de position récente de l'Autorité l'a été dans le cadre d'un communiqué de presse en date du 22 avril 2020, dans l'intérêt du Rassemblement des Opticiens de France (ROF) qui, en tant que syndicat majoritaire des opticiens, a souhaité les assister juridiquement afin d'obtenir, de la part de leurs bailleurs respectifs, l'annulation de leurs loyers commerciaux dans le contexte particulier de la fermeture de leurs points de vente imposée au titre de la lutte contre la propagation du Covid-19. Sollicitée de manière informelle⁽⁹⁸⁾, l'Autorité a fait preuve d'un pragmatisme remarquable en clarifiant les contours de sa pratique décisionnelle en la matière. Elle a, en particulier, indiqué que si les comportements de défense des intérêts des adhérents qui ne constituent pas « une intervention sur le marché » sont admis, le fait d'inviter ses adhérents à adopter une attitude prédéterminée sur le marché constitue, quant à lui, une « intervention sur le marché » de la part de l'association professionnelle et, à ce titre, une infraction au droit de la concurrence⁽⁹⁹⁾.

Ainsi, l'Autorité a estimé que « le comportement consistant, pour une organisation professionnelle, à apporter des conseils, de manière générale, à ses membres, dans le contexte de la pandémie de Covid-19, sur l'application de dispositions prises par les pouvoirs publics ou sur l'interprétation de contrats existants et à exprimer sa position par écrit entre, à première vue, dans le cadre de la mission d'information, de conseil et de défense des intérêts professionnels dont elle a la charge »⁽¹⁰⁰⁾ (surlignement ajouté). Avant de livrer sa conclusion, l'Autorité devait relever que « le ROF a indiqué ne prodiguer que **des recommandations générales et exposer des arguments juridiques et factuels** au soutien des demandes de ses adhérents. Le ROF a par ailleurs précisé qu'il ne déterminerait pas le compor-

tement que ses adhérents devraient adopter. Enfin, son action vise à prévenir les risques de défaillances d'entreprises en raison de la fermeture prolongée des différents points de vente ; **elle ne semble pas, en l'espèce, permettre une coordination sensible des coûts des acteurs concernés** »⁽¹⁰¹⁾. Sur la base de ces différents éléments, l'Autorité concluait alors que « **la démarche envisagée, telle qu'elle a été décrite à l'Autorité, n'est pas de nature à être considérée comme une intervention anticoncurrentielle sur le marché** »⁽¹⁰²⁾ (surlignement ajouté).

Pour sa part, le juge judiciaire (TGI de Paris) a, récemment, considéré que le syndicat majoritaire des dentistes de France (FSDL) était « **parfaitement en droit d'exprimer publiquement à l'intention de l'ensemble de ses adhérents ou de toutes autres personnes susceptibles de constituer son audience son désaccord de principe sur ces nouveaux modes gestionnaires et financiers d'administration de soins médicaux par l'intermédiaire de réseaux et de partenariats de chirurgiens-dentistes. De même est-elle en droit de persister dans l'expression de ce désaccord de principe à la suite de l'ensemble des décisions de justice dont se prévaut la société Santéclair. La FDSL n'apparaît aucunement illégitime ou abusive lorsque ces actions tendent simplement à inciter chacun de ses membres, voire tout un chacun, à ne pas adhérer à ce type de réseau** »⁽¹⁰³⁾ (surlignement ajouté). Cette décision, certes rendue par un juge judiciaire, complique tout de même la compréhension de la grille d'analyse de l'Autorité en la matière dans la mesure où il semble possible de considérer que la démarche de la FSDL comme constitutive d'une « intervention sur le marché ».

Actions de lobbying

Dans ce domaine également, l'incertitude continue de planer puisque « la jurisprudence admet que les associations signalent aux autorités compétentes les violations des dispositions du droit par des tiers, mais pas que les membres se fassent justice à eux-mêmes en organisant des représailles contre un concurrent perçu comme déloyal »⁽¹⁰⁴⁾. Là encore, pour certains, la frontière peut paraître particulièrement dure à tracer. Ainsi, force est de constater que la démarcation est manifestement très ténue entre les pratiques admises (celles qui ne constituent pas une « intervention sur le marché ») et les pratiques répréhensibles (celles qui constituent, effectivement, une « intervention sur le marché »), ce qui est vecteur d'une forte insécurité juridique. C'est certainement la raison pour laquelle, au cours des dernières années, plusieurs autorités de

(96) Cons. conc., déc. n° 05-D-33, préc.

(97) Cons. conc., déc. n° 05-D-33, préc.

(98) Le cabinet Maulin Avocats représentait, à cette occasion, le Rassemblement des Opticiens de France.

(99) Aut. conc., communiqué de presse, 22 avr. 2020, l'Autorité éclaire une association professionnelle sur ses possibilités d'action concernant les loyers de ses adhérents dans le cadre de la pandémie actuelle de Covid-19.

(100) Aut. conc., communiqué de presse, 22 avr. 2020, préc.

(101) Aut. conc., communiqué de presse, 22 avr. 2020, préc.

(102) Aut. conc., communiqué de presse, 22 avr. 2020, préc.

(103) TGI Paris, 22 oct. 2019, n° 17/16527.

(104) K. Dekeyser, Conférence-déjeuner organisée par la Revue Concurrences, *Le rôle des associations professionnelles et des lobbyistes en droit de la concurrence*, 13 mars 2017.

concurrence, dont l'autorité anglaise⁽¹⁰⁵⁾, portugaise⁽¹⁰⁶⁾ et belge⁽¹⁰⁷⁾, ont estimé nécessaire d'éclairer à la fois les associations et leurs entreprises membres en publiant des lignes directrices particulièrement détaillées. Rappelons à ce titre que, dès le préambule de ses récentes lignes directrices, l'autorité belge de la concurrence indique que : « *L'[Autorité belge de la concurrence] est régulièrement interrogée à propos des informations de marché que les associations d'entreprises, telles que les associations professionnelles et les fédérations de professions libérales, peuvent échanger avec leurs membres et sur les outils que celles-ci ainsi que d'autres prestataires de services peuvent fournir à leurs membres ou clients. Ce guide a pour objet de fournir des indications sur ce qui est n'est pas permis* » (surlignement ajouté).

Dénigrement

Il subsiste actuellement un doute quant aux limites à la possibilité pour une association professionnelle de communiquer sur les actions judiciaires qu'elle entreprend pour le compte de ses membres sans que cela ne relève de pratique de boycott et/ou de dénigrement. Ce doute puise sa source dans l'analyse des jurisprudences les plus récentes du tribunal de commerce de Paris⁽¹⁰⁸⁾ et de la cour d'appel de Paris qui, sur ce point, nous semblent totalement irréconciliables⁽¹⁰⁹⁾. Ainsi, le tribunal de commerce de Paris, par jugement en date du 30 janvier 2017, a considéré que « *seul le juge a le pouvoir d'ordonner la publication de ses décisions ; qu'il ne revient pas à un justiciable de communiquer publiquement sur l'instance qu'il engage, ni même sur la décision intervenue, fut-elle favorable, si le juge ne l'a pas expressément ordonnée* ». En l'espèce, le tribunal de commerce avait condamné une centrale d'achat du secteur de l'optique (CDO) à 100 000 euros de dommages et intérêts pour avoir, publiquement, communiqué au sujet des actions judiciaires engagées contre la société

Carte Blanche notamment devant le tribunal de commerce de Paris, la DGCCRF et l'Autorité. Le juge a pris soin de relever, afin de motiver la condamnation de CDO, des « *propos incontestablement dénigrants*⁽¹¹⁰⁾ alors que nul ne peut présager par avance d'une décision judiciaire et qu'il appartient à la seule autorité judiciaire de décider de la publication de sa décision (...) qui n'ont pas manqué de causer un trouble dans le secteur économique de l'optique au détriment de celui qui est dénigré par accusation de pratiques anticoncurrentielles »⁽¹¹¹⁾ (surlignement ajouté). Cette condamnation a été significativement réformée par la cour d'appel de Paris qui a, quant à elle, jugé que les « *différents communiqués de presse de la CDO (...) présente[nt] de manière factuelle le différend relatif à l'offre Prysmo et (...) la tonalité des propos tenus ne peut être qualifiée de dénigrante à l'égard de l'offre Prysmo et de la société Carte Blanche. En outre, si la société CDO a déconseillé à ses adhérents de souscrire à l'offre Prysmo, au regard de ses interrogations quant à sa validité, ces propos mesurés ne peuvent être considérés comme étant un appel au boycott* »⁽¹¹²⁾ (surlignement ajouté).

Conclusion

Dans l'attente de la publication de l'étude thématique de l'Autorité et afin de réduire les risques d'enquête et de sanction, il nous semble plus que jamais nécessaire, tant pour les associations professionnelles que leurs membres, de prendre en considération **certaines recommandations pratiques qui, dans le cadre d'une véritable démarche de conformité au droit de la concurrence, peuvent aisément être mises en œuvre**. Dans le contexte actuel, les quatre recommandations suivantes sont certainement à considérer en priorité.

(105) CMA, What do trade associations need to know about competition law?, 25 sept. 2014, disponible à l'adresse suivante : <https://www.gov.uk/government/publications/competition-law-dos-and-donts-for-trade-associations/what-do-trade-associations-need-to-know-about-competition-law> ; ou encore CMA, Trade Associations: are you complying with competition law?, 6 mars 2018, disponible à l'adresse suivante : <https://competitionandmarkets.blog.gov.uk/2018/03/06/trade-associations-are-you-complying-with-competition-law/>.

(106) Autoridade da concorrência, Guia para associações de empresas, disponible à l'adresse suivante : http://www.concorrencia.pt/vPT/Praticas_Proibidas/Praticas_Restritivas_da_Concorrencia/Documents/Guia%20para%20Associa%C3%A7%C3%B5es%20de%20Empresas.pdf.

(107) Autorité belge de la concurrence, Guide d'échange d'informations dans le cadre d'associations d'entreprises, 1^{er} oct. 2019, disponible à l'adresse suivante : https://www.abc-bma.be/sites/default/files/content/download/files/20191001_guide_echange_informations_0.pdf.

(108) T. com. Paris, 30 janv. 2017, n°2015075324, p. 9.

(109) CA Paris, 19 déc. 2018, n°17/03922.

(110) En l'espèce, la CDO avait publié un premier communiqué de presse indiquant « *[l]a CDO va contester la légalité de l'appel à candidatures Carte Blanche (...) la CDO a décelé des irrégularités dans le cahier des charges, et plusieurs points lui paraissent contestables, elle va interroger la DGCCRF pour déterminer la conformité de cet appel d'offres au regard des règles que le gendarme de la concurrence a d'ores et déjà établies en matière de réseau de soins* » avant d'indiquer, dans un second communiqué de presse, « *une plainte a été déposée auprès de la DGCCRF, le 10 novembre 2016. A l'occasion d'une réunion accordée par cette administration, un certain nombre de griefs dénoncés par la CDO ont retenu toute l'attention des agents publics qui envisagent une enquête sur les pratiques commerciales concernées (...) la CDO et deux opticiens adhérents, s'apprêtent à assigner la société Carte Blanche devant le tribunal de commerce pour faire cesser les pratiques qu'ils estiment non conformes au droit de la concurrence* avant l'entrée en vigueur du nouveau réseau Carte Blanche » (surlignement ajouté).

(111) T. com. Paris, 30 janv. 2017, préc., p. 10.

(112) CA Paris, 19 déc. 2018, préc. Relevons également que, dans son argumentation en défense, la CDO faisait valoir que « *les communiqués de presse sont factuels et objectifs et emploient des termes mesurés qui ne préjugent pas de l'issue de la procédure* ».

Premièrement, l'association professionnelle devra disposer d'un règlement intérieur comportant un rappel à l'ensemble des adhérents actuels et futurs du fait que tout manquement au droit de la concurrence les expose(ra) à une suspension de leurs droits voire, dans les cas les plus graves, à une exclusion de l'association professionnelle. De la même façon, l'association professionnelle, en particulier si elle opère dans un secteur d'activité où des infractions au droit de la concurrence ont d'ores et déjà été régulièrement sanctionnées, devra se munir d'une charte, aussi exhaustive que possible, de respect du droit de la concurrence⁽¹¹³⁾.

Deuxièmement, il convient d'éviter tout échange d'informations commercialement sensibles entre adhérents, notamment lors de réunions qui seraient hébergées par l'association professionnelle. Pour ce faire, il est essentiel de veiller à préparer et à communiquer, bien en avance des réunions, des ordres du jour exhaustifs et ne comprenant aucun sujet de discussion prohibé au regard du droit de la concurrence. De plus, les permanents de l'association professionnelle devront scrupuleusement respecter l'ordre du jour établi et adresser à chaque adhérent un compte-rendu de la réunion. En cas d'échange d'informations commercialement sensibles (prix, liste de clientèle, coûts de production, stocks, réductions,

calcul de marge, stratégie commerciale) au cours d'une réunion, il devra immédiatement être mis un terme à celle-ci sachant que l'incident devra impérativement être consigné dans le compte-rendu de la réunion afin de déterminer quelles suites éventuelles y donner⁽¹¹⁴⁾.

Troisièmement, l'association qui souhaite collecter et diffuser des informations de marché sur ses membres devra impérativement mettre en place un certain nombre de garde-fous pour limiter les risques d'échanges d'informations commercialement sensibles. En particulier, il est recommandé de ne collecter que des informations historiques et de ne diffuser les informations que sous une forme agrégée. Lorsque les ressources de l'association professionnelle le permettent, il est recommandé de recourir aux services d'un consultant externe qui se chargera de la collecte et restitution agrégée des données.

Quatrièmement, en cas d'action de *lobbying* ou de conseils juridiques prodigués par l'association à ses adhérents, il est préférable de les faire valider, au préalable, par un juriste spécialisé en droit de la concurrence. En cas de persistance d'un doute, il peut y avoir, comme le démontre la récente prise de position de l'Autorité dans l'intérêt du ROF⁽¹¹⁵⁾, un intérêt manifeste à solliciter l'avis informel de l'autorité de concurrence compétente. ■

(113) À ce sujet, le Conseil de la concurrence relevait, dans le cadre de sa contribution à une table ronde de l'OCDE consacrée en 2007 aux *Aspects pro et anticoncurrentiels des associations professionnelles*, que : « **[c]ertaines organisations rappellent les règles du droit de la concurrence dans leurs chartes et corpus de règles déontologiques. Néanmoins la visibilité de ces actions reste assez faible pour le Conseil de la concurrence** » (§ 36, surlignement ajouté). V. égal. : Aut. conc., document-cadre sur les programmes de conformité aux règles de concurrence, 10 févr. 2012, § 9 : « *Les programmes de conformité sont des programmes par lesquels des entreprises ou des organismes expriment leur attachement à certaines règles ainsi qu'aux valeurs ou aux objectifs qui les fondent, et prennent un ensemble d'initiatives concrètes destinées à développer une culture de respect des normes ainsi qu'à leur permettre de détecter de possibles manquements à ces règles, de mettre fin à ces manquements et d'en prévenir la réitération* ».

(114) À ce sujet, relevons que, dans rapport annuel 2015, l'Autorité estime qu'« *[i]l 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* » (p. 147, surlignement ajouté).

(115) Le cabinet Maulin Avocats représentait, à cette occasion, le Rassemblement des Opticiens de France. Aut. conc., communiqué de presse, 22 avr. 2020, préc.