

**Cour de cassation
Chambre commerciale**

26 septembre 2018
n° 16-25.403
Texte(s) appliqué

Sommaire :

Texte intégral :

Cour de cassation Chambre commerciale 26 septembre 2018 N° 16-25.403

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

COMM. JT

COUR DE CASSATION _____

Audience publique du 26 septembre 2018

Rejet

Mme RIFFAULT SILK, conseiller doyen faisant fonction de président

Arrêt no 748 F P+B

Pourvoi no T 16-25.403

R É P U B L I Q U E F R A N Ç A I S E

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS _____

LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE COMMERCIALE, FINANCIÈRE ET ÉCONOMIQUE, a rendu l'arrêt suivant :

Statuant sur le pourvoi formé par le GIE Les Indépendants, groupement d'intérêt économique, dont le siège est 14 rue de Lübeck, 75016 Paris,

contre l'arrêt rendu le 6 octobre 2016 par la cour d'appel de Paris (pôle 5, chambre 5-7), dans le litige l'opposant :

1 / à la présidente de l'Autorité de la concurrence, domiciliée

11 rue de l'Echelle, 75001 Paris,

2 / au ministre de l'économie, de l'industrie et du numérique,

domicilié 139 rue de Bercy, 75012 Paris,

3 / à la direction DGCCRF, dont le siège est télédod 252,

52 boulevard Vincent Auriol, 75703 Paris cedex 13,

défendeurs à la cassation ;

Le demandeur invoque, à l'appui de son pourvoi, les trois moyens de cassation annexés au présent arrêt ;

Vu la communication faite au procureur général ;

LA COUR, en l'audience publique du 26 juin 2018, où étaient présents : Mme Riffault Silk, conseiller doyen faisant fonction de président, Mme Poillot Peruzzetto, conseiller rapporteur, Mme Orsini, conseiller, M. Graveline, greffier de chambre ;

Sur le rapport de Mme Poillot Peruzzetto, conseiller, les observations de la SCP Boutet et Hourdeaux, avocat du GIE Les Indépendants, de la SCP Baraduc, Duhamel et Rameix, avocat de la présidente de l'Autorité de la concurrence, l'avis de M. Richard de la Tour, premier avocat général, et après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 6 octobre 2016), que par une décision n 06- D-29 du 6 octobre 2006, le Conseil de la concurrence,

devenu l'Autorité de la concurrence (l'Autorité) a accepté et rendu obligatoires les engagements du GIE Les

Indépendants (le GIE) consistant, pour le premier, en une révision de son règlement intérieur concernant les conditions et la procédure d'adhésion et de sortie du GIE, pour le deuxième, en une modification de la notice d'information adressée aux sociétés candidates, les autres engagements portant sur les conditions de mise en oeuvre des deux premiers ; que s'étant saisie d'office de l'examen du respect des engagements souscrits par le GIE, l'Autorité, par une décision n 15- D-02 du 26 février 2015, a constaté que le GIE avait méconnu

plusieurs de ses engagements et lui a infligé une sanction pécuniaire ; que le GIE a formé un recours en annulation, subsidiairement en réformation, de cette décision ;

Sur le premier moyen :

Attendu que le GIE fait grief à l'arrêt du rejet de son recours alors, selon le moyen, que commet un excès de pouvoir la cour d'appel de Paris qui, saisie d'un recours en annulation sur le fondement de l'article L. 464-8 du code de commerce contre une décision de l'Autorité le rejette après avoir retenu qu'il était partiellement fondé ; que la cour d'appel a considéré que, contrairement à ce qu'avait retenu l'Autorité, le GIE n'avait pas méconnu le deuxième engagement qu'il avait souscrit au titre du « contenu de l'obligation d'information » ; qu'elle a de même retenu au titre de l'article 9 du règlement intérieur relatif au "statut d'adhérent" qu'il n'y avait pas de méconnaissance de l'engagement pris par le GIE, contrairement à l'opinion de l'Autorité ; qu'enfin, elle a retenu, à rebours de ce que l'Autorité avait décidé, que l'engagement pris au titre de l'article 13.8 relatif à

l'exclusion d'une radio d'un produit n'avait été méconnu que jusqu'en 2011 seulement ; d'où il suit qu'en rejetant néanmoins le recours en annulation, après avoir décidé qu'il était partiellement fondé, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, a commis un excès de pouvoir en violation du texte susvisé ;

Mais attendu qu'ayant relevé que le GIE demandait, à titre principal, de dire qu'il avait respecté tous les engagements souscrits en 2006 et d'annuler, en conséquence, la décision de l'Autorité et, à titre subsidiaire, de réduire le montant de la sanction infligée, la cour d'appel, qui a constaté que le GIE avait manqué à certains de ses engagements, a pu, sans méconnaître les conséquences légales de ses constatations, rejeter le recours en annulation formé contre la décision ; que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le deuxième moyen :

Attendu que le GIE fait le même grief à l'arrêt alors, selon le moyen :

1 / que l'inexécution de l'engagement accepté par l'Autorité, de

nature à mettre un terme à ses préoccupations de concurrence susceptibles de constituer des pratiques prohibées visées aux articles L. 420-1, L. 420-2, L. 420-2-1 et L. 420-5 du code de commerce, s'apprécie par rapport aux préoccupations de concurrence ; qu'en concluant dès lors à l'inexécution par le GIE Les Indépendants au titre de l'engagement pris relativement à « la conservation des équilibres régionaux du produit national » pour la raison que le critère constitué d'un rapport chiffré était seulement mentionné dans la notice d'information remise aux radios candidates, sans figurer dans le règlement intérieur, comme le GIE s'y était engagé, ce dont il résultait que la lettre de l'engagement avait été méconnue, sans rechercher si ledit manquement purement formel n'était pas sans conséquence au regard des préoccupations de concurrence, la cour d'appel a privé son arrêt de base légale au regard des articles L. 464-2 et L. 464-3 du code de commerce ;

2 / que tout jugement doit être motivé ; que dans son mémoire,

le GIE Les Indépendants faisait valoir que l'assouplissement du critère de la conservation des équilibres régionaux du produit national par rapport à celui figurant dans les engagements souscrits était établi par la circonstance qu'il avait permis l'adhésion de cinq radios franciliennes, qu'il identifiait, et qu'aucune radio n'était en attente de son entrée ; qu'en ne se prononçant pas sur ce moyen et en affirmant qu'il « resterait à déterminer le nombre de radios qui seraient entrées dans le groupement si le critère n'avait pas été modifié », la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile ;

3 / que dans sa décision n 06- D-29 du 6 octobre 2006, le o

Conseil de la concurrence avait accepté les engagements présentés par le GIE , lesquels précisait que : « Des évolutions ultérieures des dispositions concernées par les présents engagements, si elles répondent à des justifications non anticoncurrentielles, ne sont pas exclues, à condition toutefois que la substance des réponses aux préoccupations de concurrence exprimées dans la présente affaire soit clairement préservée » ; qu'ainsi, en affirmant que le respect par le groupement de ses engagements doit s'apprécier non au regard des effets actuels ou potentiels du comportement en cause, mais en considération de la situation concurrentielle que le Conseil de la concurrence avait entendu préserver en acceptant et en rendant obligatoire ces mêmes engagements, pour en déduire l'inexécution par le GIE de son engagement au titre de la « conservation des équilibres régionaux », la cour d'appel a violé les articles L. 464-2 et L. 464-3 du code de commerce ;

4 / que le pouvoir reconnu par les statuts d'un groupement de

mettre fin sans préavis à l'adhésion de l'un des membres n'exclut pas l'existence d'une procédure préalable contradictoire permettant à l'adhérent de préparer sa défense ; qu'en décidant que la procédure contradictoire de l'article 13.3 ne peut trouver à s'appliquer, puisqu'elle consiste préalablement à toute décision à aviser la radio en cause qu'un manquement susceptible d'entraîner son exclusion a été relevé contre elle et à lui laisser préparer sa défense, ce qui est contradictoire avec la possibilité d'un retrait du statut d'adhérent ou de membre prononcé sans préavis, quand rien n'interdit de stipuler qu'une sanction sera prononcée sans préavis après une instruction contradictoire, la cour d'appel a violé l'article 1134 du code civil, devenu l'article 1103 du code civil ;

5 / que l'inexécution de l'engagement accepté par l'Autorité, de

nature à mettre un terme à ses préoccupations de concurrence susceptibles de constituer des pratiques prohibées visées aux articles L. 420-1, L. 420-2, L. 420-2-1 et L. 420-5 du code de commerce, s'apprécie par rapport aux préoccupations de concurrence ; qu'en concluant dès lors à l'inexécution par le GIE au titre de l'engagement pris relativement à « l'absence de procédure contradictoire en cas de sortie de droit » pour la raison que le GIE n'avait pas inséré dans son règlement intérieur une procédure contradictoire, ainsi qu'il s'y était engagé, sans rechercher si, indépendamment de ce manquement formel, le GIE n'avait pas dans la pratique, établie par des courriers adressés les 16 mars et 19 juillet 2012, observé une procédure répondant aux engagements pris de sorte qu'il n'en résultait aucune

contravention aux préoccupations de concurrence, la cour d'appel a privé son arrêt de base légale au regard des articles L. 464-2 et L. 464-3 du code de commerce ;

6 / qu'il appartient à la cour d'appel de Paris, saisie d'un

recours en annulation contre une décision de l'Autorité statuant sur le respect d'engagements acceptés par elle en application de l'article L. 464-2 du code de commerce, d'apprécier elle-même en fait et en droit l'existence de l'inexécution reprochée au défendeur ; d'où il suit qu'en se bornant, au titre de l'engagement pris par le GIE relativement à l'article 14.2 relatif à la "durée du préavis en cas de démission (GIE, produit national, produit régional)", à s'assurer que l'Autorité avait motivé sa décision, sans exercer elle-même son office, la cour d'appel a violé l'article L. 464-8 du code de commerce ;

Mais attendu, en premier lieu, que la caractérisation d'un manquement à des engagements conduit à vérifier leur respect formel puis, le cas échéant, l'absence de manquement au regard des préoccupations de concurrence ayant donné lieu à ces engagements ; que l'arrêt, après avoir constaté que le GIE, qui s'était engagé à faire figurer dans son règlement intérieur le rapport chiffré de conservation des équilibres régionaux, ne le mentionnait que dans la notice d'information remise aux candidats, retient que l'absence de cette mention était une cause d'opacité des conditions d'éligibilité au produit national, seules les radios adhérentes depuis le mois d'août 2011 en ayant eu connaissance ; qu'en l'état de ces motifs, la cour d'appel, qui a effectué la recherche invoquée à la première branche et n'était pas tenue d'effectuer celle mentionnée à la deuxième, que ses constatations rendaient inopérante, a pu retenir que le GIE avait méconnu ses engagements ;

Attendu, en deuxième lieu, qu'interprétant souverainement les nouvelles dispositions introduites en 2010 à l'article 11.3.2 du règlement intérieur, la cour d'appel a pu retenir que le GIE s'était donné la possibilité d'exclure un membre ou un adhérent sans respecter la procédure contradictoire initialement prévue à l'article 13.3 et avait ainsi manqué à son engagement ;

Attendu, en troisième lieu, qu'ayant constaté que de nouveaux cas de « sortie de droit » du GIE avaient été introduits dans le règlement intérieur, en 2006 et en 2011, l'arrêt relève que ces nouveaux cas pouvaient être mis en oeuvre sans procédure contradictoire et en déduit que le GIE n'a pas respecté, à partir de 2006, l'engagement qu'il avait pris de prévoir dans son règlement intérieur que toutes les sorties de droit seraient soumises à une procédure contradictoire ; qu'il retient, effectuant par là-même la recherche invoquée à la cinquième branche, que ce manquement n'a pas disparu du seul fait de l'envoi des courriers des 16 mars et 19 juillet 2012 ;

Et attendu, enfin, qu'après avoir constaté que l'Autorité avait considéré que l'allongement du délai de préavis imposé au membre ou à l'adhérent démissionnaire, lié à l'acquittement d'une pénalité financière au

prorata de la durée du préavis non effectuée, produisait un effet de verrouillage entravant, au-delà de toute nécessité économique, la possibilité pour une radio de quitter le GIE, l'arrêt, par des motifs qui ne sont pas contestés, écarte un à un les moyens soutenus par le GIE pour contester cette appréciation ; qu'ainsi, la cour d'appel, loin de se borner à s'assurer que l'Autorité avait motivé sa décision, a apprécié l'existence de l'inexécution reprochée au GIE ;

D'où il suit que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ;

Et sur le troisième moyen :

Attendu que le GIE fait encore le même grief à l'arrêt alors, selon le moyen :

1 / que tout jugement doit être motivé ; que pour maintenir

l'appréciation portée par l'Autorité sur la gravité des manquements reprochés au GIE et confirmer la sanction pécuniaire prononcée, la cour d'appel relève, d'une part, que l'inexécution constitue un manquement grave en lui-même et, d'autre part, que les conséquences négatives, en ce qui concerne l'accès à la publicité, résultent de l'effet cumulatif de ces manquements ; qu'en se prononçant ainsi quand la gravité des manquements devait s'apprécier in concreto en fonction de la nature des engagements méconnus et de leurs conséquences sur la concurrence et qu'elle constatait que trois manquements, dont l'un relatif au statut d'adhérent, relevés par l'Autorité n'étaient pas établis, la cour d'appel a privé sa décision de motifs et violé l'article 455 du code de procédure civile ;

2 / que si les mesures, injonctions ou engagements prévus aux

articles L. 464-1 et L. 464-2 du code de commerce ne sont pas respectés, l'Autorité peut prononcer une sanction pécuniaire dans les limites fixées à l'article L. 464-2 ; qu'en affirmant qu'il n'était pas renvoyé aux critères de détermination de la sanction pécuniaire définis par l'article L. 464-2 I, alinéa 3, du code de commerce, quand précisément les limites dans lesquelles les sanctions pécuniaires s'apprécient sont définies par ledit texte, la cour d'appel l'a violé par refus d'application ;

3 / que les sanctions pécuniaires sont proportionnées à la

gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie, à la situation de l'organisme ou de l'entreprise sanctionnée ou du groupe auquel l'entreprise appartient et à l'éventuelle réitération de pratiques prohibées ; qu'en ne recherchant pas l'importance du dommage causé à l'économie par les manquements reprochés au GIE, tout en se référant aux motifs de la décision de l'Autorité, dont la réformation était demandée, dont l'un des considérants précisait qu'il ne serait pas tenu compte de

l'importance du dommage causé à l'économie, la cour d'appel a privé son arrêt de base légale au regard des articles L. 464-2, I, alinéa 3 et L. 464-3 du code de commerce ;

4 / que la contradiction de motifs équivaut à une absence de

motifs ; qu'en justifiant sa décision en se référant à la motivation de la décision de l'Autorité, dont le § 202 reprochait au GIE un manquement à ses engagements dans l'article 9 du règlement intérieur, quand elle retenait que la rédaction de cet article 9 ne pouvait « être considérée comme contraire à l'engagement souscrit », la cour d'appel s'est contredite et a violé l'article 455 du code de procédure civile ;

5 / que les sanctions pécuniaires sont proportionnées à la

gravité des faits reprochés ; que pour justifier le montant de la sanction pécuniaire de 300 000 euros prononcée par l'Autorité, la cour d'appel retient qu'il est justifié par la gravité des manquements relevés par l'Autorité qui ont consisté à méconnaître les engagements clairs et précis acceptés par le Conseil de la concurrence ; d'où il suit qu'ayant constaté que deux manquements ayant justifié le montant élevé de la sanction n'étaient pas établis, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations en maintenant le montant de la sanction au niveau prononcé par l'Autorité et a violé les articles L. 464-2 I, alinéa 2 et L. 464-3 du code de commerce ;

Mais attendu qu'après avoir énoncé que l'article L. 464-3 du code de commerce permet à l'Autorité, si les engagements qu'elle a acceptés ne sont pas respectés, de prononcer une sanction pécuniaire "dans les limites fixées à l'article L. 464-2 du même code", l'arrêt retient exactement que seul le montant maximal de la sanction est ainsi défini, sans toutefois qu'il soit renvoyé aux critères prévus à l'alinéa 3 de ce dernier texte pour en déterminer le quantum, lequel est fixé selon les principes généraux d'individualisation et de proportionnalité applicables à toute sanction, de sorte qu'il ne peut être reproché à l'Autorité de ne pas avoir procédé à une analyse du dommage à l'économie résultant des pratiques en cause ; qu'il retient que la gravité des manquements aux engagements pris est appréciée au regard des préoccupations de concurrence auxquelles ces engagements devaient mettre fin ; qu'il relève que la méconnaissance de tels engagements, en contrepartie desquels l'Autorité a renoncé à engager une procédure aux fins de sanction, constitue un manquement grave en lui-même ; qu'il relève encore que même si le GIE n'a manqué qu'à certains de ses engagements, l'effet cumulatif de ces violations a eu des conséquences négatives sur l'accès à la publicité radiophonique nationale ; qu'il retient, appréciant souverainement la proportionnalité de la sanction, que le fait que deux des manquements sanctionnés par l'Autorité ne soient pas établis, n'est pas de nature à diminuer le montant de la sanction prononcée ; qu'en cet état, la cour d'appel, qui a procédé à une analyse

concrète de la nature des engagements méconnus, ainsi que de la gravité des manquements constatés et de leurs effets, a pu, sans se contredire, rejeter le recours en réformation de la décision de l'Autorité ; que le moyen n'est pas fondé ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

Condamne le GIE Les Indépendants aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, le condamne à payer à la présidente de l'Autorité de la concurrence la somme de 3 000 euros et rejette sa demande ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre commerciale, financière et économique, et prononcé par le président en son audience publique du vingt six septembre deux mille dix huit.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits par la SCP Boutet et Hourdeaux, avocat aux Conseils, pour le GIE Les Indépendants

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR rejeté le recours formé par le GIE Les Indépendants contre la décision n 15- D-02 du 26 février 2015 de

l'Autorité de la Concurrence ;

AUX MOTIFS QUE, sur la demande d'annulation de la décision déferée, sur la "Conservation des équilibres régionaux du produit national", la "conservation des équilibres régionaux" du produit national du groupement a donné lieu à l'engagement suivant : "Conservation des équilibres régionaux du produit national "Les Indépendants": avoir une audience qui, ajoutée à celle des radios déjà commercialisées par le GIE diffusant dans la même région INSEE à la date de la candidature, n'entraîne pas une surreprésentation de l'audience cumulée de la région considérée dans l'audience totale des Indépendants, le rapport entre l'audience cumulée de la région considérée et l'audience totale des Indépendants ne devant pas être supérieur de plus de 5 points au rapport entre la population de cette région et la population de la France métropolitaine" (décision de l'Autorité § 40) ; que les termes de cet engagement ont été intégrés à l'article 11 du règlement intérieur adopté le 18 octobre 2006 ; que ce règlement a ensuite été modifié le 2 décembre 2010, de sorte que les dispositions prévoyant que « le rapport entre l'audience cumulée de la région considérée et l'audience totale des Indépendants ne devant pas être supérieur de plus de 5 points au rapport entre la population de cette région et la population de la France métropolitaine » ont été remplacées par les dispositions suivantes « Le conseil d'administration, par délégation permanente de l'assemblée générale, établit et applique une limite au delà de laquelle la conservation des équilibres régionaux serait remise en cause » ; que l'Autorité a considéré que cette substitution, au rapport chiffré maximum de 5 points, d'une délégation donnée au conseil d'administration pour déterminer ce même rapport méconnaissait l'engagement souscrit, dans la mesure où le critère d'éligibilité au produit national était désormais déterminé hors toute procédure fixée à l'avance et que le candidat n'avait plus la garantie "de voir sa demande traitée de manière transparente et objective, l'appréciation étant désormais laissée au conseil d'administration" (décision de l'Autorité, § 106) ; que le groupement conteste qu'il en soit ainsi, et il fait valoir que le critère de conservation des équilibres régionaux du produit national reste "déterminé de manière objective et préalable", puisqu'il a été fixé par le conseil d'administration après consultation de l'assemblée générale et qu'il est repris par la notice d'information dans les termes suivants : "L'indicateur établi par le Conseil d'administration réuni les

5 février et 15 mars 2010, pour l'appréciation de la conservation des équilibres régionaux, est le quart d'heure moyen (QHM) pour la période (septembre N - 1/juin N), le QHM étant la donnée retenue dans la construction des offres commerciales. Le rapport entre le QHM de la région considérée et le QHM total des Indés Radios ne doit pas être supérieur de plus de 9 points au rapport entre la population de cette région et la population de la France métropolitaine" ; que sans doute le conseil d'administration du groupement a-t-il effectivement adopté un critère chiffré permettant de vérifier que les équilibres régionaux étaient conservés, mais ce critère figure désormais dans la notice d'information et non dans le règlement intérieur, ce qui, comme l'Autorité l'a relevé, n'est pas indifférent : en effet, seules les radios auxquelles la notice a été remise, c'est-à-dire les radios adhérentes depuis août 2011, date d'introduction de ce nouveau critère, ou candidates depuis août 2011, en ont connaissance ; que dès lors, l'absence de ce critère dans le règlement intérieur est une cause d'opacité des conditions d'éligibilité au produit national ; que sur ce point, le GIE reconnaît l'existence d'une "asymétrie" entre les radios déjà adhérentes et les radios candidates ; mais il souligne que le nouveau critère ne conditionne pas le maintien des radios déjà adhérentes, puisqu'il ne s'applique qu'aux radios candidates, lesquelles en ont été informées par des courriers des 30 avril et 7 septembre 2010 auxquels était annexée la notice d'information à jour des modifications intervenues ; que pour sa part, le Conseil de la

concurrence avait reconnu la légitimité du critère de conservation des équilibres régionaux, qui lui était apparu comme "le seul outil à la disposition du GIE pour limiter les risques de déséquilibre géographique de son audience", et il avait, en conséquence, considéré que "le fait d'indiquer de façon chiffrée quel doit être le rapport maximum entre l'audience cumulée de la région considérée et l'audience totale des Indépendants permet au candidat de connaître à l'avance s'il est éligible ou non au GIE et apparaît comme un moyen proportionné et non discriminatoire pour conserver la qualité du produit offert sur un marché concurrentiel" (décision du Conseil de la concurrence du 6 octobre 2006, § 69 et 70) ; qu'or le GIE s'était engagé à faire figurer ce rapport chiffré dans son règlement intérieur, au même titre que les autres conditions d'adhésion ; que force est donc de constater que cet engagement a été méconnu, puisque le rapport chiffré - fixé désormais par le conseil d'administration chargé de déterminer la "limite au delà de laquelle la conservation des équilibres régionaux serait remise en cause" - n'est mentionné que dans la notice d'information remise aux candidats ; que s'il est exact que, comme le souligne le groupement, ce critère ne s'applique qu'aux radios candidates, lesquelles reçoivent toutes la notice d'information, et qu'il constitue ainsi, selon l'expression employée par le Conseil de la concurrence dans sa décision de 2006, un "test d'entrée" auquel échappent les radios déjà adhérentes, la lettre de l'engagement n'en est pas moins méconnue ; que le groupement, par ailleurs, fait valoir que le critère relatif aux équilibres régionaux a évolué dans le sens d'un assouplissement, permettant ainsi à davantage de radios de satisfaire à la condition de

conservation des équilibres régionaux ; que c'est ainsi qu'il indique que la modification du rapport chiffré a permis l'entrée de cinq radios franciliennes et qu'il soutient que si ce rapport n'avait pas été modifié, ces radios auraient été privées de l'accès au marché de la publicité radiophonique nationale ; que cependant, le constat que des radios candidates ont pu satisfaire au critère fixé par le conseil d'administration ne permet pas, à lui seul, de conclure que ce critère a en réalité été assoupli dans un sens facilitant l'accès au marché de la publicité radiophonique nationale, puisqu'il resterait, pour parvenir à cette conclusion, à déterminer le nombre de radios qui seraient entrées dans le groupement si le critère n'avait pas été modifié ; que surtout, le respect par le groupement de ses engagements, qui est l'objet même de la décision déférée, doit s'apprécier non au regard des effets actuels ou potentiels du comportement en cause, mais en considération de la situation concurrentielle que le Conseil de la concurrence avait entendu préserver en acceptant et en rendant obligatoires ces mêmes engagements ; que sur la sanction du non respect par une radio de l'"engagement de loyauté" ; que sans sa version adoptée le 2 décembre 2010, le règlement intérieur comportait de nouvelles dispositions prévoyant l'exclusion de l'adhérent ou du membre qui aurait violé la condition d'adhésion dite "Engagement de loyauté" ; que ces dispositions figuraient à l'article 11.3.2 du règlement et étaient ainsi rédigées : "Engagement de loyauté (..) La radio s'engage, en qualité de candidate à l'entrée au GIE, à respecter le Règlement intérieur et toutes les décisions prises en Assemblée générale ou par le Conseil d'administration dans le cadre des pouvoirs qui lui sont conférés par l'Assemblée générale (...) La radio reconnaît qu'en cas de non respect du présent engagement, le GIE pourra lui retirer son statut d'adhérent ou de membre le cas échéant, sans préavis et sans indemnité, et sans préjudice de l'application des autres dispositions du Règlement intérieur" ; que l'Autorité a considéré que ces dispositions méconnaissaient le premier engagement souscrit par le groupement, en ce que l'exclusion, prononcée "sans préavis et sans indemnité", n'était pas soumise à une procédure contradictoire ; qu'il ressort du premier engagement souscrit par le GIE que l'exclusion d'un membre ou d'un adhérent pour violation du règlement intérieur était précédée d'une procédure contradictoire ainsi définie : "Sortie du GIE Les Indépendants ou du produit national (...) Procédure : - Si le Conseil d'administration constate le manquement par une radio à une des dispositions du Règlement Intérieur, notamment aux conditions d'adhésion, il informe la radio concernée par LRAR des manquements constatés et du risque d'exclusion qu'ils entraînent pour elle ; - Cette dernière a trente (30) jours à compter de la réception de la LRI4R pour régulariser sa situation ou donner toutes explications quant aux reproches formulés ; - Le Conseil d'administration notifie à la radio, dans les 30 jours à compter de la réception de son courrier, la décision prise et ses motifs ;

- Le Conseil agissant par délégation permanente de pouvoir de l'Assemblée Générale, doit faire valider cette décision par la première Assemblée Générale suivant le jour où est rendue la décision d'exclusion de la radio (...)" (décision de l'Autorité, § 40) ; Que le groupement convient que les modifications apportées en 2010 à son règlement intérieur ont écarté l'application de ces dispositions, mais il soutient que l'exclusion pour violation de ce règlement reste néanmoins soumise à une procédure contradictoire, il invoque, en effet, les termes de l'article 11.3.2 rappelés plus haut, qui prévoient que l'exclusion est prononcée "sans préavis et sans indemnité", mais aussi "sans préjudice de l'application des autres dispositions du Règlement intérieur" ; que le groupement considère que cette formule rend applicables les dispositions de l'article 13.3 relatives à la procédure d'exclusion, selon lesquelles le conseil d'administration, lorsqu'il constate le manquement "à une des dispositions" du règlement intérieur, en informe la radio en cause qui dispose alors d'un délai de trente jours "pour régulariser sa situation ou donner toutes explications quant aux reproches formulés" ; que cet argument, cependant, ne peut être retenu car il est entaché de contradiction ; qu'en effet, dès lors que l'article 13.3.2 prévoit que le retrait du statut d'adhérent ou de membre est selon ses termes mêmes, prononcé "sans préavis", la procédure contradictoire de l'article 13.3 ne peut trouver à s'appliquer puisqu'elle consiste précisément, préalablement à toute décision, à aviser la radio en cause qu'un manquement susceptible d'entraîner son exclusion a été relevé contre elle et à lui laisser un délai pour préparer sa défense ; que sur l'absence de procédure contradictoire en cas de sortie de droit, l'engagement souscrit soumet toutes les "sorties" du GIE ou du produit à une procédure contradictoire permettant à la radio concernée, après qu'elle ait été informée du manquement reproché, de disposer d'un délai pour régulariser sa situation ou pour présenter ses observations (Décision de l'Autorité, § 40) ; que les modifications apportées au règlement intérieur les 18 octobre 2006 et 12 décembre 2011 ayant introduit des nouveaux cas de "sortie de droit" à ceux précédemment prévus, l'Autorité a constaté qu'ils ne relevaient d'aucune procédure contradictoire et elle en a conclu que le GIE avait méconnu son engagement à partir du 18 octobre 2006 ; que le GIE estime cependant que, bien que son règlement intérieur ne le prévoit pas explicitement, les "sorties de droit" introduites en 2006 et 2011 ne peuvent être mises en oeuvre qu'après une procédure contradictoire ; il s'appuie sur les teneurs de deux courriers adressés les 16 mars et 19 juillet 2012 à chacun de ses membres et adhérents, dans lesquels il leur a expressément indiqué que toutes les sorties et exclusions étaient motivées et soumises à une procédure contradictoire ; que si la réalité de l'envoi et du contenu de ces courriers - qui ont été versés au dossier - est établie, il n'en reste pas moins que le groupement avait pris l'engagement de prévoir dans son règlement intérieur que toutes les sorties de droit donneraient lieu à une procédure contradictoire, et que tel n'est pas le cas s'agissant des cas de sortie introduits en 2006 et 2011 ; qu'on ne saurait dès lors considérer que

cette contrariété a disparu du seul fait de l'envoi de ces courriers ; que, de même, le fait que, comme le groupement le souligne, aucune radio n'a été l'objet, depuis 2006, d'une mesure de "sortie de droit" est sans incidence sur la réalité du manquement reproché, lequel consiste non dans la mise en oeuvre de la procédure de sortie, mais à n'avoir pas respecté l'engagement souscrit ; que, sur l'absence de procédure et de garantie du maintien au sein du GIE en cas de sortie du produit national pour audience insuffisante, l'Autorité a constaté que l'article 13.7 du règlement intérieur, dans sa version du 18 octobre 2006, prévoyait que la radio dont l'audience s'avérerait insuffisante "sortira automatiquement du produit national" ; que dans des circonstances exceptionnelles, le Conseil d'administration pourra faire valider par l'Assemblée générale le maintien de la radio dans le produit national" ; qu'elle a également relevé que selon l'article 13.1 de ce même règlement, une radio "qui ne participe plus à aucun produit, quelle qu'en soit la cause (sortie d'un produit, démission, exclusion) cesse de plein droit d'être adhérente ou membre du GIE" ; qu'elle a conclu

qu'il résultait de l'application combinée de ces deux articles qu'une audience insuffisante entraînait non seulement la sortie du produit national, mais aussi une exclusion de plein droit du groupement qu'elle a considéré que, ce faisant le règlement intérieur avait méconnu le premier engagement, puisque celui ci avait prévu, en cas d'insuffisance d'audience, une sortie du produit national, mais pas d'exclusion du GIE ; que le GIE estime que c'est à tort que l'Autorité procède à une telle lecture combinée des articles 13.7 et 13.1, car le premier de ces articles ne comporte aucun renvoi exprès au second, qui n'aurait donc pas vocation à s'appliquer ; que s'il est avéré que l'article 13.7 ne renvoie effectivement à aucun autre article du règlement intérieur, l'argument du groupement est cependant inopérant ; qu'en effet l'article 13.1, à la lettre même de ses dispositions, fait perdre de plein droit la qualité d'adhérent ou de membre du groupement à la radio « qui ne participe plus à aucun produit » ce qui est bien le cas lorsqu'une radio a été l'objet de la "sortie automatique" pour insuffisance d'audience prévue par l'article 13.7 ; que l'article 13.1, de surcroît, souligne la portée générale de ce dispositif puisqu'il précise que celui ci s'applique en cas d'absence de toute participation aux produits du groupement, "quelle qu'en soit la cause (sortie d'un produit, démission, exclusion)" ; que, par ailleurs, le groupement fait valoir, d'une part, que selon l'engagement souscrit, la sortie du produit national en cas d'insuffisance d'audience devait intervenir "avec effet immédiat", sans bénéfice d'un préavis, et, d'autre part, qu'en cas de "circonstances exceptionnelles", la radio peut rester dans le produit national ; mais que ces constats sont sans effet sur la question de savoir si l'engagement a été méconnu ; qu'en effet, il n'est pas reproché au groupement d'avoir institué, en cas d'insuffisance d'audience, une sortie immédiate et sans préavis du produit national, puisque cette mesure était prévue par l'engagement souscrit dans les termes suivants : "(iii) Sortie du GIE Les Indépendants ou du produit national: Sortie du produit national avec effet immédiat en cas d'audience, constatée par une vague Médialocales (septembre N-1/juin N),

devenant inférieure à la moitié de l'audience minimum exigée comme condition d'éligibilité, sauf circonstances exceptionnelles (..) (Décision de l'Autorité, § 40) ; qu'en revanche, il lui est fait grief d'avoir ajouté à cette sortie du produit national une exclusion du groupement qui était absente de l'engagement ; que de même, le fait que cette sortie puisse être écartée en cas de "circonstances exceptionnelles" ne fait pas disparaître le grief d'avoir ajouté une sanction à celle prévue par l'engagement ; qu'enfin, le groupement fait valoir que dans les faits, aucune radio n'a été exclue pour insuffisance d'audience et il indique que la seule radio sortie du produit depuis 2006, pour ce motif, est restée adhérente ; que le manquement n'en demeure pas moins constitué, puisqu'il résulte de ce que l'insuffisance d'audience peut donner lieu non pas seulement à une sortie du produit mais aussi à une exclusion du groupement ; que sur le changement dans le capital ou les organes de direction d'un membre ou d'un adhérent, s'agissant du changement dans le capital ou les organes de direction des membres et adhérents, le Conseil de la concurrence avait accepté l'engagement du groupement portant sur l'introduction dans son règlement intérieur les dispositions suivantes: "Tout membre ou adhérent doit fournir au GIE, chaque fois que de besoin, dès la décision du CSA et ce sans délai, toute information concernant un changement dans son capital ou ses dirigeants. Cette information prendra la forme d'une copie de la demande adressée au CSA et de la réponse de celui ci. En cas de non respect de cette obligation, le GIE inflige au membre ou à l'adhérent concerné une pénalité dont le montant est fixé en Assemblée Générale" (décision de l'Autorité, § 40) ; que le règlement intérieur adopté le 12 décembre 2011 a prévu, dans son article 15.3, que le GIE pouvait exclure la radio qui n'aurait pas respecté son obligation de lui transmettre les informations concernant un changement dans son capital ou dans ses organes de direction ; que l'Autorité a considéré que cette modification était contraire à l'engagement souscrit, en ce qu'elle permettait désormais au GIE non pas seulement d'infliger à la radio contrevenante une pénalité financière, mais de prononcer son exclusion ; que le groupement, qui conteste cette interprétation, rappelle que l'obligation de transmission d'information est liée à la condition d'indépendance des radios vis à vis des réseaux nationaux, dont le Conseil de la concurrence a lui même souligné l'importance dans sa décision de 2006, et qu'elle lui permet seule d'en vérifier le respect ; qu'il souligne, par ailleurs, que l'exclusion prévue depuis 2011 en cas de manquement à cette obligation, ne peut être prononcée qu'au terme de la procédure contradictoire définie à l'article 13.3 de son règlement intérieur ; que de fait la mise en oeuvre de l'exclusion prévue par l'article 15.3 est encadrée par les dispositions de l'article 13.3 qui, en particulier, laissent un délai à la radio contrevenante pour régulariser sa situation ou présenter ses observations, de sorte que cette mesure ne peut intervenir qu'au terme d'une procédure contradictoire ; qu'il n'en reste pas moins qu'elle ne figurait pas dans l'engagement souscrit par le groupement, lequel ne sanctionnait le manquement à l'obligation d'information que par une pénalité ; qu'or, c'est

précisément parce que le dispositif envisagé ne comportait pas la sanction de l'exclusion, que le Conseil de la concurrence eu avait accepté les termes, comme il l'a expressément indiqué ainsi dans sa décision : "La nouvelle rédaction de cette disposition exige une information en cas de changement dès la décision du CSA et le non respect de cette obligation fait l'objet d'une sanction pécuniaire fixée par l'Assemblée Générale, sans pouvoir entraîner à lui seul une exclusion. Cette nouvelle rédaction répond dès lors aux préoccupations de concurrence du Conseil." (décision du Conseil de la concurrence, § 82) ; que c'est donc à juste titre que l'Autorité a considéré que l'article 15.3 du règlement intérieur, tel qu'adopté le 12 décembre 2011, méconnaissait le premier engagement souscrit par le groupement ; que sur le contenu de la notice d'information, à l'origine, le GIE adressait aux radios candidates un document d'information dénommé "Mode d'emploi du nouvel adhérent aux Indépendants", qui présentait les conditions d'appartenance au groupement ; que dans sa décision de 2006, le Conseil de la concurrence avait observé que ce document, qui était censé reprendre les dispositions figurant dans le règlement intérieur, s'en distinguait cependant puisqu'il ajoutait des conditions d'entrée à celles prévues par celui ci, ainsi en matière d'audience et de temps de diffusion des spots, et que de surcroît ces conditions n'avaient pas de caractère exhaustif (décision du Conseil de la concurrence, § 26) ; qu'aussi le GIE s'était-il engagé à substituer à ce "Mode d'emploi" une "Notice d'information" présentant, sans les modifier, les dispositions du règlement intérieur relatives aux conditions d'appartenance ; que c'était l'objet du deuxième engagement souscrit par le GIE qui était ainsi rédigé : « Le GIE s'engage à modifier les dispositions de la Notice d'information qu'il envoie aux radios candidates définissant les conditions d'adhésion et la procédure d'admission en reprenant à l'identique les dispositions du Règlement intérieur modifiées conformément au premier engagement. En outre, le GIE n'adresse plus le Mode d'Emploi aux radios candidates (...) » (décision de l'Autorité, § 40) ; qu'en application de cet engagement, une première version de cette notice a été établie le 31 octobre 2006 et deux mises à jour ont ensuite été effectuées, la dernière en date du 25 août 2011 ; que cette notice a repris les dispositions du règlement intérieur relatives aux conditions d'appartenance au groupement, en particulier celles issues des modifications apportées le 2 décembre 2010 ; que l'autorité a considéré que puisque certaines de ces conditions contrevenaient aux engagements souscrits par le groupement, la notice qui en reprenait les termes était elle même contraire à ces engagements; elle a ainsi relevé que "reprenant les dispositions du règlement intérieur du 2 décembre 2010 portant sur les conditions d'appartenance au GIE et au produit national « Les Indépendants » ne respectant pas le premier engagement, les notices d'information en cause ont été adoptées en violation du deuxième engagement. Le GIE a ainsi méconnu son deuxième engagement, au moins à compter du 25 août 2011, date de la troisième notice" (décision de l'Autorité, § 153 et 154) ; que sans doute les conditions d'appartenance présentées dans la notice sont elles contraires au premier

engagement souscrit par le groupement ; mais cette contrariété n'est que la conséquence mécanique de l'application du deuxième engagement, ci dessus rappelé, qui imposait au groupement de reprendre "à l'identique" dans la notice les conditions d'appartenance fixées par le règlement intérieur ; qu'on ne saurait donc, à proprement parler, considérer

qu'en introduisant ces conditions dans la notice, comme il y était obligé, le groupement a méconnu le deuxième engagement qu'il avait souscrit ; que, sur l'article 9 du règlement intérieur relatif au "Statut d'adhérent", dans sa version du 12 décembre 2011, l'article 9 du règlement intérieur prévoit que "Le statut d'adhérent n'est pas transmissible (...). Il est accordé à une personne morale en considération de l'identité de ses mandataires sociaux et représentants légaux, ainsi que celle de ses actionnaires ou associés directs ou indirects. Il est en outre subordonné au respect permanent par l'adhérent des dispositions du règlement intérieur et notamment des conditions d'appartenance au GIE (...)" ; que l'Autorité a observé que ces dispositions fixaient deux critères distincts d'adhésion au groupement : l'un relatif à l'identité des mandataires sociaux, représentants légaux, actionnaires et associés du candidat ; l'autre, introduit par les mots "Il est en outre subordonné", relatif au respect du règlement intérieur. Elle en a conclu que le premier de ces deux critères constituait un ajout et que le règlement intérieur avait ainsi introduit en méconnaissance de l'engagement souscrit, "un critère supplémentaire empreint de subjectivité" (décision de l'Autorité, § 164) ; que le GIE conteste cette interprétation et fait valoir que les dispositions en cause ne sont qu'une explicitation du critère qui figurait déjà dans le règlement en vigueur en 2005, selon lequel le statut d'adhérent "est accordé à une personne morale en considération de son mandataire social", et il souligne que l'Autorité n'y avait pas vu de problème ; qu'il ajoute que l'article 9 en cause ne fait qu'intégrer au statut d'adhérent le critère d'indépendance intuitu personae contenu dans le premier engagement validé par l'Autorité ; qu'il résulte du texte même de l'article 9 adopté en 2011 que l'adhésion au groupement est soumise à deux conditions formellement distinctes et relatives, l'une, à l'identité des dirigeants et associés du candidat et, l'autre, au respect du règlement intérieur ; que la question est donc de déterminer si la première de ces deux conditions est un ajout par rapport à l'engagement souscrit, qui en déformerait le sens et la portée et en constituerait, par conséquent, une méconnaissance ; que sur ce point l'engagement accepté par l'Autorité comprenait, au titre des conditions requises des candidats à l'adhésion, des dispositions ainsi rédigées : "(...) La radio [candidate] déclare n'avoir aucun lien de dépendance, de droit ou de fait, ni aucune relation d'affiliation directe ou indirecte avec une personne ou un groupe exploitant ou participant de manière directe ou indirecte à l'exploitation d'un réseau de diffusion à caractère national tel que défini par l'article 41-3 4 b) de la loi n 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la o

liberté de communication (...)" (décision de l'Autorité, § 40) ; que ces dispositions ont pour objet de garantir l'indépendance des radios candidates par rapport aux réseaux de diffusion nationale et, à cette fin, elles prohibent

les liens de dépendance "de droit ou de fait" ainsi que les relations d'affiliation "directes ou indirectes" ; que leur bonne application suppose donc de vérifier les liens capitalistiques que la radio entretiendrait avec d'autres sociétés, mais aussi les liens de dépendance personnelle qui pourraient résulter de l'identité des dirigeants ou des associés de la radio candidate et d'un réseau national ; en effet l'indépendance à l'égard des réseaux nationaux serait affectée par l'existence de liens capitalistiques, mais elle le serait aussi dans le cas où la radio candidate et un réseau national auraient des dirigeants communs ou les mêmes associés ; qu'aussi l'indication par l'article 9 en cause que le statut d'adhérent est accordé "en considération de l'identité de ses mandataires sociaux et représentants légaux, ainsi que celle de ses actionnaires ou associés directs ou indirects" ne peut elle être considérée comme contraire à l'engagement souscrit, dès lors qu'elle permet au groupement de s'assurer du respect de l'interdiction, prévue par ce même engagement, de "tout lien de dépendance, de droit ou de fait" de la radio candidate par rapport à un réseau national ; que sur l'article 13.8 relatif à « l'Exclusion d'une radio d'un produit », l'article 13.8 du règlement intérieur, dans sa version du 18 octobre 2006, prévoyait que le conseil d'administration pouvait demander à une assemblée générale extraordinaire de "provoquer l'exclusion" d'une radio d'un produit, si elle avait enfreint ce règlement ; que l'Autorité a reproché au groupement de ne pas avoir prévu de procédure contradictoire, en violation du premier engagement souscrit, lequel soumettait à une telle procédure les "sorties" du groupement ou du produit national ; que le groupement conteste ce grief et fait valoir qu'une procédure contradictoire a été mise en place à l'issue de l'assemblée générale du 12 décembre 2011 et qu'elle figure à l'article S 5 de l'annexe 9 du règlement intérieur ; que les dispositions qu'il invoque prévoient effectivement que l'exclusion, dont le principe est fixé par l'article 13.8, ne peut être prononcée qu'à l'issue d'une procédure contradictoire entre le conseil d'administration et la radio contrevenante", consistant, en particulier, à communiquer préalablement à celle-ci les motifs et la nature de la décision envisagée et à lui permettre, dans un délai de 21 jours, de régulariser sa situation ou de présenter ses observations ; que cependant, force est de constater que si ces dispositions satisfont à l'engagement, elles n'ont pris effet qu'en 2011, et que jusqu'alors le règlement intérieur ne soumettait pas l'exclusion d'une radio d'un produit à une procédure contradictoire ; qu'il y a donc lieu de considérer, comme l'Autorité l'a constaté, que l'engagement a été méconnu, mais jusqu'en 2011 seulement ; que sur l'article 14.2 relatif à la "Durée du préavis en cas de démission (GIE, produit national, produit régional)", l'article 14.2 du règlement intérieur, dans sa version du 18 octobre 2006, fixait la durée du préavis de la démission d'un membre du groupement ou d'un adhérent à, respectivement, 12 mois et 6 mois ; que ces dispositions ont été modifiées en 2011 et elles prévoient désormais que ce préavis prend fin, s'agissant de la démission d'un membre, « au terme de la Convention de régie nationale conclue par le GIE et approuvée par l'Assemblée générale. Par dérogation à ce qui précède, dans le cas où la

démission serait reçue par le GIE moins de un an avant le terme de ladite Convention de régie nationale, le préavis expirera le 31 décembre de l'année suivant la date de réception de la démission » et, s'agissant de la démission d'un adhérent, « au terme de l'année civile au cours de laquelle la démission a été notifiée au GIE dans le cas où la démission est intervenue au plus tard le 30 juin, ou au terme de l'année civile suivant l'année au cours de laquelle la démission a été notifiée au GIE dans le cas où la démission est intervenue après le 30 juin » ; que l'Autorité a constaté que ces nouvelles dispositions allongeaient la durée du préavis imposé au membre ou à l'adhérent démissionnaire ; elle a relevé, de surcroît, qu'en cas de non respect de ce préavis, le démissionnaire devait s'acquitter d'une pénalité financière calculée au prorata de la durée du préavis non effectuée et égale à 30 % du chiffre d'affaires de publicité nationale perçue dans les douze mois précédant la démission. Elle a considéré que ces dispositions "produis[ai]ent un effet de verrouillage sur le marché en cause en entravant, au delà de toute nécessité économique la possibilité pour une radio de quitter le GIE" (décision, § 181) et elle en a conclu que le groupement avait ainsi méconnu ses engagements, à compter du 12 décembre 2011, date de leur introduction dans le règlement intérieur ; que le groupement s'oppose à cette conclusion de l'Autorité et il soutient, en premier lieu, que les modifications apportées en 2011 au règlement intérieur sont parfaitement conformes à l'esprit des engagements puisqu'elles permettent "in fine de ne pas dégrader les conditions d'accès des radios membres du GIE à la publicité radiophonique nationale" ; qu'à ce titre, il fait valoir, en particulier, que l'accès des radios locales au marché de la publicité nationale - qui est l'objectif poursuivi par les engagements souscrits - implique qu'il commercialise un produit "le plus attractif possible", ce à quoi contribuent les dispositions en cause qui ont pour objet d'éviter que la commercialisation du produit national ne soit pas trop perturbée par des sorties, en cours d'année, de radios adhérentes ou membres ; que sur ce point, l'Autorité n'a mis en cause ni la nécessité pour le groupement de veiller à l'attractivité de son produit ni, en conséquence, l'obligation pour ses adhérents de respecter un préavis avant la prise d'effet de leur démission ; qu'en revanche, elle s'est employée à vérifier que la durée de ce préavis, telle que fixée par le règlement intérieur, n'avait pas pour effet d'entraver, "au delà de toute nécessité économique", la sortie des radios du groupement et de verrouiller ainsi le marché de la publicité radiophonique ; qu'en second lieu, le groupement souligne que nonobstant les modifications apportées en 2011, les adhérents peuvent bénéficier du délai de préavis antérieurement prévu, puisque dans le cas où ils présenteraient avant le 30 juin leur démission, celle-ci prendrait effet au 31 décembre suivant ; que la portée de cet

argument - qui au demeurant porte sur la démission du seul adhérent et non du membre du groupement - est cependant toute relative ; qu'en effet, alors que jusqu'en 2011 la durée du préavis imposé à l'adhérent était toujours de six mois, elle n'est de cette même durée, depuis 2011, que dans le seul cas où la démission est présentée le 30 juin et elle est d'une durée supérieure dans tous les autres

cas, cette durée pouvant aller jusqu'à 18 mois quand la démission est présentée le 1 juillet ; qu'en troisième lieu, le groupement fait valoir que

c'est à tort que l'Autorité a mis en cause dans sa décision l'indemnité de dédit prévue par l'article 21.1 du règlement intérieur, issu des modifications qui y ont été apportées en 2011, alors que cette indemnité existait précédemment dans le règlement intérieur examiné en 2005 et que l'Autorité n'y avait vu aucune préoccupation de concurrence ; qu'il ressort cependant de la simple lecture de la décision déferée que ce reproche n'est pas fondé ; que sans doute, l'Autorité a t elle évoqué les dispositions de l'article 21.1 du règlement intérieur, aux termes desquelles la radio ne peut, durant le préavis, soustraire sa propre audience au produit auquel elle a adhéré, ni apparaître dans un autre produit, sauf à payer une indemnité égale à 30 % du chiffre d'affaires de publicité nationale qu'elle a réalisé dans les douze derniers mois, mais elle n'a nullement considéré que ce dispositif constituait un manquement aux engagements souscrits, ni qu'il soulevait, par lui même, des préoccupations de concurrence ; qu'en revanche, l'Autorité a observé que ce dispositif rendait plus contraignant encore l'allongement de la durée du préavis, puisque la radio concernée ne pouvait se soustraire aux conséquences en résultant qu'au prix du paiement d'une indemnité d'un montant élevé ;

ALORS QUE commet un excès de pouvoir la cour d'appel de Paris qui, saisie d'un recours en annulation sur le fondement de l'article L. 464-8 du code de commerce contre une décision de l'Autorité de la concurrence le rejette après avoir retenu qu'il était partiellement fondé ; que la cour d'appel a considéré que (arrêt, p. 9), contrairement à ce qu'avait retenu l'Autorité de la concurrence, le Gie Les Indépendants n'avait pas méconnu le deuxième engagement qu'il avait souscrit au titre du « contenu de l'obligation d'information » (arrêt p. 9 et 10) ; qu'elle a de même retenu au titre de l'article 9 du règlement intérieur relatif au "statut d'adhérent" qu'il n'y avait pas de méconnaissance de l'engagement pris par le Gie Les Indépendants (arrêt, p. 10 & 11), contrairement à l'opinion de l'Autorité de la concurrence ; qu'enfin, elle a retenu, à rebours de ce que l'Autorité de la concurrence avait décidé, que l'engagement pris au titre de l'article 13.8 relatif à l'exclusion d'une radio d'un produit n'avait été méconnu que jusqu'en 2011 seulement (arrêt, p. 11) ; d'où il suit qu'en rejetant néanmoins le recours en annulation, après avoir décidé qu'il était partiellement fondé, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, a commis un excès de pouvoir en violation du texte susvisé.

DEUXIEME MOYEN DE CASSATION (subsidaire)

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR rejeté le recours formé par le GIE Les Indépendants contre la décision n 15- D- 02 du 26 février 2015 de

l'Autorité de la Concurrence ;

AUX MOTIFS QUE, sur la demande d'annulation de la décision déferée, sur la "Conservation des équilibres régionaux du produit national ", la "conservation des équilibres régionaux" du produit national du groupement a donné lieu à l'engagement suivant : "Conservation des équilibres régionaux du produit national "Les Indépendants": avoir une audience qui, ajoutée à celle des radios déjà commercialisées par le GIE diffusant dans la même région INSEE à la date de la candidature, n'entraîne pas une surreprésentation de l'audience cumulée de la région considérée dans l'audience totale des Indépendants, le rapport entre l'audience cumulée de la région considérée et l'audience totale des Indépendants ne devant pas être supérieur de plus de 5 points au rapport entre la population de cette région et la population de la France métropolitaine" (décision de l'Autorité § 40) ; que les termes de cet engagement ont été intégrés à l'article 11 du règlement intérieur adopté le 18 octobre 2006 ; que ce règlement a ensuite été modifié le 2 décembre 2010, de sorte que les dispositions prévoyant que « le rapport entre l'audience cumulée de la région considérée et l'audience totale des Indépendants ne devant pas être supérieur de plus de 5 points au rapport entre la population de cette région et la population de la France métropolitaine » ont été remplacées par les dispositions suivantes « Le conseil d'administration, par délégation permanente de l'assemblée générale, établit et applique une limite au delà de laquelle la conservation des équilibres régionaux serait remise en cause » ; que l'Autorité a considéré que cette substitution, au rapport chiffré maximum de 5 points, d'une délégation donnée au conseil d'administration pour déterminer ce même rapport méconnaissait l'engagement souscrit, dans la mesure où le critère d'éligibilité au produit national était désormais déterminé hors toute procédure fixée à l'avance et que le candidat n'avait plus la garantie "de voir sa demande traitée de manière transparente et objective, l'appréciation étant désormais laissée au conseil d'administration" (décision de l'Autorité, § 106) ; que le groupement conteste qu'il en soit ainsi, et il fait valoir que le critère de conservation des équilibres régionaux du produit national reste "déterminé de manière objective et préalable", puisqu'il a été fixé par le conseil d'administration après consultation de l'assemblée générale et qu'il est repris par la notice d'information dans les termes suivants : "L'indicateur établi par le Conseil d'administration réuni les 5 février et 15 mars 2010, pour l'appréciation de la conservation des équilibres régionaux, est le quart d'heure moyen (QHM) pour la période (septembre N - 1/juin N), le QHM étant la donnée retenue dans la construction des offres commerciales. Le rapport entre le QHM de la région considérée et le QHM total des Indés Radios ne doit pas être supérieur de plus de 9 points au rapport entre la population de cette région et la population de la France métropolitaine" ; que sans doute le conseil d'administration du groupement a t il effectivement adopté un critère chiffré permettant de vérifier que les équilibres régionaux étaient conservés, mais ce critère figure désormais dans la notice d'information et non dans le règlement intérieur, ce qui, comme l'Autorité l'a relevé, n'est pas indifférent : en effet, seules les radios auxquelles la notice

a été remise, c'est-à- dire les radios adhérentes depuis août 2011, date d'introduction de ce nouveau critère, ou candidates depuis août 2011, en ont connaissance ; que dès lors, l'absence de ce critère dans le règlement intérieur est une cause d'opacité des conditions d'éligibilité au produit national ; que sur ce point, le GIE reconnaît l'existence d'une "asymétrie" entre les radios déjà adhérentes et les radios candidates ; mais il souligne que le nouveau critère ne conditionne pas le maintien des radios déjà adhérentes, puisqu'il ne s'applique qu'aux radios candidates, lesquelles en ont été informées par des courriers des 30 avril et 7 septembre 2010 auxquels était annexée la notice d'information à jour des modifications intervenues ; que pour sa part, le Conseil de la concurrence avait reconnu la légitimité du critère de conservation des équilibres régionaux, qui lui était apparu comme "le seul outil à la disposition du GIE pour limiter les risques de déséquilibre géographique de son audience", et il avait, en conséquence, considéré que "le fait d'indiquer de façon chiffrée quel doit être le rapport maximum entre l'audience cumulée de la région considérée et l'audience totale des Indépendants permet au candidat de connaître à l'avance s'il est éligible ou non au GIE et apparaît comme un moyen proportionné et non discriminatoire pour conserver la qualité du produit offert sur un marché concurrentiel" (décision du Conseil de la concurrence du 6 octobre 2006, § 69 et 70) ; qu'or le GIE s'était engagé à faire figurer ce rapport chiffré dans son règlement intérieur, au même titre que les autres conditions d'adhésion ; que force est donc de constater que cet engagement a été méconnu, puisque le rapport chiffré - fixé désormais par le conseil

d'administration chargé de déterminer la "limite au delà de laquelle la conservation des équilibres régionaux serait remise en cause" - n'est mentionné que dans la notice d'information remise aux candidats ; que s'il est exact que, comme le souligne le groupement, ce critère ne s'applique qu'aux radios candidates, lesquelles reçoivent toutes la notice d'information, et qu'il constitue ainsi, selon l'expression employée par le Conseil de la concurrence dans sa décision de 2006, un "test d'entrée" auquel échappent les radios déjà adhérentes, la lettre de l'engagement n'en est pas moins méconnue ; que le groupement, par ailleurs, fait valoir que le critère relatif aux équilibres régionaux a évolué dans le sens d'un assouplissement, permettant ainsi à davantage de radios de satisfaire à la condition de conservation des équilibres régionaux ; que c'est ainsi qu'il indique que la modification du rapport chiffré a permis l'entrée de cinq radios franciliennes et qu'il soutient que si ce rapport n'avait pas été modifié, ces radios auraient été privées de l'accès au marché de la publicité radiophonique nationale ; que cependant, le constat que des radios candidates ont pu satisfaire au critère fixé par le conseil d'administration ne permet pas, à lui seul, de conclure que ce critère a en réalité été assoupli dans un sens facilitant l'accès au marché de la publicité radiophonique nationale, puisqu'il resterait, pour parvenir à cette conclusion, à déterminer le nombre de radios qui seraient entrées dans le groupement si le critère n'avait pas été modifié ; que surtout, le respect par le groupement de ses engagements, qui est l'objet même de la décision

déférée, doit s'apprécier non au regard des effets actuels ou potentiels du comportement en cause, mais en considération de la situation concurrentielle que le Conseil de la concurrence avait entendu préserver en acceptant et en rendant obligatoires ces mêmes engagements ;

ALORS DE PREMIERE PART QUE l'inexécution de l'engagement accepté par l'Autorité de la concurrence, de nature à mettre un terme à ses préoccupations de concurrence susceptibles de constituer des pratiques prohibées visées aux articles L. 420-1, L. 420-2, L. 420-2-1 et L. 420-5 du code de commerce, s'apprécie par rapport aux préoccupations de concurrence ; qu'en concluant dès lors à l'inexécution par le Gie Les Indépendants au titre de l'engagement pris relativement à « la conservation des équilibres régionaux du produit national » pour la raison que le critère constitué d'un rapport chiffré était seulement mentionné dans la notice d'information remise aux radios candidates, sans figurer dans le règlement intérieur, comme le GIE s'y était engagé, ce dont il résultait que la lettre de l'engagement avait été méconnue, sans rechercher si ledit manquement purement formel n'était pas sans conséquence au regard des préoccupations de concurrence, la cour d'appel a privé son arrêt de base légale au regard des articles L. 464-2 et L. 464-3 du Code de commerce ;

ALORS DE DEUXIEME PART QUE tout jugement doit être motivé ; que dans son mémoire (p. 12, § 44), le Gie Les Indépendants faisait valoir que l'assouplissement du critère de la conservation des équilibres régionaux du produit national par rapport à celui figurant dans les engagements souscrits était établi par la circonstance qu'il avait permis l'adhésion de cinq radios franciliennes, qu'il identifiait, et qu'aucune radio n'était en attente de son entrée ; qu'en ne se prononçant pas sur ce moyen et en affirmant qu'il « resterait à déterminer le nombre de radios qui seraient entrées dans le groupement si le critère n'avait pas été modifié », la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile ;

ALORS DE TROISIEME PART QUE dans sa décision n 06- D-29 du

6 octobre 2006, le Conseil de la concurrence avait accepté les engagements présentés par le Gie Les Indépendants, lesquels précisaient que : « Des évolutions ultérieures des dispositions concernées par les présents engagements, si elles répondent à des justifications non anticoncurrentielles, ne sont pas exclues, à condition toutefois que la substance des réponses aux préoccupations de concurrence exprimées dans la présente affaire soit clairement préservée » ; qu'ainsi, en affirmant que le respect par le groupement de ses engagements doit s'apprécier non au regard des effets actuels ou potentiels du comportement en cause, mais en considération de la situation concurrentielle que le Conseil de la concurrence avait entendu préserver en acceptant et en rendant obligatoire ces mêmes engagements, pour en déduire l'inexécution par le Gie Les indépendants de son

engagement au titre de la « conservation des équilibres régionaux », la cour d'appel a violé les articles L. 464-2 et L. 464-3 du Code de commerce ;

ET AUX MOTIFS QUE sur la sanction du non respect par une radio de l'"engagement de loyauté" ; que dans sa version adoptée le 2 décembre 2010, le règlement intérieur comportait de nouvelles dispositions prévoyant l'exclusion de l'adhérent ou du membre qui aurait violé la condition d'adhésion dite "Engagement de loyauté" ; que ces dispositions figuraient à l'article 11.3.2 du règlement et étaient ainsi rédigées: "Engagement de loyauté (...) La radio s'engage, en qualité de candidate à l'entrée au GIE, à respecter le Règlement intérieur et toutes les décisions prises en Assemblée générale ou par le Conseil d'administration dans le cadre des pouvoirs qui lui sont conférés par l'Assemblée générale (...) La radio reconnaît qu'en cas de non respect du présent engagement, le GIE pourra lui retirer son statut d'adhérent ou de membre le cas échéant, sans préavis et sans indemnité, et sans préjudice de l'application des autres dispositions du Règlement intérieur" ; que l'Autorité a considéré que ces dispositions méconnaissaient le premier engagement souscrit par le groupement, en ce que l'exclusion, prononcée "sans préavis et sans indemnité", n'était pas soumise à une procédure contradictoire ; qu'il ressort du premier engagement souscrit par le GIE que l'exclusion d'un membre ou d'un adhérent pour violation du règlement intérieur était précédée d'une procédure contradictoire ainsi définie: "Sortie du GIE Les Indépendants ou du produit national (...) Procédure : - Si le Conseil d'administration constate le manquement par une radio à une des dispositions du Règlement Intérieur, notamment aux conditions d'adhésion, il informe la radio concernée par LRAR des manquements constatés et du risque d'exclusion qu'ils entraînent pour elle ; - Cette dernière a trente (30) jours à compter de la réception de la LRI4R pour régulariser sa situation ou donner toutes explications quant aux reproches formulés ; - Le Conseil d'administration notifie à la radio, dans les 30 jours à compter de la réception de son courrier, la décision prise et ses motifs ; - Le Conseil agissant par délégation permanente de pouvoir de l'Assemblée Générale, doit faire valider cette décision par la première Assemblée Générale suivant le jour où est rendue la décision d'exclusion de la radio (...)" (décision de l'Autorité, § 40) ; Que le groupement convient que les modifications apportées en 2010 à son règlement intérieur ont écarté l'application de ces dispositions, mais il soutient que l'exclusion pour violation de ce règlement reste néanmoins soumise à une procédure contradictoire, il invoque, en effet, les termes de l'article 11.3.2 rappelés plus haut, qui prévoient que l'exclusion est prononcée "sans préavis et sans indemnité", mais aussi "sans préjudice de l'application des autres dispositions du Règlement intérieur" ; que le groupement considère que cette formule rend applicables les dispositions de l'article 13.3 relatives à la procédure d'exclusion, selon lesquelles le conseil

d'administration, lorsqu'il constate le manquement "à une des dispositions" du règlement intérieur, en informe la radio en cause qui dispose alors d'un délai de trente jours "pour régulariser sa situation ou donner toutes explications quant aux reproches formulés" ; que cet argument, cependant, ne peut être retenu car il est entaché de contradiction ; qu'en effet, dès lors que l'article 13.3.2 prévoit que le retrait du statut d'adhérent ou de membre est selon ses termes mêmes, prononcé "sans préavis", la procédure contradictoire de l'article 13.3 ne peut trouver à s'appliquer puisqu'elle consiste précisément, préalablement à toute décision, à aviser la radio en cause qu'un manquement susceptible

d'entraîner son exclusion a été relevé contre elle et à lui laisser un délai pour préparer sa défense ;

ALORS DE QUATRIEME PART QUE le pouvoir reconnu par les statuts d'un groupement de mettre fin sans préavis à l'adhésion de l'un des membres n'exclut pas l'existence d'une procédure préalable contradictoire permettant à l'adhérent de préparer sa défense ; qu'en décidant que la procédure contradictoire de l'article 13.3 ne peut trouver à s'appliquer, puisqu'elle consiste préalablement à toute décision à aviser la radio en cause qu'un manquement susceptible d'entraîner son exclusion a été relevé contre elle et à lui laisser préparer sa défense, ce qui est contradictoire avec la possibilité d'un retrait du statut d'adhérent ou de membre prononcé sans préavis, quand rien n'interdit de stipuler qu'une sanction sera prononcée sans préavis après une instruction contradictoire, la cour d'appel a violé l'article 1134 du code civil, devenu l'article 1103 du code civil ;

ET AUX MOTIFS QUE sur l'absence de procédure contradictoire en cas de sortie de droit, l'engagement souscrit soumet toutes les "sorties" du GIE ou du produit à une procédure contradictoire permettant à la radio concernée, après qu'elle ait été informée du manquement reproché, de disposer d'un délai pour régulariser sa situation ou pour présenter ses observations (Décision de l'Autorité, § 40) ; que les modifications apportées au règlement intérieur les 18 octobre 2006 et 12 décembre 2011 ayant introduit des nouveaux cas de "sortie de droit" à ceux précédemment prévus, l'Autorité a constaté qu'ils ne relevaient d'aucune procédure contradictoire et elle en a conclu que le GIE avait méconnu son engagement à partir du 18 octobre 2006 ; que le GIE estime cependant que, bien que son règlement intérieur ne le prévoit pas explicitement, les "sorties de droit" introduites en 2006 et 2011 ne peuvent être mises en oeuvre qu'après une procédure contradictoire ; il s'appuie sur les tenues de deux courriers adressés les 16 mars et 19 juillet 2012 à chacun de ses membres et adhérents, dans lesquels il leur a expressément indiqué que toutes les sorties et exclusions étaient motivées et soumises à une procédure contradictoire : que si la réalité de l'envoi et du contenu de ces courriers - qui ont été versés au dossier - est établie, il n'en reste pas moins que le groupement avait pris l'engagement de prévoir dans son règlement intérieur que toutes les sorties de droit donneraient lieu à une procédure contradictoire, et que tel n'est pas

le cas s'agissant des cas de sortie introduits en 2006 et 2011 ; qu'on ne saurait dès lors considérer que cette contrariété a disparu du seul fait de l'envoi de ces courriers ; que, de même, le fait que, comme le groupement le souligne, aucune radio n'a été l'objet, depuis 2006, d'une mesure de "sortie de droit" est sans incidence sur la réalité du manquement reproché, lequel consiste non dans la mise en oeuvre de la procédure de sortie, mais à n'avoir pas respecté l'engagement souscrit ;

ALORS DE CINQUIEME PART QUE l'inexécution de l'engagement accepté par l'Autorité de la concurrence, de nature à mettre un terme à ses préoccupations de concurrence susceptibles de constituer des pratiques prohibées visées aux articles L. 420-1, L. 420-2, L. 420-2-1 et L. 420-5 du code de commerce, s'apprécie par rapport aux préoccupations de concurrence ; qu'en concluant dès lors à l'inexécution par le Gie Les Indépendants au titre de l'engagement pris relativement à « l'absence de procédure contradictoire en cas de sortie de droit » pour la raison que le Gie n'avait pas inséré dans son règlement intérieur une procédure contradictoire, ainsi qu'il s'y était engagé, sans rechercher si, indépendamment de ce manquement formel, le Gie n'avait pas dans la pratique, établie par des courriers adressés les 16 mars et 19 juillet 2012, observé une procédure répondant aux engagements pris de sorte qu'il n'en résultait aucune contravention aux préoccupations de concurrence, la cour d'appel a privé son arrêt de base légale au regard des articles L. 464-2 et L. 464-3 du Code de commerce ;

ET AUX MOTIFS QUE sur l'article 14.2 relatif à la "Durée du préavis en cas de démission (GIE, produit national, produit régional)", l'article 14.2 du règlement intérieur, dans sa version du 18 octobre 2006, fixait la durée du préavis de la démission d'un membre du groupement ou d'un adhérent à, respectivement, 12 mois et 6 mois ; que ces dispositions ont été modifiées en 2011 et elles prévoient désormais que ce préavis prend fin, s'agissant de la démission d'un membre, « au tenue de la Convention de régie nationale conclue par le GIE et approuvée par l'Assemblée générale. Par dérogation à ce qui précède, dans le cas où la démission serait reçue par le GIE moins de un an avant le terme de ladite Convention de régie nationale, le préavis expirera le 31 décembre de l'année suivant la date de réception de la démission » et, s'agissant de la démission d'un adhérent, « au terme de l'année civile au cours de laquelle la démission a été notifiée au GIE dans le cas où la démission est intervenue au plus tard le 30 juin, ou au terme de l'année civile suivant l'année au cours de laquelle la démission a été notifiée au GIE dans le cas où la démission est intervenue après le 30 juin » ; que l'Autorité a constaté que ces nouvelles dispositions allongeaient la durée du préavis imposé au membre ou à l'adhérent démissionnaire ; qu'elle a relevé, de surcroît, qu'en cas de non respect de ce préavis, le démissionnaire devait s'acquitter d'une pénalité financière calculée au prorata de la durée du préavis non effectuée et égale à 30 % du chiffre d'affaires de publicité

nationale perçue dans les douze mois précédant la démission. Elle a considéré que ces dispositions "produis[ai]ent un effet de verrouillage sur le marché en cause en entravant, au delà de toute nécessité économiques la possibilité pour une radio de quitter le GIE" (décision, § 181) et elle en a conclu que le groupement avait ainsi méconnu ses engagements, à compter du 12 décembre 2011, date de leur introduction dans le règlement intérieur ; que le groupement s'oppose à cette conclusion de l'Autorité et il soutient, en premier lieu, que les modifications apportées en 2011 au règlement intérieur sont parfaitement conformes à l'esprit des engagements puisqu'elles permettent "in fine de ne pas dégrader les conditions d'accès des radios membres du GIE à la publicité radiophonique nationale" ; qu'à ce titre, il fait valoir, en particulier, que l'accès des radios locales au marché de la publicité nationale - qui est l'objectif poursuivi par les engagements souscrits - implique qu'il commercialise un produit "le plus attractif possible", ce à quoi contribuent les dispositions en cause qui ont pour objet d'éviter que la commercialisation du produit national ne soit pas trop perturbée par des sorties, en cours d'année, de radios adhérentes ou membres ; que sur ce point, l'Autorité n'a mis en cause ni la nécessité pour le groupement de veiller à l'attractivité de son produit ni, en conséquence, l'obligation pour ses adhérents de respecter un préavis avant la prise d'effet de leur démission ; qu'en revanche, elle s'est employée à vérifier que la durée de ce préavis, telle que fixée par le règlement intérieur, n'avait pas pour effet d'entraver, "au delà de toute nécessité économique", la sortie des radios du groupement et de verrouiller ainsi le marché de la publicité radiophonique ; qu'en second lieu, le groupement souligne que nonobstant les modifications apportées en 2011, les adhérents peuvent bénéficier du délai de préavis antérieurement prévu, puisque dans le cas où ils présenteraient avant le 30 juin leur démission, celle-ci prendrait effet au 31 décembre suivant ; que la portée de cet argument - qui au demeurant porte sur la démission du seul adhérent et non du membre du groupement - est cependant toute relative ; qu'en effet, alors que jusqu'en 2011 la durée du préavis imposé à l'adhérent était toujours de six mois, elle n'est de cette même durée, depuis 2011, que dans le seul cas où la démission est présentée le 30 juin et elle est d'une durée supérieure dans tous les autres cas, cette durée pouvant aller jusqu'à 18 mois quand la démission est présentée le 1 juillet ; qu'en troisième lieu,

le groupement fait valoir que c'est à tort que l'Autorité a mis en cause dans sa décision l'indemnité de dédit prévue par l'article 21.1 du règlement intérieur, issu des modifications qui y ont été apportées en 2011, alors que cette indemnité existait précédemment dans le règlement intérieur examiné en 2005 et que l'Autorité n'y avait vu aucune préoccupation de concurrence ; qu'il ressort cependant de la simple lecture de la décision déferée que ce reproche n'est pas fondé ;

que sans doute, l'Autorité a t elle évoqué les dispositions de l'article 21.1 du règlement intérieur, aux termes desquelles la radio ne peut, durant le préavis, soustraire sa propre audience au produit auquel elle a adhéré, ni apparaître dans un autre produit, sauf à payer une indemnité égale à 30 % du chiffre d'affaires de publicité nationale qu'elle a

réalisé dans les douze derniers mois ; mais elle n'a nullement considéré que ce dispositif constituait un manquement aux engagements souscrits, ni qu'il soulevait, par lui même, des préoccupations de concurrence ; qu'en revanche, l'Autorité a observé que ce dispositif rendait plus contraignant encore l'allongement de la durée du préavis, puisque la radio concernée ne pouvait se soustraire aux conséquences en résultant qu'au prix du paiement d'une indemnité d'un montant élevé ;

ALORS DE SIXIEME PART QU'il appartient à la cour d'appel de Paris, saisie d'un recours en annulation contre une décision de l'Autorité de la concurrence statuant sur le respect d'engagements acceptés par elle en application de l'article L. 464-2 du code de commerce, d'apprécier elle même en fait et en droit l'existence de l'inexécution reprochée au défendeur ; d'où il suit qu'en se bornant, au titre de l'engagement pris par le Gie les Indépendants relativement à l'article 14.2 relatif à la "durée du préavis en cas de démission (GIE, produit national, produit régional)", à s'assurer que l'Autorité de la concurrence avait motivé sa décision, sans exercer elle même son office, la cour d'appel a violé l'article L. 464-8 du code de commerce.

TROISIEME MOYEN DE CASSATION (subsidaire)

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR rejeté le recours formé par le GIE Les Indépendants contre la décision n 15- D-02 du 26 février 2015 de

l'Autorité de la Concurrence ;

AUX MOTIFS QUE, sur la demande de réformation de la décision déferée, en premier lieu, le GIE conteste l'appréciation que l'Autorité a portée sur la gravité du prétendu non respect de ses engagements ; qu'il rappelle que la procédure d'engagement est, d'une façon générale et par principe, réservée aux pratiques les moins graves, l'Autorité ayant elle même indiqué dans son communiqué du 2 mars 2009 qu'elle avait pour objet d' "accélérer des affaires ne portant pas sur des pratiques dont la nature ou les effets sont tels qu'ils appellent a priori le prononcé d'une sanction" ; qu'il en conclut qu'il est contradictoire de considérer, comme l'a fait l'Autorité, que le non respect des engagements souscrits en 2006 constituerait une infraction particulièrement grave et il soutient que "dans le pire des scenarii", l'inexécution de ces engagements n'entraînerait que le maintien de « préoccupations de concurrence » dont les conséquences sont par définition limitées ; que sans doute la procédure d'engagement n'est elle mise en oeuvre qu'en présence de pratiques soulevant "des préoccupations de concurrence susceptibles de constituer des pratiques prohibées", dont l'Autorité juge, comme elle l'a indiqué dans le communiqué précité, que "la nature ou les effets" n'appellent pas "a priori" le prononcé d'une sanction (6 du communiqué) ; que cependant, au cas d'espèce, la décision contestée n'a pas sanctionné les pratiques reprochées au groupement, lesquelles avaient été examinées par

le Conseil de la concurrence dans sa décision de 2006, mais la méconnaissance des engagements qu'il avait souscrits ; qu'or, une telle méconnaissance constitue un manquement grave en lui même, d'autant plus que c'est à l'initiative du mis en cause que l'Autorité peut accepter les engagements proposés par celui ci, dont il s'avérera ensuite qu'ils n'ont pas été respectés ; qu'il est certes reproché au groupement d'avoir manqué, non à tous ses engagements, mais à certains d'entre eux seulement ; il convient néanmoins de souligner, ainsi que l'a fait à juste titre l'Autorité dans sa décision, les conséquences négatives, en ce qui concerne l'accès à la publicité radiophonique nationale, résultant de l'effet cumulatif de ces manquements ; qu'on ne saurait donc considérer que ceux ci n'ont présenté, comme le prétend le groupement, qu'un caractère de gravité limité" ; qu'en deuxième lieu le groupement reproche à l'Autorité d'avoir substitué à l'examen du dommage à l'économie, auquel elle s'est abstenue de procéder, une "appréciation de l'incidence des manquements constatés sur la concurrence que les engagements visaient à préserver" ; qu'il fait valoir, en outre, qu'il n'est résulté des pratiques en cause aucun dommage à l'économie puisque l'objectif poursuivi - favoriser l'accès des radios locales au marché de la publicité radiophonique nationale - a été atteint, comme en atteste le fait que le nombre de radios adhérentes a cru de 2006 à 2016, que le rejet des candidatures s'est fondé sur des raisons objectives, transparentes et non discriminatoires, et que de 2006 à 2009, seules 9 radios sont sorties du GIE ; que l'article L. 464-3 du code de commerce permet à l'Autorité, si les engagements qu'elle a acceptés ne sont pas respectés, de prononcer une sanction pécuniaire "dans les limites fixées à l'article L. 464-2", c'est-à- dire d'un montant inférieur au montant maximum qui y est défini ; que faute que cet article ait également renvoyé aux critères de détermination de la sanction pécuniaire définis par l'article L. 464-2 I alinéa 3, le groupement ne peut reprocher à l'Autorité de ne pas avoir procédé à une analyse du dommage à l'économie résultant des pratiques en cause ; que ce reproche est d'autant moins fondé que l'Autorité s'est attachée dans sa décision à "apprécier l'incidence que le comportement du GIE a pu avoir sur la concurrence que les engagements visaient à préserver" (§ 198) ; que l'Autorité s'est ainsi conformée aux principes d'individualisation et de proportionnalité de la sanction, en prenant en considération la nature et l'importance des pratiques en cause, leur contexte et leurs conséquences sur la situation concurrentielle au regard de laquelle les engagements ont été pris ; que comme l'Autorité l'a rappelé à juste titre dans sa décision, cette appréciation ne se confond pas avec l'examen des effets actuels ou même potentiels de l'infraction constatée" et "indépendamment de tels effets, (...) c'est nécessairement par rapport à la situation concurrentielle que la décision visait à préserver qu'il faut raisonner", ce qu'elle a fait en exposant les préoccupations de concurrence auxquelles répondaient les engagements souscrits en 2006 (§ 198 à 205) ; que Si les effets actuels ou potentiels dont se prévaut le groupement peuvent dès lors être pris en considération, ainsi que l'a fait l'Autorité, le montant de la sanction doit être déterminé eu égard

aux préoccupations de concurrence fondant l'acceptation par le Conseil de la concurrence des engagements proposés par le groupement ; qu'en troisième lieu, le GIE soutient que le montant de 300 000 euros de la sanction pécuniaire prononcée contre lui est disproportionné ; qu'il fait valoir que ce montant correspond à plus de 4 % de son chiffre d'affaires, et qu'il est excessif et injustifié au regard de la pratique décisionnelle de l'Autorité, tant en matière de conditions d'adhésion à un groupement qu'en matière de non respect d'engagements et d'injonctions ; que c'est ainsi qu'il cite deux décisions ayant sanctionné le caractère non objectif, non transparent ou discriminatoire des conditions d'adhésion à des groupements, lorsqu'une telle adhésion conditionnait l'accès à un marché ou constituait un avantage concurrentiel, et il souligne que dans ces affaires, les sanctions prononcées représentaient 1,4 % et 1,6 % du chiffre d'affaires du groupement en cause ; qu'il cite, par ailleurs, d'autres décisions rendues en matière de non respect d'engagements et d'injonctions et observe qu'aucune d'entre elles n'a donné lieu au prononcé de sanction d'un montant dépassant 1 % du chiffre d'affaires des entreprises en cause, plusieurs décisions ayant même prononcé des sanctions inférieures à 0,1 % de ce chiffre d'affaires ; que le rappel de décisions antérieurement rendues n'a, en toute hypothèse, qu'un caractère indicatif et ne permet pas d'invoquer une "pratique décisionnelle" qui serait opposable à l'Autorité, à qui il incombe d'apprécier, au regard des principes d'individualisation et de proportionnalité de la sanction, la sanction en l'espèce la plus appropriée ; qu'au cas particulier, la rigueur de la sanction prononcée n'est pas

discutable, puisque son montant représente 4,3 % du chiffre d'affaires du groupement et atteint près de la moitié du maximum légal encouru ; mais que cette rigueur n'en est pas moins justifiée par la gravité attestée par les constatations ci dessus - des manquements relevés, lesquels ont consisté à méconnaître des engagements clairs et précis que le Conseil de la concurrence avait acceptés et en contrepartie desquels il avait renoncé à engager une procédure de sanction ; qu'à cet égard, le fait que la cour ait jugé que deux des manquements relevés par l'Autorité n'étaient pas établis, n'est pas de nature à diminuer le montant de la sanction prononcée; ce montant est en effet justifié par le nombre et la gravité des pratiques en cause, appréciées au regard des préoccupations de concurrence auxquelles les engagements pris devaient mettre fin ; qu'il en résulte que le recours tendant à l'annulation ou, subsidiairement, à la réformation de la décision de l'Autorité sera rejeté ;

ALORS DE PREMIERE PART QUE tout jugement doit être motivé ; que pour maintenir l'appréciation portée par l'Autorité de la concurrence sur la gravité des manquements reprochés au Gie Les Indépendants et confirmer la sanction pécuniaire prononcée, la cour d'appel relève, d'une part, que l'inexécution constitue un manquement grave en lui même et, d'autre part, que les conséquences négatives en ce qui concerne l'accès à la publicité résultent de l'effet cumulatif de ces manquements ; qu'en se prononçant ainsi quand la gravité des manquements devait s'apprécier in concreto en

fonction de la nature des engagements méconnus et de leurs conséquences sur la concurrence et qu'elle constatait que trois manquements, dont l'un relatif au statut d'adhérent (art. 9), relevés par l'Autorité de la concurrence n'étaient pas établis, la cour d'appel a privé sa décision de motifs et violé l'article 455 du code de procédure civile ;

ALORS DE DEUXIEME PART QUE si les mesures, injonctions ou engagements prévus aux articles L. 464-1 et L. 464-2 du code de commerce ne sont pas respectés, l'Autorité peut prononcer une sanction pécuniaire dans les limites fixées à l'article L. 464-2 ; qu'en affirmant qu'il n'était pas renvoyé aux critères de détermination de la sanction pécuniaire définis par l'article L. 464-2 I, alinéa 3, du code de commerce, quand précisément les limites dans lesquelles les sanctions pécuniaires s'apprécient sont définies par ledit texte, la cour d'appel l'a violé par refus d'application ;

ALORS DE TROISIEME PART QUE les sanctions pécuniaires sont proportionnées à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie, à la situation de l'organisme ou de l'entreprise sanctionnée ou du groupe auquel l'entreprise appartient et à l'éventuelle réitération de pratiques prohibées ; qu'en ne recherchant pas l'importance du dommage causé à l'économie par les manquements reprochés au Gie Les Indépendants, tout en se référant aux motifs de la décision de l'Autorité de la concurrence, dont la réformation était demandée, dont l'un des considérants précisait (§ 198) qu'il ne serait pas tenu compte de l'importance du dommage causé à l'économie, la cour d'appel a privé son arrêt de base légale au regard des articles L. 464-2, I, alinéa 3 et L. 464-3 du code de commerce ;

ALORS DE QUATRIEME PART QUE la contradiction de motifs équivaut à une absence de motifs ; qu'en justifiant sa décision en se référant à la motivation de la décision de l'Autorité de la concurrence, dont le § 202 reprochait au Gie Les Indépendants un manquement à ses engagements dans l'article 9 du règlement intérieur, quand elle retenait (arrêt, p. 11, al. 1)

que la rédaction de cet article 9 ne pouvait « être considérée comme contraire à l'engagement souscrit », la cour d'appel s'est contredite et a violé l'article 455 du code de procédure civile ;

ALORS DE CINQUIEME PART QUE les sanctions pécuniaires sont proportionnées à la gravité des faits reprochés ; que pour justifier le montant de la sanction pécuniaire de 300.000 euros prononcée par l'Autorité de la concurrence, la cour d'appel retient qu'il est justifié par la gravité des manquements relevés par l'Autorité qui ont consisté à méconnaître les engagements clairs et précis acceptés par le Conseil de la concurrence ; d'où il suit qu'ayant constaté que deux manquements ayant justifié le montant élevé de la sanction n'étaient pas établis, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations en maintenant le montant de

la sanction au niveau prononcé par l'Autorité de la concurrence et a violé les articles L. 464-2 I, alinéa 2 et L. 464-3 du code de commerce.

Composition de la juridiction : Mme RIFFAULT SILK, M. Richard de la Tour, M. Graveline, Mme Poillot Peruzzetto, SCP Boutet et Hourdeaux, SCP Baraduc, Duhamel et Rameix
Décision attaquée : cour d' appel Paris Pôle 05 2016-10-06