

Les pratiques anticoncurrentielles

► Lorsqu'elles constituent des pratiques anticoncurrentielles, c'est-à-dire lorsqu'elles portent atteinte au bon fonctionnement du marché ¹, les ententes (1) et les positions de domination (2) sont interdites et sanctionnées (3) ; tant en droit interne qu'en droit communautaire.

¹ Le marché (lat. *mercatus*, rac. *merx*, *mercis*, « marchandise ») est, au sens premier : la « convention portant sur la fourniture de marchandises, de valeurs ou de services » (*Dictionnaire de la langue française Petit ROBERT*). Sur de plus amples développements à propos du marché au regard du droit de la concurrence, V. *Infra* : I, A, 2, a.

1 ► Les ententes

Lorsqu'elles empêchent le libre jeu de la concurrence, les ententes sont en principe prohibées (A) et ceci, sauf exceptions (B).

A. Le principe de prohibition

Le droit interne (art. L. 420-1 C. com.) comme le droit communautaire (art. 81 du Traité de Rome du 25 mars 1957 Instituant la Communauté économique européenne²) prohibent de façon assez similaire les ententes anticoncurrentielles.

Art. L. 420-1 C. com. :

« Sont prohibées, même par l'intermédiaire direct ou indirect d'une société du groupe implantée hors de France, lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché, les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions, notamment lorsqu'elles tendent à :

1° Limiter l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises ;

2° Faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse ;

3° Limiter ou contrôler la production, les débouchés, les investissements ou le progrès technique ;

4° Répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement ».

Art. 81 Traité CE :

« 1. Sont incompatibles avec le marché commun et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises, et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun, et notamment ceux qui consistent à :

a) Fixer de façon directe ou indirecte les prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transactions ;

b) Limiter ou contrôler la production, les débouchés, le développement technique ou les investissements ;

c) Répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement ;

² L'actuel art. 81 a été substitué à l'art. 85 du Traité de Rome dont la renumérotation a été effectuée par le Traité d'Amsterdam du 2 oct. 1997.

d) Appliquer, à l'égard de partenaires commerciaux, des conditions inégales à des prestations équivalentes en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence ;

e) Subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats.

2. Les accords ou décisions interdits en vertu du présent article sont nuls de plein droit.

3. Toutefois, les dispositions du paragraphe 1 peuvent être déclarées inapplicables :

– à tout accord ou catégorie d'accords entre entreprises,

– à toute décision ou catégorie de décisions d'associations d'entreprises et

– à toute pratique concertée ou catégorie de pratiques concertées,

qui contribuent à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique, tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, et sans :

a) Imposer aux entreprises intéressées des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs ;

b) Donner à ces entreprises la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence ».

À la lumière de ces textes, il convient de préciser ce qu'est une entente et surtout à quelles conditions elle nuit à la concurrence.

1. Les éléments constitutifs de l'entente

L'entente est une concertation, de forme variée, entre des opérateurs économiques indépendants.

a. Les formes de l'entente

Il résulte des textes précités que l'entente peut prendre la forme d'**un contrat**, d'**un groupement** ou d'**une action concertée**.

► Un contrat

L'entente peut prendre la forme d'**un contrat, écrit ou non ; à savoir, une convention créant des obligations à la charge des parties**³. On distingue les **ententes horizontales** qui sont **conclues entre des entreprises concurrentes** (ex : un accord sur les prix de vente entre les fournisseurs de produits analogues) et les **ententes verticales** qui sont **conclues entre des entreprises se situant à des stades différents du processus de production-distribution** (ex : un

³ Sur la notion de contrat, V. *Supra*, le Titre 1 de la Première partie du présent ouvrage.

accord d'exclusivité entre un fournisseur et un distributeur, de nature à évincer du marché les autres opérateurs).

► Un groupement

L'entente peut prendre la forme d'**un groupement ayant la personnalité morale** (société, association, GIE, syndicat, ordre professionnel,...), **lorsque ce groupement a pour objet de restreindre la concurrence** (ex : regroupement d'opérateurs économiques de nature à diminuer le nombre d'interlocuteurs sur le marché⁴) **ou lorsqu'il favorise des restrictions de concurrence via ses membres** (ex : associations professionnelles diffusant à ses membres des barèmes de prix, des consignes de boycotter tel ou tel partenaire commercial,...).

► Une action concertée

L'entente prend la forme d'une **action concertée** lorsque **des entreprises coordonnent sciemment leurs comportements, sans pour autant passer de contrats entre elles** (ex : alignement des prix sur ceux d'un concurrent, renonciation à faire concurrence sur un secteur donné,...).

La preuve de toute entente est délicate à apporter, elle l'est plus encore en matière d'action concertée car « *la science économique enseigne que sur certains marchés, des stratégies d'alignement peuvent se développer spontanément, en dehors de toute concertation* »⁵.

b. Les parties à l'entente

Faute de précisions à ce sujet par les articles L. 420-1 du Code de commerce français et 81 du Traité CE (malgré l'utilisation par cet article de la notion peu explicite d'« *entreprise* »), les instances juridictionnelles ont déterminé que les parties à une entente doivent être **des opérateurs économiques indépendants**.

► Des opérateurs économiques

Faisant application de l'article L. 410-1 du Code de commerce français, inséré dans le Titre premier sur les dispositions générales du Livre quatrième de ce Code (Livre consacré à la liberté des prix et de la concurrence et dans lequel on trouve notamment, dans le Titre II, les dispositions relatives aux pratiques anticoncurrentielles), les instances juridictionnelles nationales (Conseil de la concurrence, juridictions judiciaires, juridictions administratives, Tribunal des conflits) décident que **l'une au moins des parties à l'entente (qu'il s'agisse d'une personne physique ou d'une personne morale, qu'il s'agisse ou non d'une personne publique) doit être un acteur économique (poursuivant ou non un but lucratif) exerçant une activité (de production, de distribution ou de services) sur le marché**.

⁴ À ce pas confondre avec la concentration traitée dans le chapitre suivant du présent ouvrage.

⁵ Jean-Bernard Blaise, *Droit des affaires*, éd. LGDJ, coll. Manuels, 2002, n° 778, p. 415.

Art. L. 410-1 C. com. :

« Les règles définies au présent livre s'appliquent à toutes les activités de production, de distribution et de services, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques, notamment dans le cadre de conventions de délégation de service public ».

► **Des opérateurs économiques indépendants**

Pour qu'il y ait entente, **la concertation doit avoir lieu entre des opérateurs économiques juridiquement indépendants** ; ce qui se traduit par l'**autonomie de décision de chacun**. Tel n'est pas le cas, par exemple, d'entreprises ayant fusionné⁶.

2. L'entente restrictive de concurrence

Est prohibée, l'entente qui, relativement au marché de référence, est source d'altération de la concurrence.

a. Le marché de référence

La mesure de l'impact d'une entente n'a de sens que relativement au marché sur lequel la libre concurrence est menacée. Dans une approche inspirée du droit de la concurrence, le marché est « **le lieu sur lequel se rencontrent l'offre et la demande pour un produit ou un service spécifique** »⁷. **Il n'existe donc pas un, mais des marchés dont l'appréciation dépend de plusieurs critères : l'objet de l'échange, le profil des intervenants, le lieu de l'échange,...**⁸.

Par conséquent, **la recherche des effets d'une entente suppose l'identification préalable du marché concerné : le marché pertinent**. Par exemple, devant se prononcer sur une entente, les juges ont décidé que, au regard d'une convention d'exclusivité conclue par une société ayant pour objet social d'organiser des salons professionnels avec six entreprises de manutention, le marché pertinent était celui de la manutention des salons⁹.

b. L'altération de la concurrence

Sur ce point, et contrairement à ce qui précède, **droit communautaire et droit interne peuvent paraître diverger un peu**.

En effet, tandis qu'**en droit communautaire l'entente prohibée doit avoir « pour objet ou pour effet »**¹⁰ **d'altérer le libre jeu de la concurrence, en droit interne l'entente est aussi prohibée si elle a pour objet ou pour effet d'altérer la concurrence, mais également si elle est seulement susceptible**

⁶ Il y a alors une opération de concentration dont le régime juridique est étudié dans le chapitre suivant du présent ouvrage.

⁷ Cons. conc., *Rapport pour 1991*, p. 48.

⁸ Sur la relativité du marché, V. not. : Jean-Bernard Blaise, *Droit des affaires, op. cit.*, n° 819, p. 440 ; Louis Vogel, *Les limites du marché comme instrument du droit de la concurrence*, JCP 1994, I, 3737, p. 73.

⁹ Cass. com., 13 février 1996, Sté CEP Exposition c/ Ministre de l'Economie : D. 1996, IR, p. 70.

¹⁰ Cf. *Supra*, art. 81 Traité CE.

d'altérer cette dernière : « Sont prohibées... lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet »¹¹.

En d'autres termes, « le droit français, contrairement au droit communautaire, condamne l'entente en raison d'une simple potentialité d'effet. Il suffit que l'effet soit normalement prévisible »¹².

En outre, en droit communautaire, l'entente est prohibée si elle est susceptible « d'affecter le commerce entre Etats membres et... de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun »¹³. **Cette exigence d'une altération de la concurrence à l'échelle communautaire** (ex : entente entre opérateurs de différents Etats membres) **n'est pas requise en droit français**.

Enfin, de longue date, **au plan communautaire comme au plan interne, la nécessité s'est imposée de mesurer l'importance de l'altération concurrentielle inhérente à l'entente, afin de sanctionner celle-ci ; une altération simplement mineure de la concurrence ne justifiant pas de poursuites (règle dite de *minimis*)... du moins, lorsque l'entente ne semble pas particulièrement répréhensible en elle-même**¹⁴. D'abord adopté par le juge communautaire¹⁵ puis préconisé par la Commission¹⁶, le seuil de sensibilité de l'atteinte à la concurrence a ensuite été utilisé sans définition ni chiffrage précis par les juridictions françaises¹⁷. Aujourd'hui, **le législateur français rejoint les sources européennes en fixant des seuils de sensibilité en pourcentage des parts de marché**¹⁸ **des parties à l'entente ; en distinguant selon l'horizontalité ou la verticalité de l'entente**.

Art. L. 464-6-1 C. com.

(Ord. n° 2004-274 du 25 mars 2004, art. 24-II) : « Le Conseil de la concurrence peut également décider, dans les conditions prévues à l'article L. 464-6, qu'il n'y a pas lieu de poursuivre la procédure lorsque les pratiques mentionnées à l'article L. 420-1 ne visent pas des contrats passés en application du code des marchés publics et que

¹¹ Cf. *Supra*, art. L. 420-1 C. com.

¹² Jean-Bernard Blaise, *Droit des affaires*, op. cit., n° 795, p. 426.

¹³ Cf. *Supra*, art. 81 Traité CE.

¹⁴ Ainsi, l'actuel art. L. 464-6-2 C. com. évince la règle de *minimis* lorsque l'entente contient l'une des « restrictions caractérisées de concurrence » qu'il énonce. Pour une application de cet article à une entente contenant une restriction ayant pour objet la fixation du prix de vente, Cf. : CA Paris, 26 oct. 2004, D. 2004, IR, p. 3138.

¹⁵ Ex. : CJCE 9 juillet 1969, *Vilk*, *Rec.*, p. 295.

¹⁶ Ex. : Communication de la Commission concernant les accords d'importance mineure qui ne restreignent pas sensiblement le jeu de la concurrence au sens de l'article 81, paragraphe 1, du traité instituant la Communauté européenne (*de minimis*), (2001/ C368/ 07), JOCE n° C 368 du 22 déc. 2001.

¹⁷ Ex. : Cass. com., 4 mai 1993 : *Bull. civ. IV*, n° 172 [ne sont pas prohibés les accords n'ayant qu'une portée limitée dans le marché pertinent considéré et ne pouvant porter atteinte de façon sensible au jeu de la concurrence] ; Cass. com., 12 janv. 1999 : *Bull. civ. IV*, n° 9 [en l'absence de toute définition légale ou réglementaire d'un seuil de sensibilité, il appartient aux juridictions saisies de vérifier dans chaque cas d'espèce si l'effet potentiel ou avéré des pratiques incriminées est de nature à restreindre de manière sensible le jeu de la concurrence sur le marché concerné].

¹⁸ La part de marché résulte du rapport entre le volume des ventes de l'entreprise concernée et le volume total des ventes réalisés par l'ensemble des entreprises du marché de référence.

la part de marché cumulée détenue par les entreprises ou organismes parties à l'accord ou à la pratique en cause ne dépasse pas soit :

a) 10 % sur l'un des marchés affectés par l'accord ou la pratique lorsqu'il s'agit d'un accord ou d'une pratique entre des entreprises ou organismes qui sont des concurrents, existants ou potentiels, sur l'un des marchés en cause ;

b) 15 % sur l'un des marchés affectés par l'accord ou la pratique lorsqu'il s'agit d'un accord ou d'une pratique entre des entreprises ou organismes qui ne sont pas concurrents existants ou potentiels sur l'un des marchés en cause ».

Finalement, pour peu qu'il y ait une entente, sa prohibition dépend de l'altération significative qu'elle est susceptible de produire sur la concurrence s'exerçant sur le marché de référence. Cependant, divers motifs peuvent limiter les poursuites encourues pour une entente.

B. Les limites à la prohibition

Le droit communautaire comme le droit interne admettent que des ententes, qui pourraient être prohibées, soient justifiées ; et ce, soit en vertu de **dispositions légales d'exemptions** soit en vertu de l'**application jurisprudentielle de la règle de raison**.

1. Les exemptions

Fondées sur des sources juridiques de nature légale ou apparentée, les exemptions permettent de valider les ententes en tenant compte de la loi ou du progrès économique.

a. La prise en compte de la loi

Le droit français prévoit que **ne doit pas être sanctionnée, une entente qui serait la conséquence inévitable du respect d'une loi ou de son règlement d'application**¹⁹.

Art. L. 420-4 C. com. :

« I. Ne sont pas soumises aux dispositions des articles L. 420-1 et L. 420-2 les pratiques :

l° Qui résultent de l'application d'un texte législatif ou d'un texte réglementaire pris pour son application ; ... ».

¹⁹ Toutefois, lorsqu'elle est invoquée, cette cause d'exemption ne convainc pas les juridictions.

b. La prise en compte du progrès économique

Selon le droit communautaire (art. 81 § 3 du Traité CE reproduit *supra*) **et selon le droit français** (art. L. 420-4 I. 2° C. com.), **une entente qui participe au progrès économique ne doit pas être sanctionnée.**

Art. L. 420-4 C. com. :

« I. Ne sont pas soumises aux dispositions des articles L. 420-1 et L. 420-2 les pratiques :

1°...

2° Dont les auteurs peuvent justifier qu'elles ont pour effet d'assurer un progrès économique, y compris par la création ou le maintien d'emplois, et qu'elles réservent aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, sans donner aux entreprises intéressées la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause. Ces pratiques, qui peuvent consister à organiser, pour les produits agricoles ou d'origine agricole, sous une même marque ou enseigne, les volumes et la qualité de production ainsi que la politique commerciale, y compris en convenant d'un prix de cession commun ne doivent imposer des restrictions à la concurrence, que dans la mesure où elles sont indispensables pour atteindre cet objectif de progrès ».

À la lecture de ces textes, il y a exemption si : l'entente apporte un progrès économique (ex : création ou maintien de l'emploi, amélioration des services de distribution) ; **une partie équitable du profit qui en résulte est réservée aux utilisateurs** (ex : prix maîtrisés au profit des consommateurs) ; **la concurrence est seulement restreinte sans être totalement éliminée** ; **et la restriction de concurrence est la seule voie permettant d'atteindre le progrès économique dont il est question.**

En droit communautaire comme en droit interne, l'exemption peut être accordée de façon individuelle ou collective. Ainsi, l'article 81 du Traité CE reproduit *supra* vise en son paragraphe 3 « tout accord ou catégorie d'accords entre entreprises, toute décision ou catégorie de décisions d'associations d'entreprises et toute pratique concertée ou catégorie de pratiques concertées ». L'article L. 420-4 du Code de commerce procède de même, en son point II.

Art. 420-4 C. com. :

« II. Certaines catégories d'accords ou certains accords, notamment lorsqu'ils ont pour objet d'améliorer la gestion des entreprises moyennes ou petites, peuvent être reconnus comme satisfaisant à ces conditions par décret pris après avis conforme du Conseil de la concurrence ».

Une **exemption individuelle** peut donc être reconnue, **pour un accord donné**, par les instances juridictionnelles chargées d'en connaître ou par un décret pris sur avis conforme du Conseil de la concurrence. Une **exemption collective** peut être

prononcée, **pour une catégorie d'accords donnée**, par un règlement communautaire²⁰ ou par un décret pris sur avis conforme du Conseil de la concurrence²¹.



Remarque :

L'application combinée des dispositions légales de droit communautaire et de droit interne en matière d'ententes peut être résumée comme suit :

L'entente affecte la concurrence sur le marché communautaire	L'entente affecte la concurrence seulement sur le marché français
Les instances européennes (CJCE,...) et les instances nationales sont compétentes et appliquent le droit communautaire. Les instances nationales peuvent aussi appliquer le droit interne mais doivent respecter le principe de primauté du droit communautaire (ex : une entente autorisée en vertu d'un règlement communautaire d'exemption ne peut être interdite au plan national).	Les instances nationales (Conseil de la concurrence, juridictions judiciaires) sont compétentes et appliquent le droit français.

2. La règle de raison

Depuis longtemps, **la jurisprudence communautaire²² comme la jurisprudence française²³ appliquent la « règle de raison »²⁴ afin de pondérer au cas par cas la prohibition d'une entente qui, bien qu'introduisant une restriction de concurrence, peut avoir un effet concurrentiel bénéfique**. La sphère de mise en œuvre de la règle de raison est nécessairement résiduelle, dès lors qu'elle est envisagée lorsque les seuils de sensibilité sont atteints et à défaut de pouvoir faire jouer les exemptions justifiées par le progrès économique²⁵.



Remarque :

En droit communautaire comme en droit interne, aucune cause ne permet en principe de faire échapper à la prohibition (par les exemptions, la règle de raison,...) les ententes qui restreignent de manière flagrante la concurrence. Les « clauses noires » dont il s'agit sont par exemple : celles qui manifestent ouvertement que l'objet de l'entente est l'atteinte à la concurrence ; celles qui imposent un prix minimal de revente des produits,...

Outre les ententes, les positions de domination anticoncurrentielles sont interdites.

²⁰ Ex. : Règlement n° 772/2004 du 27 avril 2004 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords de transfert de technologie.

²¹ Ex. : D. n° 96-500 du 7 juin 1996 relatif aux accords entre producteurs agricoles ou entre producteurs agricoles et entreprises concernant des mesures d'adaptation à des situations de crise, art. 1^{er} : « En cas d'inadaptation de l'offre à la demande révélant une perturbation grave du marché, les accords passés entre producteurs agricoles ou entre producteurs agricoles et entreprises d'approvisionnement ou de transformation, destinés à résorber la surcapacité pour rétablir l'équilibre du marché, sont réputés conformes... ».

²² Par ex., sur la justification, en dehors de toute exemption, des restrictions de concurrence consécutives à l'organisation d'un réseau de distribution sélective : CJCE, 25 oct. 1977, *Métro c/ Commission*, aff. 26-76, *Rec.*, p. 1875.

²³ *Id.* : Cass. com., 21 oct. 1997, *Sté GEPHAV c/ Sté Biotherm et Cie* : *Bull. civ. IV*, n° 271 (est conforme à la concurrence un système de distribution sélective dans lequel la sélection des revendeurs s'effectue sur des critères objectifs renforçant la qualité des services offerts aux clients).

²⁴ Inspirée de la jurisprudence nord-américaine (*rule of reason*) qui juge « raisonnable » de nuancer l'interdiction légale des ententes restreignant le commerce (interdiction générale posée par la Section I du *Sherman Act* de 1890) dès lors qu'une entente donnée concourt à des intérêts légitimes.

²⁵ Sur les seuils de sensibilité et le progrès économique, V. *Supra*.

2 ► Les positions de domination

Il convient de distinguer l'exploitation d'une position dominante (A) de l'exploitation d'un état de dépendance économique (B).

A. L'exploitation d'une position dominante

Lorsqu'elle empêche le libre jeu de la concurrence, l'exploitation d'une position dominante est en principe prohibée et ceci, sauf exceptions.

1. Le principe de prohibition

Le droit interne (art. L. 420-2 al. 1^{er} C. com.) comme le droit communautaire (art. 82 du Traité de Rome du 25 mars 1957 Instituait la Communauté économique européenne ²⁶) prohibent de manière analogue l'exploitation d'une position dominante anticoncurrentielle.

Art. L. 420-2 al. 1^{er} C. com. :

« Est prohibée, dans les conditions prévues à l'article L. 420-1, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises d'une position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées ou en conditions de vente discriminatoires ainsi que dans la rupture de relations commerciales établies, au seul motif que le partenaire refuse de se soumettre à des conditions commerciales injustifiées ».

Art. 82 Traité CE :

« Est incompatible avec le marché commun et interdit, dans la mesure où le commerce entre Etats membres est susceptible d'en être affecté, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché commun ou dans une partie substantielle de celui-ci.

Ces pratiques abusives peuvent, notamment, consister à :

- a) Imposer de façon directe ou indirecte des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction non équitables ;*
- b) Limiter la production, les débouchés ou le développement technique au préjudice des consommateurs ;*
- c) Appliquer à l'égard de partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes, en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence ;*

²⁶ L'actuel art. 82 a été substitué à l'art. 86 du Traité de Rome dont la renumérotation a été effectuée par le Traité d'Amsterdam du 2 oct. 1997.

d) *Subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires, qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats* ».

À partir de ces textes, il importe de préciser ce qu'est une position dominante et à quelles conditions elle nuit à la concurrence.

a. Notion de position dominante

Caractérise une **position dominante**, le **fait pour une ou plusieurs entreprises d'occuper une place importante sur un marché donné au point d'être en mesure d'exercer un pouvoir sur les autres protagonistes de ce marché.**

► Le marché de référence

À l'instar des ententes, **la position dominante occupée par une ou plusieurs entreprises ne peut être déterminée qu'au regard du marché concerné**²⁷. Il est à noter que le droit interne fait référence au « *marché intérieur* »²⁸ tandis que le droit communautaire raisonne au niveau du « *marché commun* »²⁹.

► La domination sur le marché

Le droit interne comme le droit communautaire reconnaissent l'existence des **positions dominantes individuelles (occupées par « une entreprise »)** et des **positions dominantes collectives (occupées par « plusieurs entreprises », qu'elles soient réunies en un « groupe » ou autrement contractuellement liées entre elles)**³⁰.

Dans les deux droits, **avoir une position dominante suppose d'une part, de jouir d'une indépendance de comportement sur le marché de référence et, d'autre part, de pouvoir influencer sur le libre jeu de la concurrence qui doit s'y exercer**³¹. Afin d'apprécier s'il y a une position dominante, les autorités françaises et communautaires effectuent une **analyse essentiellement fondée sur les parts respectives des autres intervenants sur le marché**³². Ainsi, à défaut de chiffres précisément fixés par la législation, il y a lieu d'observer chaque situation relativement aux parts de marché des concurrents³³.

²⁷ Sur la question du marché de référence, V. *Supra* : I, A, 2, a.

²⁸ Art. L. 420-2 al. 1^{er} C. com. précité.

²⁹ Art. 82 Traité CE précité.

³⁰ Art. L. 420-2 al. 1^{er} C. com. et art. 82 Traité CE précités.

³¹ En ce sens, par ex. : CJCE, 14 février 1978, *United Brands*, aff. 27-76, *Rec.*, p. 207 ».

³² En sus du critère des parts de marché, d'autres critères peuvent être pris en compte : accès préférentiel à certaines sources de financement, dimension internationale de l'entreprise,...

³³ Par exemple, peut être considérée en position dominante une entreprise dont la part de marché est de 45 %, si aucune des entreprises concurrentes n'a une part de plus de 4 %.

jurisprudence

En ce sens :

CJCE, 14 février 1978, *United Brands*, aff. 27-76, *Rec.*, p. 207 : « la position dominante visée par l'article 82 concerne une position de puissance économique détenue par une entreprise qui lui donne le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause, en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et finalement des consommateurs » ;

CJCE, 13 février 1979, *Hoffmann La Roche*, aff. 85-76, *Rec.*, p. 461 : « la position dominante, à la différence d'une situation de monopole ou de quasi-monopole, n'exclut pas l'existence d'une certaine concurrence, mais met la firme qui en bénéficie en mesure sinon de décider, tout au moins d'influencer notablement les conditions dans lesquelles cette concurrence se développera et, en tout cas, de se comporter dans une large mesure sans devoir en tenir compte et sans pour autant que cette attitude lui porte préjudice » ;

Conseil de la concurrence, *Rapport annuel pour 2000*, 4^{ème} partie, Chapitre III, A, 2 : « Définition de la position dominante : ayant délimité les contours du ou des marchés pertinents, le Conseil examine si l'entreprise ou le groupe d'entreprises en cause détient une position dominante sur ce ou ces marchés. En d'autres termes, il recherche si l'entreprise est en situation de s'abstraire de la concurrence des autres entreprises présentes sur le marché. Cette démarche est identique à celle de la **Cour de justice des Communautés européennes** qui a considéré que « la position dominante visée par l'article 82 concerne la position de puissance économique détenue par une entreprise qui lui donne le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause, en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et finalement des consommateurs ».

b. Exploitation abusive d'une position dominante

Une position dominante n'est pas en elle-même répréhensible. Seul est interdit l'abus de position dominante, c'est-à-dire l'exploitation d'une position dominante attentatoire au bon fonctionnement du marché. Il se dégage deux grandes catégories d'abus en la matière, à partir des illustrations qui en sont données par les textes de droit français et communautaire : les abus de comportement et les abus de structure.

► Les abus de comportement

Il y a **abus de comportement lorsque le titulaire de la position dominante exploite cette position, à l'égard de ses partenaires commerciaux, en accomplissant des actes portant atteinte au libre jeu de la concurrence.** Exemples : refus injustifiés de vente ; ventes liées (ventes subordonnées à telle obligation comme celle d'acheter un autre produit) ; rupture abusive de relations commerciales établies ; conditions de vente discriminatoires (conditions commerciales injustifiées,...) ; pratique de prix excessivement élevés,...

► **Les abus de structure**

Il y a **abus de structure lorsque le titulaire de la position dominante exploite cette dernière en consolidant sa position sur le marché de manière à évincer les concurrents et ce, autrement que par le fonctionnement normal du commerce**. Exemples : pratique des prix prédateurs par laquelle l'entreprise en position dominante baisse ses prix au point que ses concurrents ne peuvent s'aligner et sont obligés de disparaître³⁴ ; réseaux d'approvisionnement exclusif créant des barrières à l'entrée sur le marché,...

Existe-t-il des facteurs de tolérance pour les abus de position dominante ?

2. Les limites à la prohibition

Le législateur français (art. L. 420-4 C. com. reproduit *supra*), **pour les mêmes raisons (prise en compte de la loi ou du progrès économique) qu'en matière d'ententes, admet qu'une exemption individuelle ou une exemption collective puisse bénéficier à un abus de position dominante**³⁵.

En revanche, et contrairement à ce qu'il mentionne en matière d'ententes, **le droit communautaire ne prévoit aucune exemption pour les abus de position dominante**.

Lorsqu'elle est anticoncurrentielle, une autre pratique est sanctionnée par le droit interne : l'exploitation d'un état de dépendance économique.

B. L'exploitation d'un état de dépendance économique

Originalité du droit interne, l'exploitation d'un état de dépendance économique n'est pas répertoriée par le droit communautaire. Tandis que la position dominante traduit une domination d'une ou de plusieurs entreprises sur les autres entreprises du marché de référence, **l'état de dépendance économique manifeste la domination d'une entreprise** (ou d'un groupe d'entreprises) **sur un partenaire commercial client ou fournisseur**. Lorsqu'elle nuit au bon fonctionnement du marché, l'exploitation d'un état de dépendance économique est prohibée, sauf exceptions.

1. Le principe de prohibition

L'exploitation anticoncurrentielle d'un état de dépendance économique est prohibée par l'article L. 420-2 al. 2 du Code de commerce français.

³⁴ Marie-Anne Frison-Roche, Marie-Stéphane Payet, *Droit de la concurrence*, éd. Dalloz, coll. Précis droit privé, 2006, n° 261, p. 229 : « La stratégie de prix prédateurs repose sur un pari supplémentaire de l'entreprise dominante. Elle baisse très fortement ses prix, réalisant momentanément des pertes, de manière à éliminer un concurrent ou à l'empêcher d'accéder au marché ; il lui sera ensuite possible de récupérer ses pertes, en raison de sa situation acquise sur le marché ».

³⁵ Pour le texte de l'art. L. 420-4 C. com., ainsi que les notions de progrès économique et d'exemptions, V. *Supra* dans le présent chapitre : I, B, 1.

Art. L. 420-2 al. 2 C. com. :

« Est en outre prohibée, dès lors qu'elle est susceptible d'affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve à son égard une entreprise cliente ou fournisseur. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées, en pratiques discriminatoires visées au I de l'article L. 442-6 ou en accords de gamme ».

L'état de dépendance économique n'est pas en lui-même interdit ; encore faut-il que son exploitation soit abusive.

a. Notion d'état de dépendance économique

L'état de dépendance économique caractérise une **situation dans laquelle une entreprise est obligée de poursuivre des relations commerciales avec une autre, lorsqu'il lui est impossible de commercer par ailleurs sur des produits substituables dans des conditions équivalentes**. L'état de dépendance économique se rencontre dans deux hypothèses : la dépendance économique du distributeur à l'égard du fournisseur et la dépendance économique du fournisseur à l'égard du distributeur.

▶ **Dépendance économique du distributeur à l'égard du fournisseur**

La jurisprudence apprécie la dépendance économique du distributeur à l'égard du fournisseur (ex : dépendance d'un distributeur à l'égard du fabricant d'un produit de marque) **en prenant cumulativement en compte les quatre critères suivants : la notoriété du fournisseur auprès des consommateurs avertis** (ex : opinion répandue parmi les amateurs de tel type de produit, que celui du fournisseur est le meilleur), **la part significative de marché que détient le fournisseur** (au regard de ses concurrents), **la part substantielle procurée par la revente du produit en cause dans le chiffre d'affaires du distributeur** et **l'impossibilité pour le distributeur de trouver sur le marché une solution alternative** (absence de fournisseurs offrant des conditions équivalentes).

▶ **Dépendance économique du fournisseur à l'égard du distributeur**

La jurisprudence apprécie la dépendance économique du fournisseur à l'égard du distributeur (ex : dépendance d'un fournisseur à l'égard d'un grand distributeur) **en prenant cumulativement en compte les principaux critères suivants : l'importance du distributeur sur le marché** (ex : distributeur en situation de quasi-monopole), **l'importance de la part du chiffre d'affaires réalisé par le fournisseur avec le distributeur, les facteurs ayant conduit à la concentration des ventes du fournisseur auprès du distributeur** (choix stratégique ou nécessité technique) et **l'impossibilité pour le fournisseur de trouver sur le marché une solution alternative** (absence de distributeurs offrant des solutions équivalentes).

b. Exploitation abusive d'un état de dépendance économique

Seul l'abus (comportement de nature à affecter le libre jeu de la concurrence) dans l'exploitation d'un état de dépendance économique est prohibé. Cet abus peut notamment consister en refus injustifiés de vente, en ventes liées, en pratiques discriminatoires³⁶ ou en accords de gamme (accords qui offrent un avantage, financier ou autre, en contrepartie de la mise en linéaire d'une gamme de produits).

Est-il néanmoins envisageable de tolérer l'exploitation abusive d'un état de dépendance économique ?

2. Les limites à la prohibition

Réprimée par le législateur français, l'exploitation abusive d'un état de dépendance économique doit théoriquement pouvoir être exemptée si l'on en croit l'article L. 420-4 du Code de commerce reproduit *supra*³⁷. En effet, cet article exempte, par la prise en compte de la loi ou de la contribution au progrès économique³⁸, toutes les pratiques visées à l'article L. 420-2 de ce Code ; y compris celles répertoriées au second alinéa au titre de la dépendance économique.

Mais, lorsque aucun motif recevable ne peut être avancé pour les valider, les ententes et les positions de domination anticoncurrentielles doivent être sanctionnées.

3 ► Les sanctions encourues

Les pratiques anticoncurrentielles peuvent être sanctionnées par le droit de la concurrence (A) et par le droit commun (B).

A. Les sanctions par le droit de la concurrence

La mise en œuvre des sanctions spécifiquement prévues par le droit de la concurrence, tant communautaire qu'interne, s'effectue par les instances communautaires ou les instances nationales.

1. Rôle des instances communautaires

Au niveau communautaire, sur saisine par un Etat membre ou par toute personne (physique ou morale) ayant un intérêt légitime, c'est à la **Commission européenne** que revient principalement le rôle de sanctionner les ententes et positions dominantes anticoncurrentielles³⁹. En vertu de son pouvoir d'**injonction**, la Commission peut ordonner la **cessation des pratiques illicites**. D'autre part, la Commission peut condamner les auteurs de ces pratiques au **paiement d'une**

³⁶ Sur ces notions, V. *Supra* : II, A, 1, b.

³⁷ I, B, 1.

³⁸ *Ibid.*

³⁹ Règlement (CE) n° 1/ 2003 du Conseil du 16 déc. 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux art. 81 et 82 du Traité CE (JOCE n° L 1 du 4 janv. 2003).

« amende » administrative⁴⁰ dont le montant peut aller jusqu'à 10 % du chiffre d'affaires total réalisé par l'entreprise ou l'association d'entreprises participant à l'« infraction ». Le pouvoir de la Commission de prononcer une « amende » est soumis à un délai de prescription de 5 ans qui court à compter du jour où l'« infraction » a été commise ou, en cas d'« infraction » continue ou répétée, à compter du jour où l'« infraction » a pris fin. Les décisions de la Commission peuvent faire l'objet d'un **recours devant le TPICE** (Tribunal de Première Instance des Communautés Européennes) dont les décisions sont susceptibles de **recours devant la CJCE** (Cour de Justice des Communautés Européennes).

2. Rôle des instances nationales

Au niveau national, sur saisine essentiellement par le Ministre chargé de l'économie ou par une entreprise ou sur auto-saisine, c'est au **Conseil de la concurrence** que revient le rôle de sanctionner les ententes et les positions de domination anticoncurrentielles, en application du droit communautaire et du droit interne. En vertu d'un pouvoir de décision assez similaire à celui évoqué ci-avant de la Commission européenne et **après une enquête le plus souvent menée par la DGCCRF** (Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes), le Conseil de la concurrence peut prononcer une **injonction** aux fins de **cessation des pratiques illicites**. D'autre part, le Conseil peut condamner les auteurs de ces pratiques au **paiement d'une « amende » administrative dont le montant, pour une entreprise, peut aller jusqu'à 10 % du chiffre d'affaires total réalisé par l'entreprise ou l'association d'entreprises participant à l'« infraction »**⁴¹. Le pouvoir du Conseil de prononcer une « amende » est soumis à un délai de prescription de 5 ans qui court à compter du jour où l'« infraction » a été commise ou, en cas d'« infraction » continue ou répétée, à compter du jour où l'« infraction » a pris fin. Les décisions du Conseil peuvent faire l'objet d'un **recours devant la Cour d'appel de Paris** dont les décisions sont susceptibles de **recours devant la chambre commerciale de la Cour de cassation**.

Remarque : En droit communautaire comme en droit interne, dans le seul domaine des ententes, une procédure de clémence peut être appliquée. Elle consiste à exonérer totalement ou partiellement de sanctions pécuniaires la partie qui a participé à une entente prohibée et qui a contribué à la révéler aux autorités.

D'autres sanctions, puisées du droit commun, sont encourues du fait des pratiques anticoncurrentielles.

⁴⁰ Le terme d'« amende » est ambigu car il s'agit davantage d'une sanction pécuniaire que d'une sanction pénale à proprement parler.

⁴¹ Selon les dispositions du droit interne, le chiffre d'affaires visé est le « *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* » et « *si le contrevenant n'est pas une entreprise, le montant maximum de la sanction est de 3 millions d'euros* » (Art. L. 464-2 C. com.).

B. Les sanctions par le droit commun

On entend ici par « droit commun », le droit pénal et le droit civil.

1. Les sanctions pénales

Contrairement au droit communautaire, **le droit interne prévoit une infraction consistant, pour une personne physique, à participer frauduleusement (intention de nuire) et de façon déterminante à une pratique anticoncurrentielle** ; le prononcé de la peine corrélative étant de la compétence du **juge répressif**.

Art. L. 420-6 C. com. :

« Est puni d'un emprisonnement de quatre ans et d'une amende de 75 000 € le fait, pour toute personne physique, de prendre frauduleusement une part personnelle et déterminante dans la conception, l'organisation ou la mise en oeuvre de pratiques visées aux articles L. 420-1 et L. 420-2... ».

2. Les sanctions civiles

Sont de la compétence des **juridictions judiciaires non pénales** (selon le cas, en première instance : TGI ou Tribunaux de commerce) : le prononcé de la **nullité absolue d'un acte constitutif d'une pratique anticoncurrentielle** et éventuellement la **condamnation (sur le fondement de la responsabilité civile délictuelle) de l'auteur de cette pratique au versement de dommages-intérêts aux personnes qui en sont victimes**.