

## **Droit Européen II**

### *Droit de la Concurrence*

#### Introduction

Ce droit est à la fois communautaire et national. Certaines affaires n'ont pas « un intérêt communautaire suffisant », dans ces conditions la Commission ne traite pas les affaires qui sont alors renvoyées devant les autorités nationales compétentes (qui ont tendance à appliquer leur droit interne). La Commission semble abandonner une de ses compétences, la compétence d'exemption d'infraction, mais les règles en la matière, tant internes que communautaire, sont en train d'être réformées (Livre blanc de la Commission et loi sur les Nouvelles Réglementations Économiques en France NRE).

Les libertés de circulation ont été étudiées, elles concernaient les États en ce qu'elles interdisaient des réglementations nationales cloisonnant les marchés.

Le droit de la concurrence s'occupe principalement du comportement des entreprises. Il contrôle les montages juridiques des entreprises qui cherchent à re cloisonner les marchés. Il y a donc complémentarité entre le droit communautaire et le droit national.

#### **Finalité du droit de la concurrence : purement économique.**

La logique de ce droit est de la sorte : si une entreprise n'est pas soumise à une pression concurrentielle, elle ne chercherait pas nécessairement à obtenir le meilleur rapport qualité prix. L'innovation et la recherche seraient freinés. Le droit de la concurrence est là pour essayer de mesurer le degré de concurrence suffisant.

On considère qu'il est important qu'une entreprise soit soumise à une certaine pression. Pour vérifier ce degré de pression, il faut définir ce que l'on appelle **le marché pertinent**.

e. g. échec de la concentration entre Coca et Orangina, Coca est-elle en position dominante ? Les boissons au cola sont-elles substituables avec d'autres boissons (Coca, bière, eau, ...).

e.g. poupée Barbie, est-elle substituable avec un autre poupée ? En France, il y a un importateur exclusif qui n'a pas de concurrents directs, la substituabilité est donc très importante.

Si les produits ne sont pas substituables, il y a position de quasi monopole (Coca) ou de monopole (Barbie). Le régime juridique varie selon les cas.

e.g. véhicules Peugeot sont-ils interchangeable avec les autres marques ?

e. g. BNP est-elle substituable à une autre banque et inversement ?

Le problème est de savoir s'il y a concurrence ou non. Il faut trouver des arguments, le marché pertinent est la notion clé du droit de la concurrence.

Y a-t-il ou non suffisamment de concurrence sur un marché ? Dans la négative, le droit intervient avec de lourdes sanctions, des amendes (5% du CA en France, 10% du CA mondial en droit communautaire).

La nullité des accords est une sanction encore plus lourde ; une condamnation à DI est également possible pour réparation totale du préjudice.

Compte tenu de la pression concurrentielle, le traitement juridique est différent.

Après la notion de marché pertinent, **la deuxième notion clé est celle d'entreprise**. En droit de la concurrence, l'entreprise peut ne pas avoir de personnalité juridique mais en tout état de cause elle exerce une activité économique.

Notion d'activité économique ? e. g. un Maire décide d'interdire le stationnement dans une rue commerçante, donc les consommateurs se déplacent vers d'autres commerces. Faut-il traiter différemment réglementation et comportement d'entreprise ? Si le Maire n'exerce pas une activité économique, c'est hors du champ du droit de la concurrence.

Dans un second temps, nous étudierons les relations entre le droit communautaire et les droits nationaux, i.e. le champ d'application. En droit de la concurrence, le droit communautaire et le droit

national s'appliquent cumulativement, ce qui pose des problèmes en matière de primauté du droit communautaire.

Il y a également des problèmes de compétence de juridictions. En France il y a le Conseil de la concurrence (autorité), le juge judiciaire et le juge administratif, tous compétents tant dans l'application du droit communautaire que du droit interne.

Au niveau communautaire, Commission, TPI, CJCE sont compétents.

Par la suite, nous étudierons le droit qui s'applique aux entreprises. Il y a 2 catégories de contrôles qui existent tant en droit communautaire que dans les droits internes des EM (États Membres), notamment en droit français.

**Première catégorie : contrôle des infractions**

**Deuxième catégorie : contrôle des concentrations**

Les infractions : l'entente est une infraction commune aux droits français et communautaire, s'applique aux contrats mais aussi aux simples relations informelles entre entreprises. Ce n'est interdit que s'il y a des effets anti-concurrentiels.

L'abus de position dominante fait l'objet d'une différence entre droits français et communautaire. Il y a un abus de position dominante commun aux 2, e. g. Microsoft, un régime spécifique s'applique à un marché donné.

Il y a l'abus de dépendance économique, on n'est pas en position dominante sur le marché, on est le partenaire obligé du cocontractant. Seul cas connu, un concessionnaire Mercedes, il pouvait sortir du réseau en théorie, mais tous les autres réseaux étaient pleins, donc abus de dépendance économique.

Il y a une tendance des juges à faire de cet abus un abus contractuel. Si l'abus de dépendance économique n'affecte pas le fonctionnement du marché, on ne s'en préoccupe pas (il y a d'autres moyens de régler la situation : droit des obligations, pénal, ...).

Cependant en France la régulation en vigueur est en train d'être réformée, la condition d'affectation du marché pour qualifier d'abus de dépendance économique pourrait ainsi disparaître dans la loi NRE.

Les concentrations : Ce sont les fusions, il faut savoir ce qui va résulter de l'opération, restera-t-il suffisamment de concurrence après la concentration ?

Le droit de la concurrence s'intéresse également aux États.

2 aspects : 1- le droit de la concurrence contrôle les aides allouées par les États, i.e. tout avantage conféré par un État à ses entreprises ou productions nationales.

2- contrôle de la réglementation étatique. e. g. un port qui donne à une entreprise un monopole, l'entreprise en abuse. Y a-t-il contrôle ? C'est une réglementation publique.

## **Chapitre Préliminaire : Le marché pertinent et l'entreprise : Notions clés**

### I Le marché pertinent

A quoi sert cette notion ? Ce n'est pas une notion juridique, elle est plutôt économique. Cette notion est néanmoins nécessaire pour déterminer le champ d'application du droit de la concurrence. Il s'agit de savoir si sur un marché il y a une concurrence suffisante. Si des entreprises ne sont pas sur le même marché, elles ne sont pas concurrentes.

Le marché pertinent sert à déterminer la pression concurrentielle. En droit, ça permet de savoir si une entreprise est ou non en position dominante, ce qui fait varier son régime juridique ; ça sert à prévoir si une opération de concentration doit être autorisée, interdite ou soumise à conditions. Il faut prédire ce que l'entité créée par la concentration aura comme influence sur le marché, i.e. s'il restera assez de pression concurrentielle. Ça sert à savoir si une entente produit un effet anti-concurrentiel suffisamment sensible sur le marché pour que le droit de la concurrence vienne à s'appliquer.

Le droit de la concurrence est attentatoire à la liberté du commerce, il n'intervient que lorsque c'est strictement nécessaire. Il existe une définition du marché pertinent commune aux droits communautaire, français et internes de la plu part des EM :

**Le marché pertinent est le lieu de rencontre entre l'offre et la demande de produits ou services qui sont substituables entre eux mais non substituables aux autres. (Déf. élaborée par autorités de la concurrence, e. g. Conseil de la concurrence).**

Les économistes considèrent qu'il y a un seul critère, celui du prix du produit. Les juristes préfèrent utiliser un faisceau d'indices convergents, méthode adoptée par le droit communautaire et par les droits internes des EM.

Il faut distinguer 2 choses, le **marché du produit** (ou du service) et le **marché géographique**.

A) Le marché du produit ou du service

***Premier critère : Caractéristiques du produit***

Pour connaître pression concurrentielle, on part des clients (la demande) des entreprises qu'on suspecte d'avoir conclu des ententes ou qui sont en position dominante, ou l'on part des futurs clients de l'entité qui sortira d'une concentration.

Les entreprises ne sont en concurrence que si elles offrent des produits substituables entre eux. Comment déterminer le critère substituable ?

On commence par les caractéristiques du produit (pour le client).

***Deuxième critère : Le besoin satisfait***

C'est l'usage du produit, en droit de la concurrence on dit le besoin satisfait.

e. g. les emballages, tout dépend du produit à emballer, vaisselle, acide, légumes, sont-ils en concurrence ? A priori non.

e. g. entreprises qui vendent TV et d'autres qui en louent, le besoin satisfait pour le client c'est d'avoir une TV (et de pouvoir regarder LCI pour se tenir informé de l'actualité du droit de la concurrence), qu'il l'achète ou qu'il la loue ; ces entreprises sont-elles sur le même marché ?

***Troisième critère : Le prix***

e. g. même caractéristiques, même usage mais pas le même prix. Pourquoi les clients achètent le plus cher ? Les entreprises ne sont pas concurrentes si la clientèle est fixe.

e. g. livres, il y a des livres de collection et des livres de poche, mêmes caractéristiques, même usage, mais pas le même prix. Les offreurs sont-ils en concurrence, dans la négative nous sommes en présence de marchés différents.

e. g. les parfums, même caractéristiques et même usage (si si, essayez obao déodorant en eau de toilette, c'est mieux que CK Be), seul le prix diffère. Y a-t-il concurrence entre parfums onéreux et les moins onéreux ?

e. g. les jeans...

Il arrive que l'on ait pas cette possibilité de recul, en présence d'un nouveau produit. Les autorités US ont mis au point un système adopté par Comm. Bruxelles et par Conseil de la concurrence. Ce système consiste à considérer que lorsque le prix d'un produit varie de 5 à 10 % (selon autorité) et que la clientèle ne bouge pas, il n'est pas substituable aux produits plus anciens. Si produit B nouveau et qu'il y a une variation du prix et que la clientèle ne se retourne pas vers produit A ancien, il n'y a pas concurrence. S'il y a report de clientèle, c'est que les produits sont substituables.

Il faudrait peut-être considérer que le pourcentage de variation du prix pourrait dépendre du produit (lessive ≠ voiture).

***Quatrième critère : La notoriété***

Les facteurs peuvent varier selon les secteurs économiques. La notoriété de la marque peut faire la différence entre 2 produits (foulard Hermès ou Leclerc).

***Cinquième critère : L'engouement du public pour un produit***

e. g. Tivial Pursuit ou Pokémons,...

Il y a, soit en France, soit en Europe, un importateur exclusif du jeu, est-il en position dominante ? A-t-il des concurrents ? Il faut savoir si le jeu est substituable à d'autres.

Même caractéristiques, même besoin satisfait, même prix, notoriété des marques identiques au début, les fabricants sont-ils en concurrence avec l'importateur exclusif ? L'engouement du public suffit-il à déterminer qu'il n'y a pas concurrence ?

### *Autres critères*

e. g. poupées Barbie, substituables à d'autres poupées ?

Caractéristiques =, besoin =, prix pas déterminant. Donc dans cette affaire le Conseil de la concurrence a rajouté le critère du comportement de l'enfant vis à vis du jouet, i.e. l'enfant s'identifie à la poupée Barbie mais s'identifie à la mère lorsqu'elle joue avec d'autres poupées.

e. g. boissons au cola, caractéristiques : on peut distinguer ce qui est alcoolisé et ce qui ne l'est pas, mais faut-il distinguer ce qui est gazéifié de ce qui ne l'est pas ? Après avoir enlevé boissons alcoolisées, il reste beaucoup d'offres, mais c'est semblable.

L'usage est =, le prix est =.

Donc comment considérer qu'il y a un marché pertinent des boissons au cola (position de la Comm. et du Conseil de la concurrence), le critère est le goût, c'est le critère qui a été retenu pour déterminer la non-substituabilité. Conséquence, Coca a 90 % du marché, alors qu'il n'aurait eu qu'une part moindre de l'ensemble du marché des boissons non alcoolisées.

Les critères doivent être adaptés au cas par cas. Par cette méthode du faisceau d'indices on essaye d'obtenir le maximum d'indices convergents.

Question à laquelle il fallait réfléchir pour le cours suivant : La TV par câble, la TV par satellite et la TV hertzienne sont-elles en concurrence ? Sont-elles substituables ?

e. g. Société Française de Production (SFP) a longtemps détenu un monopole sur la distribution des chaînes télé en France, c'était la seule à pouvoir diffuser. En 1986 elle perd ce monopole pour les chaînes privées.

Pour diffuser une émission, il y a 3 possibilités : câble, satellite et hertzien. La SFP ne s'occupait que des chaînes hertziennes. Il y a des émetteurs, des relais et des récepteurs ; les émetteurs devant être placés sur des points hauts telle la Tour Eiffel. La SFP avait conclu des contrats avec des communes de façon à avoir tous les points hauts intéressants.

Y a-t-il position dominante de la SFP alors qu'il existe d'autres moyens de diffuser les programmes (câble et satellite) ?

Si pour le téléspectateur les chaînes hertziennes ne sont pas substituables aux chaînes câblées et satellisables, la SFP est en position dominante ; si les chaînes sont substituables, le marché pertinent est plus large, et le monopole sur les points hauts est moins gênant. Pour la jurisprudence, il n'y a pas de substituabilité entre les chaînes hertziennes, câblées et satellisables (ceci vaut pour la plupart des EM de l'UE), il y a trop de différences pour le téléspectateur. Pour avoir le câble ou le satellite, il y a un coût supplémentaire (critère du prix). Par voie hertzienne il y a peu de chaînes, par câble et par satellite il y en a beaucoup plus ( $\neq$  caractéristiques).

Faut-il faire une distinction entre le câble et le satellite ? Oui. A l'heure actuelle, le câble et le satellite ne desservent pas les mêmes zones. Pour que le câble soit rentable, il faut une zone très urbanisée ; ainsi, dans les régions non urbanisées le satellite est présent à 90%. Il y a également des zones où les paraboles sont interdites.

Dans la distinction entre câble et satellite il faut tenir compte des évolutions techniques.

### B) Le marché géographique

Partie fondamentale du droit de la concurrence. Il faut être en présence de produits substituables pour se poser la question du marché géographique.

Est-ce que les offreurs de produits substituables sont en situation de concurrence ? Pas nécessairement. Ça dépend de la délimitation du marché géographique, e. g. une robe moins chère à Rome qu'à Paris, mais il y a des frais :

Critère des coûts / frais de transport

Produit lourd ou fragile sera difficile à transporter, donc des offreurs du même produit ne sont pas nécessairement sur le même marché.

Critère du SAV continu

Dans ce cas il est gênant d'acheter le produit loin de son domicile.

e. g. réglementations pour les pompes funèbres générales qui interdisent d'aller se fournir ailleurs que celles du domicile de la famille ou du domicile du défunt.

e. g. le béton prêt à l'emploi ne se transporte pas sur plus de 30 km.

## II L'activité économique

Le Droit de la concurrence ne s'intéresse qu'aux relations entre entreprises.

Il ne s'intéresse pas particulièrement au consommateur, il ne s'intéresse qu'à des opérateurs économiques.

Notion complexe : On se demande souvent si un comportement est un comportement économique ; e. g. le maire d'une ville interdit le stationnement dans une rue commerçante, est-ce que ça peut avoir un effet anticoncurrentiel ? Le consommateur ne peut pas se garer à proximité du magasin, il va donc ailleurs. En prenant cette décision, le maire de la ville a-t-il exercé une activité économique ou ses pouvoirs de police ? Si activité économique, sa décision rentre dans le champ du droit de la concurrence. En réalité, même si effet anticoncurrentiel, le comportement du maire ne rentre pas dans le champ du droit de la concurrence car il a exercé une ppp (prérogative de puissance publique). En droit communautaire il y a une spécificité, vient de l'histoire de la création de la CE, explication spécifique au droit de la concurrence.

Schuman pensait qu'il fallait créer une interdépendance économique entre les États : « Il faut créer des solidarités de fait entre États », ceci à fin d'éviter une nouvelle guerre ». Cette notion est la deuxième notion clé du droit de la concurrence.

### A) Définition

Première question qui s'est posée, savoir s'il fallait vraiment distinguer les ppp des comportements économiques.

En droit communautaire, la jurisprudence, se fondant sur les traités, a considéré que le droit communautaire de la concurrence ne s'appliquait qu'aux entreprises. La jurisprudence a également défini la notion d'entreprise : « C'est un ensemble de moyens humains et matériels orientés vers une activité économique et suffisamment autonome pour déterminer son comportement sur le marché. »

En droit français un texte détermine le champ d'application du droit de la concurrence (ex article 53 de l'ordonnance du 1/12/1986). Le droit français de la concurrence s'applique « à toutes les activités de production, de distribution et de services, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques ». Ce droit ne s'applique qu'aux activités économiques.

Y a-t-il, dans les activités économique, des activités à protéger plus particulièrement ?

e. g. les activités culturelles. Il n'y a pas de privilèges, on applique le droit commun de la concurrence.

e. g. régime particulier pour les activités financières (banques et assurances) ? Non, droit commun.

e. g. certaines professions libérales, un médecin, faut-il réserver un traitement particulier ? Non, c'est une entreprise, il rend un service en contrepartie d'une rémunération. C'est pareil pour toutes les activités libérales.

Il y a un seul cas où l'on a considéré qu'il n'y avait pas activité économique, c'est la sécusoc, pourtant il y a service contre rémunération, c'est comme l'assurance ; il y a monopole des caisses de sécusoc, on n'a pas le choix, on peut seulement prendre une mutuelle complémentaire. Le droit de la concurrence n'aime pas les monopoles. Les compagnies d'assurance se sont plaintes, elles se disent capables de rendre le même service que les caisses de sécusoc, elles contestent le monopole. Mais les jurisprudences française et communautaire ont dit que ce n'était pas une activité économique, raisonnements quasi identiques, le principe de solidarité, c'est à but non lucratif et exclusivement à but social. C'est la seule exception véritable.

Faut-il distinguer ce qui est purement activité économique de l'exercice d'une ppp ?

On a énormément de difficultés à définir ce qui est une ppp. A priori, on s'est dit que seules les pers publ pouvaient exercer des ppp, mais beaucoup de pers publ exercent une activité économique, donc le critère est insuffisant.

Donc on prend en compte le type de comportement ; e. g. la compétence normative, est-ce uniquement ppp ou est-ce également une activité économique ?

En matière sportive, football, il y a des ligues, Com. 2/12/1997. La Ligue Nationale de Football (LNF) peut déterminer le règlement des compétitions, elle peut déterminer conditions d'obtention des licences, d'un titre, ..., tout ceci par voie réglementaire.

Dans son règlement, art 315 imposait aux clubs de 1<sup>ère</sup> et 2<sup>ème</sup> divisions de porter des vêtements Adidas, compétence normative ?

Dans un 1<sup>er</sup> temps les instances judiciaires ont considéré que cette compétence normative était une ppp, donc droit de la concurrence inapplicable. Mais Cour Cass (et la Commission de Bruxelles dans d'autres affaires) a considéré qu'il s'était agi d'une activité économique.

On s'est demandé quel était le bon critère, ce qui est important ce n'est pas le moyen d'intervention, ce qui compte c'est l'objet de l'intervention (position de notre ami Michel Bazex).

Dans un cas, l'objet du règlement n'est pas économique, c'est l'organisation du sport, tandis que lorsqu'on choisit un équipementier le but est économique.

e.g. droits de retransmission télévisée, objet purement économique, le droit de la concurrence s'applique.

C'est un critère purement doctrinal, n'est pas unanimement admis. Il y a une certaine insécurité juridique dans cette matière.

e.g. LNF (Football) impose un logiciel pour la billetterie, ce n'est pas une activité économique, motivation de sécurité.

e.g. compagnies aériennes. ADP (Aéroport de Paris) est un EP (Etablissement Public) qui a des pouvoirs réglementaires. 2 affaires se sont succédées. La 1<sup>ère</sup> a été le transfert de toutes les compagnies aériennes d'Orly Ouest à Orly Sud (sauf Air France) et d'imposer aux compagnies aériennes le service d'assistance à l'escale. Pour transfert d'aérogares, effet anticoncurrentiel évident, mais il faut activité économique pour que le droit de la concurrence s'applique, les instances de la concurrence ont considéré qu'elles étaient compétentes, mais TC pas d'accord, le transfert des compagnies aériennes n'est pas une activité économique, en revanche imposer le service à l'escale est une activité économique (car service en contrepartie d'un paiement).

Autre affaire, ADP indique les portes où on peut trouver des navettes pour aller aux hôtels. Mais ces bornes sont réservées aux hôtels borduriers (en bordure de l'aéroport). Si un hôtel est en dehors du domaine public de l'aéroport, on est en dehors du champ concerné, donc la navette n'est pas indiquée, ADP interdit toute mention en faveur de ces hôtels sur les bornes.

ADP touche une redevance proportionnelle au CA des hôtels borduriers, donc elle a intérêt à les privilégier, il y a rémunération par les hôtels en contrepartie d'un service d'affichage par ADP, il y a donc un effet anticoncurrentiel en faveur des hôtels borduriers. Les autorités de 1<sup>ère</sup> instance ont dit qu'il s'agissait d'une activité économique et pas d'une ppp.

e.g. CJCE, affaire Eurocontrol, sté qui prévoit des redevances des exploitants d'aéronefs pour organiser sécurité du transport aérien. Autorités communautaire ont dit que ce n'était pas une activité économique, cette compétence normative est une ppp.

## B) Utilité de la notion (Enjeux)

- Le Droit de la concurrence ne s'applique qu'aux activités économique. Donc 1<sup>ère</sup> fonction est de déterminer champ d'application matériel de la matière.
- Deuxième utilité, définir la notion d'entreprise. L'entreprise est une entité avec ou sans personnalité juridique qui exerce une activité économique de manière autonome. L'entreprise est le seul sujet de droit en droit communautaire de la concurrence (sauf quelques cas particuliers d'aides d'Etats) alors qu'en droit français ce n'est pas le cas. En droit français, uniquement en matière d'ententes, l'auteur de l'infraction peut ne pas être une entreprise.
- Troisième point est un problème qui se pose plus en droit interne qu'en droit communautaire. Il y a une distinction entre activité économique et ppp ; en France il y a l'ordre judiciaire et l'ordre stratif. Ordonnance du 1/12/86 (Charte du droit de la concurrence en France), jusqu'à cette date seul était compétent le Ministre de l'économie en droit de la concurrence, la juridiction de recours était le CE. Ordonnance de 86 a considéré que la justice administrative était plus longue que l'ordre judiciaire, ce qui est grave en droit de la concurrence. Par ailleurs magistrats stratifs pas formés en matière économique. Troisième raison, les droits de la défense,

principe du contradictoire mieux respecté devant le JJ que le JA, surtout à cette époque.

Pour ces 3 raisons on a transféré compétence en matière concurrentielle du CE à la 1<sup>ère</sup> chambre de la CA de Paris (Cour Cass en pourvoi). Dans ces conditions l'ordre stratif a essayé de récupérer un peu de compétences en droit de la concurrence, pour ce faire il fallait limiter la notion d'activité économique. Si activité économique, JJ compétent. Si ppp, JA compétent. Schéma qui sort de l'ordonnance de 86, a donné lieu à de nombreux débats. Le Conseil constitutionnel a été saisi, et a dit qu'il fallait uniformiser le contentieux en cette matière dans un souci de bonne administration de la justice. Dès 1989, affaire ville de Pannier. Faits : la commune de Pannier a concédé la distribution de l'eau et veut changer de concessionnaire, le conseil municipal a prévenu la Lyonnaise des eaux de la manière dont elle devait soumissionner pour remporter le marché. Conseil de la concurrence que ceci était un problème de droit stratif (marchés publics) et qu'il était donc incompétent. CA Paris a jugé que distribution de l'eau contre rémunération était une activité économique, donc droit de la concurrence ; TC a censuré cette décision. (A la même époque, on avait retiré au CE sa compétence boursière). En l'état actuel du droit, en présence d'un contrat ou d'une pratique d'entreprise qui a un effet anticoncurrentiel, on peut aller devant JJ. En présence d'un contrat stratif ou d'un comportement de personne publique on peut aller devant le JA. Le Conseil de la concurrence est l'autorité compétente pour appliquer le droit de la concurrence en France, c'est une AAI, peut être saisie à la fois des problèmes de Droit privé et de Droit public. D'après les textes, Conseil de la concurrence peut être saisi dès lors que le droit de la concurrence s'applique. Le juge d'appel du Conseil de la concurrence (ConsConc) est CA Paris, et TC censure souvent le JJ.

Le problème ne se pose pas en droit communautaire. En matière de droit de la concurrence, la Comm fait des enquêtes, la Comm prend les 1<sup>ères</sup> décisions d'infraction ou d'autorisation. L'organe d'appel est le TPI puis la CJCE. La définition de la notion d'activité économique a beaucoup plus d'importance en droit interne qu'en droit communautaire où notion ne sert qu'à déterminer champ d'application du droit de la concurrence.

## **Première partie : Champ d'application**

### **Chapitre 1 : Champ d'application de tout droit de la concurrence**

#### I Le rattachement territorial

Problèmes de souveraineté nationale. Or, le droit de la concurrence peut emporter infractions et amendes. Lorsqu'il s'agit d'entreprises extra-territoriales, il y a un problème d'application. Il faut donc un rattachement territorial de l'infraction. Le problème est résolu de manière uniforme.

Le problème se pose de 2 façons : 1 le droit de la concurrence d'un territoire (national ou communautaire) est-il applicable aux entreprises extérieures à ce territoire ? Peut-on intervenir ? 2 Le problème se pose aussi dans le sens de l'intervention du droit de la concurrence quant à une entreprise nationale qui commet des infractions à l'étranger.

#### A) Application aux entreprises extérieures au territoire

Problème juridique a évolué considérablement pour des raisons de fait. Au départ les affaires ne posaient pas correctement la question, mais en 1988 une affaire a posé pertinemment la question. Pendant longtemps les seules affaires qui étaient introduites concernaient des sociétés qui avaient sur le territoire une filiale ou un établissement.

Le raisonnement a été le suivant : On s'est dit qu'il fallait faire une distinction entre auteur intellectuel (société mère) et auteur matériel (filiale) de l'infraction. Dans ces conditions il y avait rattachement territorial.

Première solution : imputer l'infraction commise par structure territoriale à la sté mère, on exécute la sanction à l'encontre de la structure territoriale.

Deuxième solution : condamner conjointement (ou solidairement) les 2. Les 2 sont considérées comme ayant commis l'infraction.

Ces décisions sont souvent publiées, ainsi les conséquences politiques ne sont pas les mêmes (avoir son nom dans la décision en tant qu'auteur de l'infraction).

Mais une question restait pendante : Quid si aucune structure sur le territoire ? Il y a eu tout un débat doctrinal jusqu'au jour où la question s'est posée devant CJCE.

Affaire de 1988 qui concerne la pâte de bois (matière 1<sup>ère</sup> pour fabriquer papier ou carton). A l'époque aucun producteur dans l'UE (aujourd'hui Suède). Les fabricants n'avaient aucune structure sur le territoire CE. Ils se sont entendus pour vendre leurs produits au même prix sur tout le territoire CE, l'entente de prix est l'infraction la plus grave du droit de la concurrence. Sur l'interprétation de cette jurisprudence il y a des débats doctrinaux. 2 idées ont émergé :

1 Théorie de l'effet, on peut appliquer droit communautaire si la pratique produit un effet anticoncurrentiel sur le territoire communautaire ; dans l'affaire de 1988 c'était le cas.

2 Mais dans cette affaire, la Cour a dit que plusieurs critères étaient envisageables pour savoir si droit de la concurrence applicable, le 1<sup>er</sup> est le lieu de conclusion de l'entente, mais peu utile, pas pertinent.

2<sup>ème</sup> critère, lieu de localisation des auteurs de l'infraction, mais pas effectif.

Donc doctrine a dit que théorie de l'effet s'appliquait. Mais CJCE a dit que le critère était le lieu de mise en œuvre de l'infraction. S'agissant d'une entente de prix, le lieu de mise en œuvre est le lieu de vente du produit.

Dans cette affaire il y avait une association professionnelle qui réunissait un certain nombre de producteurs, elle était elle-même située sur le territoire communautaire, s'appelait KEA, elle avait recommandé à ses adhérents de conclure une entente. KEA avait commis l'infraction de recommandation d'infraction. CJCE a dit que droit communautaire pas applicable à l'association mais à l'entente de prix. Si on applique la théorie de l'effet, la CJCE aurait dû condamner KEA.

En revanche, si on applique critère du lieu de mise en œuvre de l'infraction, la recommandation d'infraction est entièrement mise en œuvre en dehors du territoire, donc droit communautaire pas applicable. Il n'y a pas eu d'autres arrêts depuis.

#### B) Application du droit de la concurrence à des entreprises sur le territoire mais commettant l'infraction à l'extérieur.

Entreprises qui ont leur siège à l'intérieur du territoire communautaire. Elles ne commettent aucune infraction sur le territoire mais en commettent à l'exportation, e.g. entente de prix à l'exportation. Est-ce que le droit de la concurrence du territoire où sont situées les entreprises peut intervenir ?

En principe droit de la concurrence ne s'applique pas. Droit communautaire apporte une réponse plus nuancée, supposons que ces produits puissent être réimportés, alors l'infraction touche le marché du territoire. C'est la condition d'application du droit communautaire de la concurrence : possibilité de réimportation.

On regarde le prix auquel le produit est vendu à l'extérieur du territoire, si vendu à un prix inférieur à celui du territoire, c'est un 1<sup>er</sup> critère de réimportation. 2<sup>nd</sup> critère : les droits de douane. 3<sup>ème</sup> critère : le coût de transport qui peut être élevé ou non, on tient également compte du risque de transport. Autre critère, problème de SAV, entretien. Donc de nombreux facteurs sont à considérer.

e.g. les voitures, il y a une différence de prix entre les Etats (même à l'intérieur de l'UE il est difficile d'acheter dans un autre Etat Membre), il peut y avoir réimportation.

e.g. YSL, cosmétiques, parfums, vend ses produits dans les pays de l'Est, les vend beaucoup moins chers que dans l'UE, droits de douane peu élevés, coût de transport faible, pas de SAV, donc possibilité de réimporter. YSL a conclu contrat de distribution exclusive sur certains pays de l'Est avec sté Javico, une clause interdisant la réimportation, or il y a possibilité de réimportation compétitive sur territoire communautaire, l'effet concerne le marché communautaire. On peut interdire la réimportation sur le fondement du droit de marque, pas sur celui du droit de la concurrence.

e.g. Microsoft a vendu certains de ses produits à des prix extrêmement différents au Canada et en France, c'était une filiale européenne qui commettait ceci.  
Le droit communautaire s'applique car si on interdit par contrat la réimportation de produits vendus moins chers au Canada, le droit communautaire est applicable.

## II Rapports entre droit communautaire et droits nationaux

Droit communautaire de la concurrence prime sur les droits nationaux et est d'effet direct. Lorsqu'une norme nationale est contraire au droit communautaire, elle doit être évacuée. En droit de la concurrence c'est différent, il y a primauté et effet direct, mais le droit national continue à s'appliquer, il y a superposition. La raison est purement historique, en 1957 un certain nombre d'EM venaient ou étaient en train d'adopter une législation sur la concurrence. On a donc maintenu les droits nationaux existant, même au fil des élargissements.

Il y a une réforme en cours, mais pour l'instant il y a une pratique (entente ou abus de position dominante) anticoncurrentielle, cette pratique affecte le marché d'un EM, le droit national est applicable, mais peut-être que le droit communautaire l'est également. Il y a concours de compétences si la pratique en question affecte les échanges intra communautaire.

### A) Affectation du commerce entre EM

C'est la condition d'applicabilité du droit communautaire de la concurrence. Il faut que la pratique est une incidence (généralement négative) sur les échanges intra communautaire. Il faut d'autre part que cette incidence soit sensible, le seuil de sensibilité est une règle de minimis.

On distingue les accords horizontaux des accords verticaux :

Les premiers sont des accords conclus entre entreprises au même stade du cycle économique (2 producteurs), accord sensible si parts de marché cumulées supérieures à 5%.

Les accords verticaux, conclus entre des entreprises à des stades différents du cycle économique (1 vendeur et 1 fabricant) sont sensibles si les entreprises dépassent les 10% de parts de marché cumulées, car économiquement un accord vertical est moins dangereux qu'un accord horizontal.

Lorsqu'on parle des parts de marché, on prend en compte les parts du groupe auquel appartient l'entreprise, ainsi le seuil est rapidement atteint et le droit communautaire vient à s'appliquer.

### B) Compétences concurrentes

Lorsque le droit communautaire est applicable, il y a nécessairement compétence des autorités communautaire et nationale. On peut saisir simultanément la Comm de Bruxelles, autorité nationale et le juge.

1<sup>ère</sup> hypothèse, Comm Bruxelles accepte d'engager une procédure (c'est de – en – fréquent car TPI et CJCE lui ont reconnu le droit de classer les affaires d'intérêt communautaire insuffisant, ça peut être juridiquement ou économiquement inintéressant, Comm peut ne pas avoir la volonté politique de s'en occuper, mais il peut être fait appel de cette décision de classement), il faut faire distinction, si Comm a engagé la procédure, le juge national peut continuer à instruire et peut juger l'affaire, il n'est pas obligé de surseoir à statuer, mais CJCE dit que pour des motifs de sécurité juridique (éviter risque de contrariété de décisions), le juge peut surseoir à statuer.

S'agissant de la procédure engagée devant autorité nationale, il y a obligation de surseoir à statuer en droit communautaire.

2<sup>ème</sup> hypothèse, la Comm rend une décision en droit communautaire, cette décision peut constater l'existence d'une infraction, en droit national on ne peut pas dire que pratique licite en raison de la primauté du droit communautaire. Si Comm rend décision constatant licéité de la pratique, le droit national peut-il se montrer plus sévère ? C'est la théorie de la double barrière ; le droit national peut continuer à s'appliquer du moment qu'il ne contrevient pas complètement au droit communautaire.

e.g. Comm dit qu'une pratique n'est pas discriminatoire, mais en droit français il y a des textes précis sur la discrimination, donc droit national peut déclarer cette pratique illicite.

e.g. refus de vente n'est plus illicite en droit français depuis 1996, mais en droit communautaire ça peut toujours l'être si effet anticoncurrentiel ; une entreprise française refuse de vendre à une

entreprise allemande, juge communautaire dit que c'est licite en droit communautaire, mais ça ne l'est pas forcément en droit national où il y a une infraction qui s'appelle refus de communication des conditions générales de vente, c'est pénal. Comm a dit que ce refus de vente était licite en droit communautaire, mais en droit français c'était constitutif de refus de communication des cvg.

3<sup>ème</sup> hypothèse, Comm rend décision d'attestation négative. C'est une décision où Comm dit que compte tenu des éléments d'information dont elle dispose, elle n'a pas à intervenir. Plusieurs options, ça peut être décision de licéité, mais ça peut aussi vouloir dire que le droit communautaire n'est pas applicable, qu'il n'y a pas d'intérêt suffisant ou que ce n'est pas anticoncurrentiel. La pratique peut ne pas affecter suffisamment le commerce entre EM, donc la Comm écarte. Ça peut vouloir dire qu'il n'y a pas d'intérêt communautaire suffisant, i.e. le droit communautaire est applicable mais la Comm ne veut pas s'en occuper.

Lorsqu'on fait une demande à la Comm, on remplit un formulaire AB sur lequel on coche toutes les options possibles, mais au moins on a une décision, car la Comm peut répondre par une lettre de classement (comfort letter). Lorsque pratique anticoncurrentielle on peut obtenir une dérogation. Ces pratiques sont souvent instituées par des contrats, mais la Comm ne peut pas se pencher sur tous les contrats existant, elle a donc recours aux lettres de classement.

Les premiers à avoir reçu une lettre de classement sont les parfumeurs français, ils avaient demandé un avis à la Comm car le refus de vente était encore une infraction pénale en France et il voulait une décision communautaire disant que réseau de distribution licite, c'était en 1981, ils étaient de nouveau poursuivis pour refus de vente, juge français a alors estimé que cette lettre n'avait aucune valeur juridique.

Dans plusieurs EM, les juges ont dit que c'était une présomption de licéité, ça renverse donc la charge de la preuve (solution retenue par la jurisprudence française en 1989).

La Comm peut ne pas avoir envie de traiter l'affaire, mais l'entreprise a tout intérêt à accepter une lettre de classement car procédure rapide (- de 6 mois), par ailleurs la Comm peut devenir tatillonne si on la contraint d'emprunter une procédure plus longue.

Il y a aussi la « non comfort letter » qui est une présomption d'illicéité, mais ne lie aucunement le juge.

Autre cas, celui d'une entente, les entreprises ont demandé un avis à la Comm, mais avant que celle-ci l'ait rendu, un différend naît.



C'est ce qu'on appelle l'incroyable formalisme du droit de la concurrence. Règlement 17/62 dit que la décision de licéité ne rétroagit qu'au jour de la notification (demande à la Comm). Donc la dérogation ne joue qu'à compter de la notification. Entre la conclusion de l'accord et la notification, le contrat est nul ? Supposons qu'une des parties veuille être déliée, elle saisit le juge, si ce dernier est saisi avant la notification, il pourra annuler le contrat. Si saisi après notification, il devra surseoir à statuer pour éviter une contrariété de décisions.

Il y a pourtant des contrats qui, d'après le droit communautaire, sont dispensés de notification. Règlement 17/62 vise ainsi les contrats entre 2 entreprises qui ne concernent ni l'importation ni l'exportation mais l'achat pour revendre sur le territoire national, ils sont valables sans demande d'avis à la Comm. Texte dit que pour ces contrats, l'exemption peut rétroagir au-delà du jour de la notification (i.e. au jour de la conclusion du contrat).

## Deuxième partie : Les infractions

Il y a les ententes anticoncurrentielles et les abus de position dominante anticoncurrentiels (abus de domination).

Ces infractions ont en commun leurs sanctions, la nullité des accords passés entre les entreprises concernées est la sanction la plus lourde. Elles encourent des amendes administratives et, bien que la CEDH considère cette matière comme pénale, le droit pénal ne s'applique pas. Elles encourent également des condamnations à Dommages et Intérêts (DI) assorties d'injonctions. Publication des décisions au JOCE, au recueil des arrêts de la CJCE ou au BOCCRF en France.

En droit français on peut imposer publication de la décision dans des journaux et magazines, la réputation de l'entreprise est en cause, c'est pédagogique. Les amendes varient selon droit communautaire ou droit français, en droit communautaire ça peut aller jusqu'à 10% du CA mondial, en pratique la Comm de Bruxelles se fonde sur le CA européen ; en France c'est maximum 5% du CA français, mais la loi NRE devrait s'aligner sur le droit communautaire. Cette loi prévoit également des amendes civiles qui pourraient être prononcées par les juridictions civiles.

## Chapitre 1 : Les ententes anticoncurrentielles

Définition traditionnelle : « Une entente est un concours de volontés entre entreprises (pas toujours en droit français) suffisamment autonomes les unes par rapport aux autres pour pouvoir décider de leur comportement sur le marché. »

Il y a une distinction : En droit français il n'y a pas de sous-catégories ; en droit communautaire il y a 3 catégories d'ententes : Art 81§1 TCE : L'accord entre entreprises, la pratique concertée et la décision d'association d'entreprises. CJCE exige que l'on fasse rentrer les faits dans l'une des 3 qualifications. CJCE a dégagé notion de l'infraction multiple. Ensuite il faut un effet anticoncurrentiel. Enfin une entente anticoncurrentielle peut faire l'objet d'une dérogation.

§1 : La notion

On voit qu'il y a 2 éléments principaux, le concours de volontés et l'autonomie des entreprises.

### A) Le concours de volonté

Nous traiterons les qualifications communautaire car c'est plus simple en droit français.

#### 1) L'accord

Une convention en générale, écrite ou non, verticale ou horizontale. L'accord peut ne pas être obligatoire, on ne peut alors pas en demander l'exécution forcée, mais il tombera tout de même sous le coup du droit de la concurrence.

Ont été qualifiés d'accords entre entreprises certains comportements d'entreprises qu'on aurait pu qualifier de mesures unilatérales.

e.g. un distributeur ou un fournisseur qui établit des conditions générales de vente pour prouver qu'il applique la même règle à tout le monde, sinon il discrimine.

Est-ce que ces conditions peuvent être contrôlées ? Oui, ça peut constituer une entente, mais où se trouve le concours de volontés ? Jurisprudence dit que les cgv sont destinées à être acceptées par les clients, il y aura nécessairement adhésion collective aux cgv. Il y a une entente.

e.g. distribution sélective, système de distribution qui consiste à choisir un certain type de revendeurs. Les critères de sélection peuvent être contrôlés s'ils constituent une entente, c'est le principe de l'adhésion aux cgv qui caractérise le concours de volontés. Il y a une adhésion collective. Ça permet au droit de la concurrence de contrôler des comportements unilatéraux sur le fondement des ententes.

En droit de la concurrence, il n'y a que 2 fondements d'intervention, les ententes et les abus de position dominante, or la plupart des entreprises qui prennent des cgv ou des critères de sélection ne sont pas en position dominante, donc il faut se fonder sur l'entente.

#### 2) La pratique concertée

C'est différent de l'accord, c'est plus large car les autorités de marché veulent contrôler les comportements d'entreprises. Il n'y a pas d'adhésion à un objectif commun, ça peut être un simple

échange d'informations entre entreprises concurrentes (actuellement ou potentiellement), l'échange doit concerner des informations sensibles (informations commerciales).

Dans libre concurrence il y a critère de l'incertitude, si une entreprise ne sait pas ce que fait son concurrent, elle va faire du mieux qu'elle peut, si elle est informée de ce que fait son concurrent, elle fera seulement un peu mieux que lui ,(ce n'est pas comme un relevé de prix ex post) s'aligner sur le prix de la concurrence après coup c'est normal, mais pas se concerter.

Est-ce qu'un simple échange d'informations constitue une entente ou faut-il une pratique (une utilisation) basée sur ces informations ?

Pour qu'il y ait une entente, faut-il intention anticoncurrentielle ?

e.g. des entreprises se réunissent et échangent des informations, notamment sur les prix. Pour que les entreprises qui assistaient à cette réunion soient considérées comme membres de l'entente, suffit-il qu'elles aient entendu les informations ou faut-il démontrer qu'elles ont modifié leur comportement en conséquence.

La question s'est posée pour Rhône-Poulenc en 1988. CJCE et TPI ont dit qu'une entreprise ne peut pas être frappée d'amnésie aiguë, elle ne peut pas avoir oublié les informations obtenues, son comportement a été influencé par les informations, donc il y a entente. Position communautaire contestée par la doctrine.

e.g. en France les auto-écoles se réunissaient pour fixer taux horaire des leçons, une auto-école n'a pas modifié son comportement, le droit français a dit qu'il n'y avait pas entente, il aurait fallu qu'elle participe à une 2<sup>ème</sup> réunion ayant le même objet ou qu'elle augmente ses prix comme ses concurrents.

CJCE a adopté la position française depuis, il faut prouver une pratique.

Autre question, faut-il une intention anticoncurrentielle ? On retrouve le problème probatoire, comment prouver l'intention ? En droit communautaire il n'y a pas à prouver l'intention anticoncurrentielle, la qualification d'entente suppose la constatation d'un comportement.

Droit français est en évolution, jurisprudence récente de la chambre commerciale de la Cour Cass qui concerne l'OFUP, cette notion d'intention semble devenir un élément constitutif de l'entente. Faits : OFUP a conclu des contrats d'exclusivité avec certains éditeurs pour distribuer leurs revues dans les universités, puis une entreprise a voulu faire un kiosque à destination des Etudiants pour distribuer ces revues, question était de savoir s'il y avait un marché de la distribution universitaire, jurisprudence a dit que c'était une clientèle particulière, donc position dominante de l'OFUP. Ici on a une clause d'exclusivité dans un contrat, CA Paris a dit qu'il s'agissait d'une entente. Cour Cass a dit que les éditeurs n'avaient aucun intérêt à accorder l'exclusivité, donc il n'y avait aucune intention anticoncurrentielle, Cour Cass a donc introduit la notion d'intention anticoncurrentielle. Le droit communautaire et le droit français semblent se séparer sur ce point.

Dernière question, la preuve. On peut toujours prouver une pratique anticoncurrentielle par présomption, la question débute toujours par « on constate » que des entreprises concurrentes ont le même comportement, alignement (terme du droit de la concurrence) du comportement, comportements parallèles. C'est illogique.

Si des entreprises ont échangé des informations et en ont tiré les conséquences appropriées, on aboutit à une situation de non concurrence, or on n'a pas la preuve de la concertation, mais on constate seulement des comportements parallèles, peut-on présumer la pratique concertée à partir de cette constatation. Oui, il n'y a pas d'autre explication plausible ; mais le juge communautaire a dit que ça ne suffisait pas, il faut, une fois les comportement parallèles établis, démontrer qu'il n'y a pas d'autres explications plausibles, seule une concertation préalable doit pouvoir l'expliquer, il y a les 2 éléments constitutifs de l'infraction, la concertation et la pratique.

Il y a 2 explications plausibles :

-Convergence d'intérêts. Les entreprises ont toutes intérêt à agir de la même manière car c'est la meilleure solution commerciale.

e.g. en 1975 affaire du sucre dans l'UE, des entreprises ont cessé de vendre au même moment à un tiers qui faisait des importations parallèles, on croit voir une infraction, c'est un cloisonnement de marché, de plus alignement des comportements. Comm de Bruxelles présume une concertation, mais CJCE dit qu'il aurait fallu rechercher une autre explication plausible, c'est seulement à défaut qu'on retiendrait l'infraction, ici convergence d'intérêts car l'importateur parallèle était un mauvais payeur.

e.g. arrivée de l'essence sans plomb sur le marché français, toutes les compagnies pétrolières ont eu exactement la même politique de distribution, mais c'était la meilleure formule de distribution.

-Structure du marché. Les comportements parallèles peuvent s'expliquer par une structure oligopolistique. Lorsqu'on est présence d'une structure de marché telle, se crée un phénomène d'interdépendance oligopolistique, les entreprises sont dépendantes les unes des autres, il n'y a pas de liberté de comportement, dans ce schéma un alignement est induit par la structure du marché. Sur un marché oligopolistique il y a peu d'entreprises de la même taille, mêmes coûts de production, produits homogènes, dernière condition est la transparence du marché. Les acheteurs sont immédiatement au courant des changements de prix des concurrents.

e.g. 1 de ces entreprises augmente ses prix, soit les autres entreprises suivent l'augmentation, ou alors les autres ne suivent pas et elle revient au niveau antérieur.

On peut imaginer l'exemple inverse, une entreprise baisse ses prix, soit les autres suivent pour garder leurs clients, soit les autres attendent afin que l'entreprise ayant baissé ses prix doive investir pour faire face à l'augmentation de la demande, auquel moment elles baissent leurs prix afin que celle ayant investi ne puisse amortir son investissement.

### 3) La décision d'association d'entreprises

Il s'agit d'un acte de volonté collective.

e.g. on fonde une association, le règlement de cette association est un accord entre personnes, c'est unanime, donc ce n'est pas une décision d'association entre entreprises (dae). En revanche, au cours de la vie sociale, des décisions peuvent être prises par les organes compétents, ce n'est pas unanime, donc c'est une dae. Peuvent être considérées comme des dae des recommandations, des avis, voire des informations.

e.g. un syndicat professionnel, une entreprise est adhérente, le syndicat ne demande pas toujours l'avis de ses adhérents. Supposons que le syndicat informe ses adhérents de la fourchette de prix pratiqués dans la branche, c'est une dae anticoncurrentielle, car on peut se situer dans la fourchette de prix et on ne fera pas du mieux que l'on peut, c'est illicite car on attend des entreprises qu'elles calculent leurs prix par rapport au coût de revient. C'est l'organisme professionnel qui est responsable.

e.g. ont été mis en cause les barreaux d'avocats, ils ont informé les avocats des fourchettes d'honoraires selon les prestations. C'est une dae anticoncurrentielle car on informe les avocats de ce qu'ils peuvent demander aux clients, ceci vaut pour tous les organismes professionnels.

### B) L'autonomie des entreprises

Il faut que le concours de volontés se fasse entre entreprises autonomes. Question s'est jusqu'à présent posée sous 2 formes. Quid des accords intragroupe et des représentants de commerce ?

-Un accord intragroupe peut-il relever de la catégorie des ententes ?

e.g. une société mère et ses filiales passent un accord, s'il n'y a pas d'autonomie économique, la 2<sup>ème</sup> condition constitutive de l'infraction n'est pas remplie.

Au sein d'un groupe de sociétés il va falloir vérifier 2 choses, la société mère a-t-elle un pouvoir de contrôle sur ses filiales ? La société mère a-t-elle exercé son pouvoir de contrôle dans la commission de l'infraction ?

Comment évaluer le pouvoir de contrôle ? On regarde la participation au capital, les droits de vote, les pactes extrastatutaires...

Il ne suffit pas de démontrer que la société mère a un pouvoir de contrôle, il faut qu'elle l'ait exercé. Y a-t-il eu des directives écrites (fax, mails, courriers), des visites des représentants de la société mère dans les locaux de la filiale,...

e.g. stylos Parker, la société Parker a des filiales dans la plupart des EM de l'UE, 1 filiale par EM, ces filiales appartiennent à Parker à hauteur de 90%, de même pour les droits de vote, filiales n'apparaissent pas autonomes, on en conclurait donc qu'il ne peut y avoir d'entente. Mais la société mère a-t-elle exercé effectivement son pouvoir de contrôle ? Parker a imposé à ses filiales de ne vendre que dans leurs pays respectifs, c'est une violation grave de la liberté de circulation des marchandises (LCM) d'interdire les importations parallèles. Parker avait bien dicté à ses filiales leur comportement, la société mère avait envoyé des représentants devant s'assurer du respect des consignes. Impossibilité d'intervenir, il n'y a pas d'entente. Si Parker était passé par des distributeurs indépendants, alors il y aurait eu concours de volontés et autonomie, donc entente anticoncurrentielle.

-Les représentants de commerce.

Les termes juridiques employés en droit communautaire ne doivent pas être interprétés comme en droit français. Un représentant de commerce représente une entreprise à destination de certains clients. Le contrat qui le lie à l'entreprise est-il une entente ? Il y a bien un concours de volontés, mais le représentant de commerce est-il autonome ?

En décembre 1962, Comm de Bruxelles a publié une communication qui interprétait cette notion de représentant de commerce, le critère de la charge du risque est retenu. C'est à partir de ce critère qu'elle a distingué les représentants de commerce des distributeurs indépendants. Pour les 1ers, il n'y a pas d'entente car ne sont pas autonomes, pour les seconds il peut y en avoir car sont autonomes. S'ils ne supportent pas la charge du risque, on ne peut pas intervenir.

Critères pour déterminer la charge du risque :

- Liberté de fixer les prix – Propriété des stocks

S'il fixe les prix et est propriétaire des stocks, il supporte la charge du risque, sinon c'est un représentant de commerce. La jurisprudence a évolué par rapport à la communication de la Comm. Le fait que l'intermédiaire de commerce ne supporte pas la charge du risque n'est pas suffisant, il faut en plus démontrer l'absence d'indépendance économique pour qu'il n'y ait pas entente. Arrêt CJCE qui concernait les agences de voyage, une agence de voyage traite avec les tour-opérateurs qui fixent les prix catalogue, l'accord entre l'agence et le tour-opérateur tombe-t-il sous le coup du droit de la concurrence ? Il y a concours de volontés. Si on se fonde sur la communication de 1962, agence ne fixe pas le prix et n'est pas propriétaire, donc ne supporte pas la charge du risque, contrat en dehors du champ d'application de la matière. Mais CJCE dit que ça ne suffit pas, l'agence n'est pas dépendante économiquement du tour-opérateur car traite avec une multitude de tour-opérateurs, elle est indépendante et n'est pas un représentant de commerce.

e.g. agence ad hoc créée par organisateur coupe du monde de football pour vendre les billets de manière exclusive ; selon communication de 1962 c'est un représentant de commerce mais elle a une activité touristique autonome, complètement indépendante économiquement, alors c'est une entente contrôlable.

§2 : L'objet anticoncurrentiel

Il n'y a pas de liste exhaustive.

Art. L 421-1 Code commerce donne des exemples (art. 7 ordonnance de 1986).

On parle d'objet ou d'effet anticoncurrentiel.

Pour certains, l'objet anticoncurrentiel est l'intention de fausser la concurrence, pour d'autres c'est un effet potentiel. L'effet anticoncurrentiel est plus certain.

Principaux exemples :

1-Entente de prix

Des entreprises concurrentes s'entendent sur le prix de vente, c'est complètement anticoncurrentiel. L'entente de prix peut prendre plusieurs formes : prix de vente, marges bénéficiaires égales,...

Mais l'entente de prix peut aussi être verticale, ce ne sont plus des entreprises concurrentes entre elles, c'est un producteur qui décide d'imposer ses prix à ses distributeurs, est-ce illicite ? Les économistes disent que ce n'est pas si grave car le producteur reste en concurrence sur son marché, mais c'est quand même illicite.

Si le prix imposé est un prix maximum, ce n'est pas illicite, par contre un prix minimum est illicite. Mais si on impose pas le prix, un prix conseillé est licite, ça doit être un véritable prix conseillé, aucune pression ne saurait être exercée afin de veiller au respect de ce prix.

Un prix maximum imposé est licite mais il faut que ça soit un vrai prix maximum, s'il correspond au prix d'achat il n'y a plus de marges bénéficiaires, on ne peut pas vendre en-dessous, c'est un faux prix maximum.

e.g. grande distribution, le producteur n'impose rien mais les distributeurs s'entendent entre eux pour fixer un prix de revente, ceci n'est pas illicite à une condition, ils ne doivent pas être dans la même zone de chalandise ; celle-ci dépend de la taille des distributeurs, pour le hyper (rayon de 40kms environ) c'est plus grand que pour les super qui ont une zone plus grande que les détaillants.

2-Entente de répartition de marché

Ce sont des ententes horizontales, on se réserve en général son marché national, c'est très visible. Autre schéma moins apparent : on prend 2 EM, France et Espagne par exemple, le producteur français exporte 10 tonnes en Espagne et inversement, il y a des échanges, l'entente est moins facilement détectable.

e.g. les marchés publics, loi est en voie de réforme mais ne concerne pas le droit de la concurrence. En droit de la concurrence on s'intéresse à certains aspects des marchés publics. Il y a un maître d'œuvre qui est le plus souvent une commune qui a besoin de faire effectuer certains travaux, le maître d'œuvre doit respecter certains règles, comme c'est un acheteur public, doit respecter des règles de droit public, ce que n'ont pas à faire les acheteurs privés. Les entreprises soumissionnaires ont tendance à s'entendre entre elles. Si ces entreprises qui soumissionnent étaient en concurrence, on arriverait à un meilleur résultat. Chronologiquement il y a d'abord un appel d'offres, la loi dit que les entreprises doivent faire un devis et le donner au maître d'œuvre, après ce dernier va choisir soit le moins-disant soit le mieux-disant.

Lorsque les entreprises se répartissent les marchés, ce sont des soumissions concertées, ce sont de véritables ententes. Il y a aussi des offres cartes de visite, des entreprises déposent volontairement une offre qui n'a aucune chance d'être acceptée, il n'y a pas eu d'entente à priori, mais si on ne dépose pas d'offres pendant un certain temps auprès de certains maîtres d'œuvre, on est complètement oublié, on n'est pas informé. Ce n'est pas une entente.

3-Pratiques qui entravent l'accès au marché.

Le boycott : C'est une pratique considérée comme directement contraire au droit de la concurrence.

e. g. TGV Nord, une entreprise italienne devait soumissionner mais elle en a été empêchée, c'est du boycott.

e. g. les agriculteurs avec les fraises espagnoles.

e. g. l'exclusivité. Un annonceur obtient l'exclusivité de la publicité dans une revue professionnelle destinée aux forains, c'est contraire au droit de la concurrence, barrière à l'entrée sur le marché, les autres ne peuvent pas faire de publicité car c'est la seule revue concernant cette profession.

4-Règlement de 12/99 entré en vigueur en 06/00 (en partie), toutes les entreprises (biens et services) y sont soumises (sauf le domaine automobile).

Le règlement pose de nombreux problèmes, il y a une logique de simplification, au lieu d'avoir un règlement par système de distribution (franchise, distribution exclusive, distribution sélective), on a tout unifié ; ce règlement concerne tous les modes de distribution.

e. g. un fabricant a un système de distribution par EM avec interdiction de vente et de démarchage sur autre territoire que le sien, c'est licite, c'est une interdiction de concurrence active, par contre on n'a pas le droit d'interdire la concurrence passive (répondre à des sollicitations d'un client).

Pour les contrats de franchise, il n'y a pas de garantie d'exclusivité territoriale. Il y a nécessairement un transfert de compétences, de savoir-faire (e. g. McDo). Il faut que ce savoir-faire soit actualisé. Alors que pour distribution exclusive il y a exclusivité territoriale mais pas savoir-faire.

Troisième formule, la distribution sélective. On sélectionne les distributeurs en fonction de leurs compétences et en fonction de l'adéquation de leurs locaux de vente, il faut que les distributeurs correspondent à l'image de marque du produit.

Tous ces schémas de distribution étaient exemptés, par voie de règlement, de l'application du droit de la concurrence. Mais en quoi ces schémas sont-ils anticoncurrentiels ? Ca limite le nombre de distributeurs, dans l'exclusivité il y en a un par territoire, dans la distribution sélective c'est un choix discrétionnaire, pour la franchise on ne transmet pas son savoir-faire à l'infini. En limitant le nombre de distributeurs, on limite la concurrence.

### Section 3 : Les exemptions

En droit communautaire comme en droit français, dès lors qu'entente anticoncurrentielle, c'est illicite sauf exemptions. Les modalités diffèrent selon que droit communautaire ou droit français.

#### §1 : Les exemptions en droit communautaire

Depuis traité de Rome, il y a 2 possibilités d'exemption, il

dérogation pour leurs contrats, mais la Comm est en train d'abandonner sa compétence, ce système est sur le point de disparaître.

#### A) Exemption réglementaire

La Comm, sur habilitation du Conseil, a compétence pour prendre des règlements qui ont pour effet d'autoriser les entreprises à conclure des contrats anticoncurrentiels. Le règlement définit d'abord le contrat, ensuite il indique les clauses qu'on peut ou ne peut pas insérer (clauses noires : perte du bénéfice de l'exemption). L'entente se trouvant dans un contrat tel n'est plus illicite. Pour quels contrats y a-t-il des règlements ?

-La distribution exclusive –L'approvisionnement exclusif –La franchise –Les licences de savoir-faire – Les brevets –Les accords de Recherche et Développement –Les accords de spécialisation –Les transports (fluviaux, maritimes et aériens).

Le règlement sur les restrictions verticales (06/00) va abroger et remplacer les règlements sur la franchise, la distribution exclusive et va intégrer la distribution sélective ainsi que les services ; tout est concerné sauf l'automobile. Ce règlement ne parle pas des marques mais la communication interprétative de la Comm les intègre.

Lorsqu'on envoie un contrat à la Comm, on n'a à justifier que les clauses supplémentaires non visées par le règlement, c'est une notification allégée. Si au bout de 6 mois la Comm ne répond pas, le contrat est validé entièrement, l'exemption réglementaire s'étend à l'ensemble du contrat. Mais que faire lorsqu'il n'y a pas de procédure de non opposition ? Jurisprudence nationale dit qu'on ne peut pas obtenir d'exemption réglementaire, on se retrouve avec un contrat banal. Chambre commerciale de la Cour Cass considère qu'on examine les clauses supplémentaires, on regarde si objet ou effet anticoncurrentiel, à défaut le contrat est valable. Si l'une des clauses supplémentaires est considérée comme anticoncurrentielle, l'exemption saute-t-elle pour l'ensemble du contrat ou est-ce seulement cette clause qui est réputée non écrite. Jurisprudence française dit que la clause, uniquement, est nulle si elle n'est pas déterminante de la volonté des parties.

Si on a un contrat en cours, entre en vigueur un règlement d'exemption, on se rend compte que le contrat n'est pas conforme, doit-on le renégocier. On peut demander à son cocontractant de modifier les clauses, mais il peut refuser. Jurisprudence communautaire dit qu'un règlement ne peut pas imposer une renégociation contractuelle. En France, selon les juridictions, on considère soit que la nullité est fautive de la partie qui refuse de renégocier, soit qu'il n'y a pas d'obligation de renégocier et que la nullité n'est donc pas fautive. La solution, à l'heure actuelle, pour sauver le contrat, est de le notifier pour obtenir une exemption individuelle, mais Comm est en train de renoncer à sa compétence en la matière.

*Complément donné à la fin du cours :*

Il y a 2 possibilités :

Une demande individuelle, on notifie son contrat à la Comm à l'aide d'un formulaire. C'est l'incroyable formalisme juridique du droit communautaire. On essaie de justifier son contrat en démontrant que, bien qu'anticoncurrentielle, l'entente contribue au progrès économique ou technique et que les utilisateurs en profiteront de manière équitable et que la restriction de concurrence est indispensable à cette fin. Il est toujours possible de prouver qu'on a contribué à un progrès, mais il est plus difficile d'établir que ce progrès ne pouvait pas être réalisé sans restriction à la concurrence, c'est sur ce dernier point que la Comm refuse souvent l'exemption.

e. g. une entreprise A fabrique 2 produits, x et y. Une entreprise B fabrique les 2 mêmes produits. A et B passent un accord de spécialisation : i.e. l'entreprise A se spécialise dans la production de x et B dans la production de y. C'est anticoncurrentiel. Ça peut avoir contribué au progrès technique ou économique, mais était-ce indispensable ? N'y avait-il pas une autre solution ?

La Comm a proposé d'abandonner ce système d'exemptions individuelles.

Exemptions réglementaires. Des règlements définissent les conditions auxquelles un type de contrat sera automatiquement exempté. Le contrat est valable si on est dans le champ d'application du Droit

communautaire. La Comm vote ces règlements sur habilitation du Conseil. Il y a un règlement pour les licences de savoir-faire, de brevets, pour les transports, pour les assurances. Puis il y a les types de contrats pour lesquels il n'y a jamais eu de règlements, e. g. pour la distribution sélective (parfums ou ordinateurs souvent), de même pour les licences de marques (alors que sont de plus en plus nombreuses).

Mais le règlement sur la distribution du 22 décembre 1999 (entré en vigueur le 1<sup>er</sup> juin 2000) modifie le régime.

Un règlement d'exemption a pour vocation d'exempter des contrats anticoncurrentiels de l'application du droit communautaire de la concurrence.

e. g. on est en présence d'un contrat qui comporte des clauses non prévues par le règlement. Le contrat est-il exempté ? Actuellement, on regarde les clauses supplémentaires, on cherche à savoir si elles sont anticoncurrentielles, à défaut, le contrat est conforme dans son intégralité. Si une ou plusieurs clauses sont anticoncurrentielles (au moins potentiellement), la jurisprudence française applique le droit commun des contrats : soit ces clauses anticoncurrentielles sont déterminantes de la volonté des parties, alors le contrat est nul, soit elles ne le sont pas, auquel cas seules ces clauses sont réputées non écrites.

Que se passe-t-il si un règlement d'exemption entre en vigueur alors qu'il y a des contrats en cours. Si ces contrats respectent ces règlements, il n'y a pas de problème ; en revanche, si les contrats ne respectent pas le règlement, la question se pose de savoir s'il faut modifier le contrat ? Le règlement impose-t-il de modifier ou d'accepter une modification du contrat ?

CJCE a pris position de manière partielle : un règlement n'impose pas par lui-même la renégociation du contrat. Un règlement d'exemption offre une chance de valider le contrat au regard du droit communautaire, mais personne n'impose de le faire, principe de la liberté contractuelle. Mais le fait, pour l'une des 2 parties, de refuser de renégocier le contrat ne pourrait-il pas être, en droit interne, qualifié de nullité fautive. La jurisprudence française n'est pas uniforme, pour certains c'est fautif, pour d'autres non, la CJCE n'a pas encore examiné la question.

e. g. un franchisé paye des redevances qu'il considère trop élevées, il veut se désengager mais ne peut pas, alors cette situation lui permet d'obtenir une nullité, donc il ne voudra pas renégocier.

Le règlement du 22 décembre 1999 concerne la distribution de tous produits et services (sauf automobiles), intègre franchises, distribution exclusive et ajoute distribution sélective. L'objectif de ce règlement est de simplifier le droit en vigueur. On fixe un seuil de validité au regard du droit communautaire, seuil de parts de marché fixé à 30%. Si on est en-dessous de ce seuil, les contrats sont valables. Le règlement fait 4 pages et demi mais est accompagné par 55 pages de communication interprétative de la Comm. Mais le règlement énumère des restrictions, même en-dessous des 30%, le contrat n'est jamais valable s'il comporte des clauses « noires ».

Deuxième point : Il est difficile de délimiter le marché pertinent, donc les 30% de parts de marché sont déjà sujets à discussion, on repart sur la substituabilité des produits. D'après le règlement, si on est entre 30 et 35% des parts de marché, on a le droit à 2 années civiles de validité du contrat à partir du moment où on franchit la barre des 30% (il faut déterminer ce moment). Si on est entre 35 et 37%, on a le droit à une année civile de validité du contrat dans les mêmes conditions. La charge de la preuve incombe à la Comm (pour déterminer le moment de franchissement du seuil). Indépendamment du seuil, il y a des clauses qu'on ne peut pas insérer dans un contrat (clauses noires), au risque de ne pas bénéficier de l'exemption.

e. g. une clause très fréquente : clause de non concurrence pendant la durée du contrat (clause d'approvisionnement exclusif). Ainsi une franchise McDonald's doit obligatoirement s'adresser à certains fournisseurs.

e. g. on a une franchise, la franchise consiste à expliquer comment on peut reproduire un dessin sur un T-Shirt, on impose au franchisé d'acheter l'outillage et les T-shirts. Pourrais-je trouver les outils ailleurs ? Pas l'outillage mais les T-shirts vraisemblablement. L'approvisionnement exclusif est autorisé pour des produits qu'on ne trouve pas ailleurs. Le règlement simplifie. Le fabricant a le droit d'imposer un approvisionnement exclusif à hauteur de 80% de ses achats calculés par rapport aux chiffres calculés sur l'année civile précédente, mais ces chiffres n'existent pas forcément, donc on peut imposer 100% la première année, or la sanction est la nullité du contrat. Cette clause d'approvisionnement exclusif doit être limitée à 5 ans sans reconduction tacite.

Dernier point : Le règlement prévoit des cas de retrait du bénéfice de l'exemption, ce n'est pas de la nullité mais de la caducité, ça ne vaut que pour l'avenir. Qui peut retirer ce bénéfice ? D'après le texte, la Comm, mais en pratique ces contrats ne sont pas d'intérêt communautaire suffisant, le règlement prévoit donc que les autorités nationales peuvent retirer le bénéfice de l'exemption, c'est nouveau, mais de quelle autorité nationale s'agit-il ? Certains pensent qu'il s'agit des autorités nationales de concurrence, d'autres des juges. Si on regarde la jurisprudence communautaire, il y a un élément de réponse, lorsque dans un texte communautaire (règlement 19/62) on autorise l'expression « autorité d'un EM », c'est l'autorité spécialement chargée de veiller au respect du droit de la concurrence. Alors que si l'on prend le juge territorialement compétent, il retire le bénéfice de l'exemption pour l'ensemble du réseau (national ou international), et un autre juge aurait pu en décider autrement, il est important d'unifier (mais c'est coûteux et encombrant de tout adresser au Conseil de la concurrence). Loi NRE propose de désigner des tribunaux spécialisés en droit de la concurrence.

#### En Droit français

Il n'y a pas d'exemptions individuelles, pas de système de notification. On attend d'être poursuivi et on justifie la pratique anticoncurrentielle sur les mêmes fondements qu'en droit communautaire (progrès technique ou économique). Mais pour se prémunir on va demander un avis à la Direction de la concurrence (ministère éco) qui émet une lettre où elle dit qu'elle estime ne pas voir d'infraction, mais cette direction de la concurrence n'est pas compétente. Le Conseil de la concurrence ne lui reconnaît aucune valeur.

Il n'y a plus d'exemptions catégorielles non plus. En 1996 la loi a prévu la possibilité d'adopter des décrets d'exemption qui peuvent porter sur des catégories d'accords. Aucun décret n'a été pris, on pense que pour les contrats importants les textes communautaires suffisent. Un tel décret doit être adopté par le Ministre de l'économie après avis conforme du Conseil de la concurrence. En France, les décrets d'exemption peuvent concerner non seulement des catégories d'accords mais aussi certains accords. Cela veut-il dire qu'un décret peut exempter un accord ? Ça redonnerait une compétence au Ministre de l'économie qui lui a été enlevée par le législateur en 1986.

#### Chapitre 2 : L'abus de domination

e. g. France Télécom, EDF, TF1, Canal +, Microsoft,...

Il faut retenir que le fait d'être en position dominante n'est pas illicite, ni même d'être en situation de monopole, ce qui est illicite c'est d'en abuser.

Dès qu'on est en position dominante, on n'a plus le droit de se comporter comme les autres entreprises, le régime juridique change ; des actes normalement licites deviennent illicites. De nombreuses entreprises se battent juridiquement pour démontrer qu'elles ne sont pas en position dominante. En droit français il y a une infraction parallèle, l'abus de dépendance économique, dans la loi NRE on prévoit de renforcer la répression de cette infraction.

#### Section 1 : La notion de position dominante

Lorsqu'on est en situation de monopole, on est évidemment dominant. Le fait que ce monopole ait été donné par la loi est indifférent. Sinon situation de quasi-monopole obtenue par les performances. A plus de 90% de parts de marché on sait qu'il y a position dominante, la part de marché est donc un critère. Il faut déterminer le marché pertinent. Une entreprise qui a 35% de son marché est-elle dominante ? Il faut un autre critère. On va regarder les parts de marché de ses concurrents, on s'intéresse à la part de marché relative. Si elle a 35% mais que son principal concurrent a 55%, elle n'est pas dominante ; mais si ses concurrents ont 7%, 8% ou 9% du marché elle est dominante. Si une entreprise a 45% du marché et que son concurrent en a 37%, le critère de la part de marché relative ne suffit plus, on utilise donc des critères de performance :

- Avance technologique (Microsoft)

- La performance du réseau commercial (Michelin qui avait 55% du marché faisait tourner ses représentants de commerce alors que ses concurrents attendaient passivement les commandes)
- La trésorerie du groupe. Une petite filiale d'un grand groupe peut vendre à bas prix grâce au soutien du groupe, c'est un indice de performance
- L'effet de gamme, on est un client et on a 2 catégories de fournisseurs, 1 qui satisfait une partie de nos besoins et l'autre qui peut en satisfaire la plupart. A parts de marché égales, le second fournisseur sera considéré comme en position dominante
- Critère du comportement. Il est contesté par une grande partie de la doctrine. Une entreprise dominante est une entreprise qui peut agir sans tenir compte de ses fournisseurs car elle est en position de force, elle est indépendante de ses clients car ses concurrents sont moins efficaces. A partir du moment où une entreprise manifeste ce type d'indépendance, elle vend trop cher et achète à coût moindre ; juridiquement on qualifie la position dominante en se fondant sur le comportement alors qu'on n'a pas le droit de contrôler le comportement d'une entreprise si elle n'est pas dominante.

Si on est dominant, on n'est pas soumis à une pression concurrentielle suffisante ; en dépit du mérite de l'entreprise pour ses performances, il est probable qu'elle ne fera plus du mieux qu'elle peut, fera-t-elle de la recherche, va-t-elle innover ? Il faut donc contrôler son comportement pour qu'elle n'abuse pas.

## Section 2 : L'abus

Il y a 2 catégories de comportements abusifs.

- A) Comportement généralement illicites mais dont la sanction est plus lourde en raison de la position dominante

On trouve tous les comportements illicites, mais généralement on lui reproche des abus vis à vis de ses clients, fournisseurs et concurrents.

Pour les fournisseurs ça vise le déréférencement, i.e. l'exclusion de la liste des fournisseurs.

Pour les clients, la publicité mensongère est sanctionnée plus lourdement car il n'y a aucun concurrent pour faire une publicité honnête sur le même produit.

Pour les concurrents, le dénigrement, e. g. Microsoft qui dénigre Apple (On a toujours peur du génie car on ne le comprend pas : Think Different ; ). Il y a aussi la concurrence déloyale.

- B) Comportements interdits aux seules entreprises dominantes

C'est ici qu'on observe les conséquences importantes du changement de régime juridique.

e. g. une clause d'approvisionnement exclusif par laquelle une entreprise impose à ses clients de ne se fournir qu'auprès d'elle. A partir du moment où une entreprise est en position dominante, elle a la plupart des clients, si ceux-ci sont liés par une clause d'approvisionnement exclusif, ils ne peuvent aller se fournir ailleurs, donc la concurrence est étouffée.

Ce sont souvent des comportements qui empêchent de nouveaux concurrents d'entrer sur le marché. En revanche comportement licite lorsqu'on n'est pas en position dominante.

e. g. les remises de fidélité. Si une entreprise dominante en accorde à ses clients, ces derniers ne sont pas engagés contractuellement, ils peuvent changer de fournisseur mais ils perdront alors leur remise, ils sont donc fortement incités (voire contraints) à ne pas changer de fournisseur.

e. g. refus de vente, ce n'est pas illicite en droit communautaire et ça ne l'est plus en droit français depuis la loi du 1/07/96, entre professionnels uniquement. Pour une entreprise dominante ça peut rester illicite.

-Affaire Zoja. Groupe US qui a pratiquement le monopole mondial de la production d'une matière première permettant de fabriquer un médicament anti-tuberculeux. Ce groupe vend en Europe à des entreprises fabriquant ce médicament. Le groupe Zoja décide de fabriquer lui-même ce médicament mais pour ce faire il doit conserver de la matière première, il a donc conservé ses clients d longue date

mais les clients occasionnels ne se faisaient plus livrer. C'est une infraction, on n'a pas le droit de distinguer entre les clients fidèles et les autres.

-Entreprise productrice de bananes, UBC. Elle est en position dominante car elle est intégrée verticalement. Elle est propriétaire des plantations, des flottes de bateaux, des entrepôts de mûrisserie en Europe, puis elle a son réseau de distribution. Elle est indépendante des ses fournisseurs, des clients et des concurrents. Un de ses distributeurs aux Pays-Bas fait de la distribution pour une marque concurrente, UBC ne veut pas le garder dans son réseau. Mais ceci est illicite en raison de la position dominante, sinon c'est un combat légitime. C'est beaucoup plus difficile pour les concurrents de rentrer sur le marché si aucun distributeur ne peut faire de la publicité pour ses produits.

-Affaire Hugin, c'est un fabricant de caisses enregistreuse. Entreprise relativement importante à l'époque des faits, a monté un réseau de réparateurs agréés en fonction de critères objectifs, mais elle ne vend ses pièces détachées qu'à ses réparateurs. Du fait de la position dominante, on limite la concurrence sur le marché de la réparation. L'abus de position dominante peut être commis par une entreprise sur un autre marché que celui où elle est dominante.

-Entreprise dominante sur le marché des pistolets de scellement, Hilti. Elle explique à ses clients qu'elle ne garantit pas ses produits s'ils utilisent d'autres clous que les siens. Les clous et les pistolets ne sont pas substituables, mais Hilti va devenir immédiatement dominante sur le marché des clous.

e. g. la clause de l'offre concurrente (la clause anglaise), un fournisseur qui dit à son client qu'il peut prendre un autre fournisseur, liberté de choix. Mais si le client commande chez un autre fournisseur, il s'engage à prévenir son premier fournisseur et à indiquer le prix auquel il est fourni. Ensuite, soit le 1<sup>er</sup> fournisseur s'aligne sur le prix et le client achète, à défaut d'alignement seulement il pourra acheter au concurrent. Illicite à double titre, ça revient à établir une clause d'approvisionnement exclusif et, de plus, avec ce système, l'entreprise va être immédiatement informée des offres de ceux qui veulent venir la concurrencer.

e. g. affaire TF1 (en cours). TF1 a une filiale qui fait des cassettes qui a obtenu de meilleurs prix pour des écrans de publicité sur TF1. TF1 étant considérée en position dominante sur le marché de la TV, Conseil de la concurrence a considéré qu'elle devait faire les mêmes prix car c'était discriminatoire.

e. g. les prix prédateurs ( $\neq$  prix trop haut au détriment du consommateur). C'est un prix trop bas ; système de liberté de fixation des prix, mais il y a tout de même un contrôle ; les économistes ont défini cette notion, en France une entreprise n'a pas le droit de revendre un produit en l'état à un prix inférieur au prix d'achat, mais ici situation différente, c'est le fabricant qui vend à perte, ce n'est pas une revente. On a le droit de vendre à perte, pas de revendre à perte. Pour le prix prédateur il y a 2 situations, soit l'entreprise vend en-dessous de la moyenne des coûts variables, à chaque unité produite elle perd de l'argent, c'est incontesté ; il y a abus de position dominante car la seule explication possible est l'éviction de la concurrence. Deuxième hypothèse, entreprise vend au-dessus des coûts variables mais en-dessous des coûts totaux, mais ça ne démontre pas comportement abusif car ne permet pas d'établir l'intention d'évincer ses concurrents, il faut donc un deuxième élément, il faut prouver la stratégie d'éviction de la concurrence, ceci se voit lorsque ses prix pour ses seuls clients ayant reçu une offre de concurrents. Mais ceci est difficile à démontrer.

e. g. prix inéquitable au préjudice du consommateur. Contrôle de ces prix est en contradiction avec principe de libre fixation des prix.

Affaire UBC, la banane, Comm a contrôlé les prix en disant qu'ils étaient trop élevés. Les textes prévoient qu'un prix inéquitable puisse être abusif. D'un point de vue de politique juridique, il est difficile de déterminer un prix juste.

CJCE a donné 2 solutions pour déterminer le caractère inéquitable d'un prix :

2-il faut procéder par méthode des marchés de comparaison, consiste à comparer prix pratiqué par l'entreprise dominante avec le prix pratiqué sur d'autres marchés pour des produits substituables d'un autre fabricant. Si produits substituables beaucoup moins chers, le prix est inéquitable.

3-Quand il n'y a pas de marché de comparaison, il faut calculer le prix de revient du produit ou du service, ce qui n'est pas évident, on dégage la marge bénéficiaire, c'est le niveau de cette dernière que l'on va apprécier.

En France, aucun texte n'incrimine le prix inéquitable, la Conseil de la concurrence n'avait jamais contrôlé cette infraction, mais récemment il a fait rentrer ce raisonnement en droit français.

e. g. dernier type d'abus, vient des USA : Théorie des infrastructures (ou équipements ou ressources) essentielles.

Affaire Sealink ; le gestionnaire du port est en monopole, donc c'est une entreprise en position dominante. L'entreprise Sealink veut concurrencer les lignes du gestionnaire du port, pour ce faire il fallait accéder au port ; mais le gestionnaire ne voulait pas donner un accès à ses infrastructures. Faut-il le lui imposer car elle est en position dominante ? Le cas échéant, à combien d'entreprises concurrentes, selon quels critères ?

Faut-il faire une distinction entre un monopole légal et un monopole du aux performances de l'entreprise ? Ca paraît plus choquant d'imposer une ouverture dans le second cas ; c'est une question de politique juridique. Il y a très peu de jurisprudence, mais on peut imposer à une entreprise d'ouvrir ses infrastructures, sinon il n'y a pas de concurrence sur le marché, c'est ce qui a été décidé dans l'affaire Sealink. En droit français la réponse de principe est la même (l'affaire concernait un héliport). Pour le moment il n'y a pas de distinction entre un monopole légal et un monopole acquis sur le marché.

Une infrastructure est essentielle lorsqu'elle n'est pas duplicable, soit pour des raisons techniques, soit car ça serait économiquement déraisonnable. L'infrastructure doit par ailleurs être indispensable à l'exercice de l'activité.

### Section 3 : L'abus de dépendance économique

En Droit communautaire il n'y a eu qu'un seul cas en 1973. Cette infraction vient de l'ordonnance de 12/86. Il s'agit d'entreprises qui ne sont pas dominantes sur leur marché mais qui sont le partenaire obligé d'une autre entreprise, elles peuvent donc imposer des conditions abusives.

e. g. 1 petit fournisseur face à une grande centrale d'achat.

e. g. il n'y a pas de fondement juridique pour condamner l'abus d'une marque de voitures vis à vis de son concessionnaire, on ne peut pas changer facilement de fournisseur, on est obligé d'accepter les conditions.

Le législateur français a donc été amené à voter un texte inspiré du droit allemand. Il y avait un précédent communautaire datant de 1973, les raffineries s'étaient trouvées en état de dépendance vis à vis des compagnies pétrolières, Comm de Bruxelles a condamné les conditions abusives imposées par les compagnies pétrolières.

Mais le texte français est inefficace car les fonctionnaires du Ministère de l'économie ont cru bon de devoir le modifier, on est arrivé à une impossibilité pratique d'application, art 8 ordonnance de 1986 : « Est prohibé, *dans les mêmes conditions*, le fait pour une entreprise... », ce sont les *mêmes conditions* que le texte précédent, l'interdiction des ententes ; or, pour qu'une entente soit illicite, il faut qu'elle affecte sensiblement la concurrence sur le marché.

#### §1 : La dépendance économique

Ce n'est pas interdit au regard du droit de la concurrence. Il y a 2 situations possibles, dépendance du distributeur à l'égard du fournisseur, ou la situation inverse.

##### A) Dépendance du distributeur face au fournisseur

Comment définir cette situation en droit de la concurrence ? Des critères (souvent redondants) ont été définis :

- 1- La notoriété de la marque. Si une marque n'est pas notoire, on ne dépend pas de son fabricant (e. g. Coca Cola et Virgin).
- 2- La part de marché du fournisseur. Il est plus facile de calculer une part de marché que d'estimer la notoriété d'une marque, c'est plus objectif.
- 3- Part des produits du fournisseur dans le CA du distributeur. e. g. distributeur fait 70% de ses achats dans le même fournisseur car la même part de son CA est réalisée grâce aux produits de ce fournisseur. Il y a 2 hypothèses :
  - Soit c'est un choix imposé techniquement ou économiquement. Si le distributeur n'a pas ce produit, il risque de perdre des clients.
  - Soit c'est un choix de stratégie commerciale, le distributeur a choisi de se mettre dans

les mains d'un fournisseur. Dans ce cas-ci, c'est le distributeur qui s'est mis en situation de dépendance, il n'y a donc pas d'infraction.

- 4- Absence de solution équivalente « dans des conditions d'approvisionnement raisonnables » (rajouté par la jurisprudence)(c'est plus large que la notoriété de la marque). C'est un critère légal. Mais quand apprécie-t-on l'absence de solution équivalente ? Au moment de la conclusion du contrat ou au moment de la survenance du litige ? Sur quoi se base-t-on pour apprécier l'existence de solutions équivalentes ? Il faut s'intéresser au délai pour trouver un autre fournisseur, un délai trop long est un indice d'absence de solution équivalente. Il faut aussi s'intéresser au coût de changement de fournisseur (en raison par exemple d'installations prévues pour le fournisseur actuel).

## B) Dépendance du fournisseur face au distributeur

### Critères

- 1- Part de CA du fournisseur avec ce distributeur
- 2- Importance du distributeur dans la commercialisation des produits de ce type, c'est en fait la part de marché du distributeur pour ce type de produits.
- 3- Quelle est la raison de la concentration des ventes du fournisseur chez ce distributeur ? Est-ce un choix de stratégie commerciale, auquel cas il n'y a pas d'infraction, ou y avait-il des nécessités économiques ou techniques ?
- 4- Absence de solution équivalente. C'est encore le seul critère légal. Il recoupe en partie les critères jurisprudentiels. Problème de débouchés, de coûts, de délais,...

### §2 : Abus de dépendance économique

La loi dresse une liste non exhaustive (art 8-2 de l'ordonnance de 1986). Lorsque les critères sont remplis et qu'il y a dépendance économique, on cherche à proscrire certains comportements, mais le droit de la concurrence n'est pas prévu pour ça, on a incriminé certains comportements avec des sanctions administratives, mais au fil des réformes (1992, 1993, 1996) on a fait intervenir la matière pénale.

On a le droit de se plaindre de :

- Problèmes de discrimination. Celui qui est en état de dépendance peut se plaindre d'une situation discriminatoire ; mais c'est déjà prévu par les textes sur les ententes discriminatoires qui peuvent être sanctionnées, c'est déjà illicite. Mais il y a une différence, en effet, dans le cas d'abus de dépendance économique le Ministère de l'économie peut engager une action en justice même si la victime ne porte pas plainte.
- Rupture brutale des relations commerciales établies. Ce qui signifie qu'on ne peut pas rompre les relations sans donner de préavis suffisant au vu des usages commerciaux. Loi NRE prévoit qu'à défaut d'usage commercial, le délai pourra être fixé par arrêté ministériel.
- Refus de référencement, déréférencement, prime au référencement. Les distributeurs ont des centrales d'achats qui négocient les conditions auxquelles les adhérents pourront acheter. Il y a donc 3 acteurs, les distributeurs, les centrales de référencement et les fournisseurs. Le déréférencement : Un fournisseur a été référencé, il peut donc mettre ses produits sur le catalogue, mais la centrale peut choisir de déréférencer le fournisseur, ce qui lui cause un préjudice. Le refus de référencement : Peut-on refuser de référencer un fournisseur ? Peut-on se plaindre d'un tel refus ? Seuls des critères objectifs pré-établis peuvent justifier un refus. La prime au référencement (la centrale veut être payée en contrepartie du service qu'elle rend au fournisseur en le référençant ; le législateur a interdit cette pratique.

Mais dans la plupart des cas la condition d'affectation du fonctionnement du marché n'est pas remplie, donc le texte est inapplicable. Ainsi il y a un débat dans le cadre de la loi NRE. On est face à une infraction qui concerne une entreprise qui est pieds et poings liés par rapport à une autre, c'est le problème du partenaire obligé. Mais le fait qu'un petit producteur disparaisse n'affecte pas le marché, ce n'est donc pas nécessairement le problème du droit de la concurrence, c'est un problème de relations contractuelles. En pratique, si on plaide cette infraction devant le Conseil de la concurrence, on a aucune chance de réussite car il manquera au moins la condition d'affectation sensible du fonctionnement du marché.

Par contre, si on plaide devant le JJ (qui est compétent en Droit de la concurrence mais le connaît peu), le texte sur l'abus de dépendance économique constitue souvent un fondement juridique supplémentaire, ça va être considéré comme une circonstance aggravante (pas devant CA Paris qui connaît le Droit de la concurrence), le juge a moins de scrupules à intervenir sur ce fondement. La loi NRE va modifier le régime existant. La 1<sup>ère</sup> solution est de supprimer la condition d'affectation du marché. Il faudra alors simplement prouver qu'un comportement tel a été pratiqué pour que la faute soit retenue. Ce sont des relations contractuelles. La 2<sup>ème</sup> solution est de maintenir en l'état pour ne pas polluer le Droit de la concurrence. Cette position se comprend, ce n'est pas un problème de Droit de la concurrence.

Indépendamment des problèmes de fond, la victime de l'abus de dépendance économique n'ose pas porter plainte car elle serait très mal vue sur son marché, dans son milieu économique. Donc le Ministre de l'économie peut agir, il a un droit d'ester en justice sans le consentement de la victime ; mais l'entreprise vidée par la procédure aura sans doute des soupçons sur une éventuelle dénonciation. Il y a 3 sanctions possibles :

-La nullité du contrat

-Des DI, même sans le consentement de la victime, ça a déjà été fait

-L'amende civile. On connaît les amendes pénales et stratives, mais un juge civil ne peut pas prononcer une amende strative, et ce n'est pas une infraction pénale, on a donc eu recours à cette vieille notion d'amende civile.

Les 3 sanctions sont cumulatives. Si le Ministre obtient la nullité du contrat, c'est rétroactif, la victime ne l'a pas demandé, il y a des conditions abusives mais elle pouvait vouloir garder son contrat, n'a pas intérêt à la nullité du contrat, il lui faudra trouver un nouveau cocontractant.

Pour les DI, on se demande comment l'administration peut demander des DI pour une entreprise qui n'est pas partie à la procédure, comment lui attribuer ces DI ? On se demande comment le Ministre va pouvoir évaluer les DI qu'il demande. Si les DI sont très bien chiffrés c'est que la victime a nécessairement participé à la procédure.

Troisième sanction : l'amende civile. Ce n'est pas choquant en tant que tel, mais ça ne fait pas partie de la culture judiciaire d'un juge civil ou commercial. Loi NRE semble proposer 2 millions d'euros comme montant maximal d'une amende civile.

Ainsi, lorsque le Ministre agit, la nullité n'est pas nécessairement souhaitable, les DI sont délicats à évaluer, reste l'amende civile qui peut constituer une sanction efficace.

### **Troisième Partie : Les concentrations**

Le contrôle des opérations de concentration. Une concentration n'est pas une opération illicite. On contrôle l'opération car à son issue on peut aboutir à une entité en position dominante, trop forte. Ce n'est pas un contrôle contentieux. En droit communautaire ce contrôle se fait a priori, en droit français ça peut se faire a priori à la demande des entreprises, sinon le Ministre éco a 3 mois pour intervenir après la réalisation de l'opération. Amendes de 1000 à 50000 euros.

Pour organisation :

Système du guichet unique : Si on est dans les seuils communautaire, l'opération de concentration est considérée être de dimension communautaire, c'est le droit communautaire qui est appliqué par la Comm. Si on est en-dessous de ces seuils, les autorités nationales sont compétentes (une ou plusieurs). Ces seuils sont en CA (sécurité juridique). C'est moins pertinent que des parts de marché mais c'est plus sûr. En droit français il y a à la fois un seuil en CA et un seuil en parts de marché.

Le but du contrôle est d'autoriser ou d'interdire la concentration ou encore de la soumettre à certaines conditions afin de ne pas obtenir une entité en position dominante. Certains disent que c'est de la

prévision, d'autres de la prédiction. En droit communautaire, le règlement du 30 juin 1997 pose les critères pour être contrôlé et les procédures que la Comm devra suivre.

### Section 1 : Les critères de contrôle

Pour qu'une opération soit soumise à contrôle, il faut :

- 1-que cette opération soit une concentration
- 2-qu'elle soit de dimension communautaire
- 3-qu'elle ait pour effet de créer ou de renforcer une position dominante qui entrave la concurrence de manière significative.

#### §1 : L'opération de concentration

Une telle opération est réalisée :

- a) Lorsque 2 ou plusieurs entreprises antérieurement indépendantes fusionnent.
- b) Lorsqu'une ou plusieurs entreprises qui détiennent déjà le contrôle d'une autre acquièrent le contrôle de tout ou parties d'une ou plusieurs autres entreprises (C'est en fait l'acquisition d'une influence dominante sur une autre entreprise)(Prise de contrôle du comportement sur le marché, pas seulement financier).
- c) Lorsque 2 ou plusieurs entreprises créent une entreprise commune.

a-La fusion : ça peut être une absorption.

b-La prise de contrôle : Il faut déterminer ce qui permet de dire qu'une entreprise a acquis de l'influence sur une autre.

1<sup>er</sup> critère : Prise de participation dans la capital. Mais on peut avoir 49% du capital d'une entreprise sans exercer d'influence sur la politique commerciale.

2<sup>ème</sup> critère : Les droits de vote, c'est beaucoup plus significatif

3<sup>ème</sup> critère : Les dirigeants, qui les nomme, qui sont-ils ?

4<sup>ème</sup> critère : Les pactes extrastatutaires. Si c'est un comportement boursier, c'est inintéressant, s'il porte sur la politique commerciale, c'est pertinent.

Ainsi on peut contrôler des opérations assez larges.

c-Création d'une entreprise commune (joint-venture). C'est assez complexe. Ce sont 2 entreprises qui en créent une 3<sup>ème</sup> ou qui rentrent en même temps dans son capital. Deux qualifications sont possibles : soit c'est une concentration, soit c'est une entente. Ça change tout du point de vue du régime juridique. L'entreprise commune, dite concentrative, est une entreprise qui accomplit de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome et qui n'entraîne pas une coordination du comportement concurrentiel, soit entre les entreprises fondatrices, soit entre celles-ci et l'entreprise commune.

Les critères sont donc : durée, autonomie, absence de coordination. On les appelle entreprises communes de plein exercice. Les entreprises communes qualifiées d'ententes sont peut-être des personnes juridiques distinctes mais elles ne servent qu'à coordonner le comportement sur le marché des fondatrices. En matière de concentrations, il y a une notification obligatoire à la Comm, en matière d'ententes il y aura eu une notification facultative. En pratique, on notifie à la Comm une concentration, et la Comm pourra dire que ce n'est pas une concentration, donc le dossier sera transmis à la direction de la Comm en charge des ententes. Mais il ne vaut mieux pas notifier une entente à la place d'une concentration.

#### §2 : Opération de dimension communautaire

Pour être devant la Comm, les seuils sont en CA. Ce n'est pas le critère le plus pertinent, mais c'est plus sûr que les parts de marché.

1-Il faut que le CA total réalisé sur le plan mondial par l'ensemble des entreprises concernées représente un montant supérieur à 5 milliards d'euros.

2-Il faut que le CA total (toutes activités confondues) réalisé individuellement dans l'UE par au moins 2 des entreprises concernées représente un montant supérieur à 250 millions d'euros ; ce sont des

critères cumulatifs, sauf si chacune des entreprises concernées réalise plus des 2/3 de son CA Europe à l'intérieur d'un seul EM. Quelles sont les entreprises concernées ? Pour chacune des entreprises qui participe à l'opération, on prend le CA du groupe (entreprises qu'elles contrôlent et qui les contrôlent). Ces seuils sont donc souvent atteints.

§3 : L'opération crée ou renforce une position dominante qui a une influence significative sur le marché.

Ca s'apprécie in concreto. Depuis que ce système existe (1989), la première opération interdite fut la prise de contrôle d'une compagnie canadienne par Air France. Cette compagnie canadienne était un constructeur de petits avions (9 passagers). Cette compagnie se trouvait être la seule à vendre en Europe des avions de cette dimension. L'investissement pour construire ces avions est extrêmement important. La demande n'évolue pas (il y a peu d'acheteurs). Air France était en situation quasi monopolistique en France. On aboutit à l'acquisition d'une position dominante par Air France sur ce marché ; en raison des lourds investissements et de la faiblesse de la demande, aucun concurrent ne serait apparu.

Le 3<sup>ème</sup> critère est quasiment un critère de licéité, préjuge presque de la recevabilité de l'opération.

## **Section 2 : La procédure de contrôle**

En droit communautaire il y a obligation de notifier. A défaut de notification, on encourt des peines d'amendes pouvant aller de 1000 à 50000 euros. Le formulaire à remplir est complexe. Cette notification est publiée au JOCE, car la Comm attend que des tiers intéressés présentent leurs observations, mais en raison du secret des affaires, de nombreuses modalités sont occultées dans la publication (il n'y a pas CA, parts de marché, listes de clients et de fournisseurs). Une fois cette notification faite, délai d'un mois maximum pour que la Comm opte entre 3 options :

1-Ce n'est pas une concentration, c'est éventuellement transmis à la direction en charge des ententes, c'est fréquent.

2-L'opération est bien une concentration mais elle ne soulève pas de doutes sérieux, elle paraît compatible avec le droit communautaire.

3-L'opération est une concentration et il y a un doute sérieux sur sa compatibilité avec le droit communautaire, donc procédure de contrôle est engagée.

Si la procédure est engagée, elle ne peut excéder 4 mois. Soit la Comm considère qu'elle a tous les éléments dans le dossier, alors la procédure commence (rare), soit elle considère qu'elle doit enquêter. La Comm a 2 catégories de pouvoirs, elle peut envoyer une demande de renseignements, demande écrite qui a pour objet la communication de documents (de nature économique). Si on ne répond pas (ou imparfaitement), une décision de communication est adressée (risques d'amendes et d'astreintes). Deuxième catégorie, la vérification, i.e. la perquisition, on se rend au siège de l'entreprise et on perquisitionne, mais pour ce faire, la jurisprudence a posé des garde-fous. La Comm doit se soumettre aux règles de procédures nationales, ses agents n'ont pas un pouvoir propre de perquisition (ils le faisaient au début). En droit français, pour exercer le droit de visite et de saisie, il faut une autorisation du Président du TGI territorialement compétent par voie d'ordonnance. En France, la Cour de Cass a indiqué les conditions que devait respecter le juge : l'administration doit lui avoir fourni un dossier très motivé comportant des indices sérieux, graves et concordant justifiant une atteinte à la propriété privée. Cette ordonnance pourra être attaquée devant Cour Cass qui va contrôler la motivation de l'ordonnance. La Comm doit passer par les autorités nationales (DG de la concurrence en France) qui vont demander au juge une ordonnance. Une fois cette autorisation obtenue, la Comm peut obtenir des pièces mais ses agents ne peuvent pas fouiller eux-mêmes, ils peuvent seulement exiger de voir certaines choses. Une fois l'enquête terminée, la Comm peut considérer que la concentration est licite, il y a une décision de compatibilité. Autre possibilité, la Comm considère que l'opération n'est pas compatible ; soit les entreprises ont réalisé l'opération entre temps, soit elles avaient attendu, le cas échéant l'opération leur est interdite. Lorsque l'opération a déjà été réalisée, la Comm peut ordonner la déconcentration.

e. g. 2 enseignes de grande surface fusionnent, il faut déconcentrer, donc la nouvelle entité est obligée de revendre certains magasins ou certains actifs. Tout le monde est au courant, donc on ne peut pas vendre les actifs à de bons prix car les acheteurs savent que le vendeur est contraint de les vendre.

En droit français

Droit de la concurrence a toujours été un droit stratifié géré par le Ministre de l'économie. Au moment de l'ordonnance de 1986, le Min. économie a conservé le pouvoir de contrôler les opérations de concentration car on considérait que c'était un domaine politiquement sensible. Ce qui veut dire que le droit français (jusqu'à la loi NRE) prévoyait que lorsque le Ministre n'était pas d'accord il y avait 2 possibilités :

Soit les entreprises voulaient absolument réaliser l'opération et acceptaient donc les conditions posées par le Min., c'était un peu opaque. Soit les entreprises voulaient réaliser l'opération mais pas aux conditions posées par le Min., les textes prévoyaient l'obligation pour le Min. de saisir le Conseil de la concurrence pour avis simple (ne lie pas le Min.), cet avis est rendu public. Loi NRE modifie le droit de la concurrence ; ça ne change rien aux pouvoirs du Min. ni à la compétence du Conseil de la concurrence. Cependant, le droit français s'est mis en conformité avec le droit communautaire, on a la même définition d'une opération de concentration, en termes de seuils d'intervention on a prévu des CA en-dessous des seuils communautaire. Au niveau communautaire, la Comm gère tout, les ententes, les positions dominantes et les concentrations. Mais en Droit français il y a le Min de l'économie pour les concentrations, et pour ententes et positions dominantes sont compétents le Conseil de la concurrence et les juges. Les nouveaux seuils (cumulatifs) sont les suivants (NRE) :

-Pour que l'opération de concentration soit contrôlable, il faut que le CA mondial de l'ensemble des entreprises parties à la concentration soit supérieur à 150 millions d'euros (CA du groupe, i.e. les entreprises qu'elles contrôlent et celles qui les contrôlent)

-Il faut que le CA réalisé en France par 2 au moins des parties soit supérieur à 15 millions d'euros

-Il faut que l'opérateur ne soit pas de dimension communautaire

Il peut arriver qu'une opération de concentration affecte de manière sensible un autre EM, on peut renvoyer le dossier à la Comm (NRE). Désormais, en droit français, il n'y a que des seuils en CA, ce qui est mieux pour la sécurité juridique des entreprises, mais c'est moins pertinent que les parts de marché. NRE impose une obligation de notification, cette notification est suspensive (on n'a pas le droit de réaliser l'opération pendant la procédure de contrôle)(article L430-3 Code de commerce). D'après le nouveau texte, la notification doit intervenir « lorsque la ou les parties sont engagées de façon irrévocable et notamment après la conclusion des actes la constituant, la publication de l'offre d'achat ou d'échange ou l'acquisition d'une participation ».

Qui doit notifier ? « Il s'agit des personnes physiques ou morales qui acquièrent le contrôle de tout ou partie d'une entreprise ou, dans le cas d'une fusion ou de la création d'une entreprise commune, il s'agit de toutes les personnes concernées qui doivent alors notifier conjointement » (art L430-3 Code de commerce). Mais si la notification n'est pas conjointe, y a-t-il des sanctions ? Dans le formulaire que l'on remet au Ministre (qui peut vous recevoir de manière officieuse), il faut fournir une copie des actes passés, une présentation des entreprises concernées (les renseignements couverts par le secret des affaires ne seront pas rendus publics)(Mais si on veut se plaindre de la décision du Ministre devant le juge, il faudra exposer ces renseignements au public). Il faut délimiter son propre marché lors de la notification, il faut indiquer les flux d'importation et d'exportation, indiquer les prix pratiqués au cours des 5 dernières années.

Autre problème, celui des tiers intéressés ; en droit communautaire un avis est publié au JOCE. En droit français, art L430-3 Code de commerce prévoit que la notification va faire l'objet d'une publication au BOCCRF, de cette manière les tiers intéressés vont pouvoir effectuer des commentaires motivés, ces personnes pourront être entendues hors de la présence des parties à la concentration. Il semble que le texte ne prévoit pas ce que les tiers disent ne sera pas communiqué aux parties concernées.

La notification est suspensive, il faut attendre l'accord du Min économie et, le cas échéant, l'accord du Min du secteur concerné. Il y a des dérogations à l'effet suspensif, art L430-4 Code de commerce : « En cas de nécessité particulière dûment motivée » il peut y avoir dérogation. On pense que s'il n'y a pas de dérogation automatique, l'OPA bénéficiera de cette disposition, mais il faudra le justifier (pour le moment c'est le seul cas auquel on pense).

Après la notification :

On a calqué notre procédure sur le droit communautaire, on a réduit les délais examen, art L430-5 Code de commerce, délai de procédure réduit de moitié, le Min a 5 semaines à compter de la date de réception de la notification complète. Ce délai peut être prolongé lorsque les parties souscrivent des engagements sur les conditions posées par le Min économie, donc il faut plus de temps pour examiner ces engagements. Jusqu'à présent, la jurisprudence était fixée, de même que l'opinion du Ministre, ces engagements ne pouvaient pas être de nature comportementale. On peut s'engager de manière structurelle (e. g. vendre telle branche d'activité, e. g. ne pas admettre tel actionnaire au capital) mais pas de manière comportementale (changer sa stratégie commerciale, renoncer à utiliser un brevet en France). Cette position est telle car le Min économie ne veut pas surveiller une entreprise, l'entreprise peut effectuer une opération à un instant donné sous des conditions bien précises, on ne conserve pas de contrôle sur l'avenir. Mais avec NRE il semble que ces engagements puissent être comportementaux.

Si le Min a des doutes sérieux quant à la compatibilité de l'opération avec le marché, art L430-7 Code de commerce, soit les entreprises acceptent de modifier leur opération, soit le Min est dans l'obligation de saisir le Conseil de la concurrence qui rend un avis simple (ne lie pas le Min, mais en pratique il en tient compte). Devant le Conseil de la concurrence la procédure est contradictoire. Le Conseil doit remettre son avis au Min dans un délai de 3 mois, ensuite le Min doit prendre une décision.

Si les entreprises n'acceptent pas la décision rendue par le Min (il peut y avoir une décision assortie d'injonctions, une décision d'autorisation sous conditions, une décision d'interdiction)(dans la décision avec injonctions il y a autorisation de l'opération, la décision d'autorisation sous conditions n'autorise l'opération qu'au terme d'une condition suspensive, si on ne respecte pas l'injonction, l'opération reste néanmoins valable, si on ne remplit pas les conditions l'opération ne peut être effectuée), le Min doit saisir le Conseil de la concurrence, le Conseil avait demandé une pratique d'avis conforme plafond, i.e. une pratique qui existait avant l'ordonnance de 1986, lorsque le Conseil rend un tel avis, le Min ne peut prendre une décision plus sévère, ainsi le Conseil aurait pu dire qu'une injonction était déraisonnable ou une condition inutile. Ca n'a pas été adopté par le Parlement, l'avis du Conseil ne lie pas le Ministre.

Seul intérêt, l'avis est rendu public, ça permet une certaine transparence, ça peut servir aux entreprises qui vont saisir une juridiction afin de faire réformer la décision du Min. Jusqu'à présent il y a eu très peu de recours contre les décisions du Min ; il y a 2 raisons principales : longueur de la procédure devant le CE et incompétence du CE en matière économique, sentiment d'inutilité.

Dans les dernières années, il y a eu 2 saisines importantes du CE, notamment l'affaire Coca Cola / Orangina, le CE s'est vraiment penché sur le fond, il ne s'est pas contenté d'examiner une erreur manifeste d'appréciation.

Jusqu'à présent un secteur économique était soumis à un régime particulier, celui de la communication audiovisuelle. Lorsqu'il y avait une opération de concentration dans ce domaine, l'autorité compétente était le CSA, loi NRE supprime ce régime d'exception, le secteur rentre dans le droit commun, mais le CSA devra tout de même être saisi pour avis. Généralement, dans ce secteur le délai de prise de décision ne devrait pas être inférieur à 21 semaines. Un autre secteur échappait au droit commun, le secteur bancaire, pas parcequ'on avait confié à une autorité particulière le contrôle des concentrations, mais il y avait une interprétation a contrario de la loi bancaire qui excluait le secteur de tout contrôle des concentrations. Il y a eu des contrôles officieux, pas officiels. Il semble que loi NRE ne traite pas de ce sujet alors qu'en droit communautaire les banques sont soumises au contrôle des concentrations.

Loi NRE traite du problème des cartes d'abonnement au cinéma. MK2 avait demandé des mesures conservatoires, le Conseil les avait refusées, mais l'instruction au fond s'était engagée. Loi NRE prévoit que les formules d'accès au cinéma donnant droit à des entrées illimitées seront soumises à un agrément préalable de la Direction Générale du Centre National de la Cinématographie qui ne sera octroyé que sous certaines conditions fixées par décret. Les formules préexistant la publication de la loi devront être soumises à cet agrément dans les 3 mois de la publication du décret.

*Avis de la Prof:* Tous les domaines sont administrés. e. g. pour la carte UGC c'était un risque commercial. C'est dommage qu'il faille un texte pour chaque personne qui se plaint. Il suffit de contrôler les abus.

## Quatrième Partie :

### L'application du droit de la concurrence aux comportements des Etats

Le droit français ne s'applique qu'aux entreprises mais le droit communautaire s'applique aussi aux comportements anticoncurrentiels des Etats :

- Les aides aux entreprises
- Les règles qui favorisent les entreprises (publiques ou privées) chargées de mission d'intérêt général (Service Public en France : SP)
- Règlementations étatiques restrictives de concurrence (création jurisprudentielle)

#### Article 86 TCE (Traité Communauté Européenne)

Soutien apporté par l'Etat, soit à certaines entreprises, soit à certaines productions, et qui affecte le commerce intra communautaire, c'est interdit par principe.

Un Etat qui soutient ses entreprises fausse la concurrence par rapport aux entreprises des autres Etats.

#### A) Question de fond

Il y en a 2. Il faut préciser ce qu'est une aide et s'intéresser aux dérogations possibles.

Définition jurisprudentielle de la notion d'aide, c'est une liste non exhaustive d'exemples :

« La subvention, l'exonération d'impôts ou de taxes (fiscales ou parafiscales), bonification d'intérêts, garantie de prêts à des conditions particulièrement favorables, fourniture de biens à des conditions préférentielles (e. g. le parc automobile des administrations), couverture de perte d'exploitation ou toute autre mesure d'effet équivalent (MEE) ».

On peut en rajouter de nombreux autres. Le critère principal est en fait celui des ressources d'Etat. Supposons que l'Etat ne donne rien, mais il impose à une entreprise privée de financer tel secteur d'activité en contrepartie d'un agrément qu'elle demande. La question s'est posée lors du renouvellement de l'autorisation d'émettre de Canal+ (qui devait financer le câble). L'Etat et Canal+ ont transigé, il n'y a pas de solution jurisprudentielle. Il faut savoir qu'il y a des contraintes communautaire. Il y a des dérogations de droit (automatiques) et des dérogations facultatives (pouvoir discrétionnaire de la Comm).

Les dérogations de droit concernent :

-Aides à caractère social octroyées aux consommateurs individuels à condition qu'elles soient accordées sans discrimination liée à l'origine des produits. e. g. une aide que l'on va accorder à un consommateur défavorisé pour consommer des produits de base ; mais ça peut être une aide interdite si le produit en question n'est fabriqué que dans l'Etat.

-Les aides destinées à remédier aux dégâts causés par les calamités naturelles ou autres événements extraordinaires (inondations, tempêtes). On s'est demandé si une émeute rentrait dans cette catégorie, à priori oui.

Les aides doivent être notifiées à la Comm pour avoir des dérogations facultatives :

-D'après TCE, il y a les aides destinées à favoriser le développement économique des régions dans lesquelles le niveau de vie est anormalement bas ou dans lesquelles sévit un grave sous-emploi.

-Les aides destinées à promouvoir un projet d'importance communautaire.

-Les aides destinées à faciliter le développement de certaines activités ou de certaines régions économiques

-Les aides destinées à promouvoir la culture et la conservation du patrimoine.

La Comm a bâti sa propre politique, il en ressort un certain nombre de critères d'appréciation :

-Le principe de transparence. Pour qu'elle accepte une aide, il faut que l'Etat soit le plus précis possible sur les destinataires de l'aide, sur la mise en œuvre de l'aide (combien, comment), sur la proportionnalité par rapport au problème à régler.

-Il faut que l'aide ait un intérêt communautaire. e. g. maintenir une certaine pression concurrentielle communautaire en aidant un secteur mal en point

-Il faut toujours que l'aide soit proportionnée à ce qui est nécessaire pour un retour à des conditions normales ou pour la réalisation du projet. L'aide doit donc être nécessairement limitée dans le temps. Il faut démontrer que le même résultat ne pourrait pas être atteint avec le jeu normal de la concurrence. Ces critères sont difficiles à interpréter et à prévoir, besoin de sécurité juridique, donc Comm prend des textes qui sont des encadrements dans lesquels elle va chiffrer le montant de l'aide raisonnable, selon le secteur économique il faut vérifier s'il n'y a pas de texte d'encadrement, concernent parfois des secteurs des nouvelles technologies, mais ils n'ont aucune valeur juridique, c'est le point de vue de la Comm, un peu comme ses communications, le fait par souci de sécurité juridique.

Il faut que l'Etat qui accorde l'aide la notifie à la Comm pour demander une dérogation.

Souvent les Etats ne notifient pas. S'ils notifient, la Comm doit donner son avis dans un délai raisonnable (terme fixé par la jurisprudence), souvent moins de 2 mois. Pendant ce délai d'examen, l'Etat ne doit pas accorder l'aide, il doit attendre la décision de la Comm. Que se passe-t-il si l'Etat ne notifie pas ou accorde l'aide pendant l'examen de la Comm ? L'Etat a accordé une aide illégale dans des conditions illicites, la sanction est la restitution de l'aide par l'entreprise, la jurisprudence est constante sur ce point. Les entreprises ont tenté de résister à cette sanction en invoquant divers moyens sans succès :

-Le respect de l'égalité entre actionnaires (ou associés), car quand l'entreprise restitue l'aide elle peut avoir d'autres créances. Mais l'aide n'est supposée jamais avoir existé.

-Intangibilité du capital

-Risque de faillite en cas de restitution de l'aide, mais ça importe peu.

-Principe de confiance légitime. i.e. un Etat donne une subvention (ou prélève moins d'impôts), on lui fait confiance, ça doit être légal. Mais application de l'adage « Nul n'est censé ignorer la loi ». L'aide doit être restituée, quelles qu'en soient les conséquences.

Les concurrents de l'entreprise aidée peuvent aller se plaindre auprès de la Comm.

Deuxième possibilité : saisir le juge national.

Le juge national n'est pas compétent pour déclarer une aide licite ou illicite (compétence exclusive de la Comm), mais juge communautaire a dit qu'à partir du moment où Etat n'avait pas respecté le droit communautaire, le juge national saisi pouvait, et même devait, prendre toutes mesures nécessaires pour faire respecter l'efficacité du droit communautaire, il peut ordonner la restitution. Pas compétent pour licéité de l'aide, mais compétent pour apprécier le respect de la procédure.

### Réglementation qui concerne les entreprises chargées d'une mission d'intérêt général (SP en France).

Article 86 TCE dit que ces entreprises peuvent être soustraites aux règles du traité et notamment aux règles du droit de la concurrence dans la mesure nécessaire à l'accomplissement de leur mission.

-Notion de mission d'intérêt général

Il doit s'agir d'une mission économique (eau, gaz, activités portuaires,...). Ce sont des besoins primaires. La liste jurisprudentielle n'est pas limitative. Mais toute activité considérée comme importante n'est pas nécessairement d'intérêt général (eg activités portuaires). La mission doit-elle nécessairement être à caractère économique, peut-elle être à caractère culturel, e. g. télévision publique, CJCE a admis cette hypothèse. Il faut ensuite démontrer que la soumission de l'entreprise au droit commun l'empêcherait d'accomplir sa mission d'intérêt général. e. g. la SNCF est obligée d'assurer les transports sur des lignes non rentables. e. g. l'électricité, habitation complètement isolée, ce n'est pas rentable, c'est une mission d'intérêt général.

On pourra soustraire, lors de l'ouverture à la concurrence, cette entreprise chargée d'une mission d'intérêt général de l'application du droit commun mais seulement dans la mesure du nécessaire. Mais si on conteste cette soustraction au droit commun, alors :

-La Comm se saisit de l'affaire, va dire à l'Etat qu'il a soustrait de manière excessive l'entreprise au jeu de la concurrence, e. g. GDF aujourd'hui. La Comm peut soit prendre une décision contre l'Etat ou, si ça concerne plusieurs Etats, elle peut prendre une directive. Si la décision ou la directive n'est pas respectée, la Comm peut intenter une action en manquement devant la CJCE.

-Un concurrent mécontent peut aller devant le juge national qui doit appliquer l'article 86 TCE qui est d'effet direct. De telles procédures ont été intentées par des opérateurs de téléphonie mobile, d'autres contre EDF ou contre GDF. En France on peut aussi saisir le Conseil de la concurrence (de même pour

autres EM). Questions se posent pour France Télévision (et dans d'autres EM, et devant Comm), doivent-elles rester dans un régime d'exception. La jurisprudence concerne les entreprises chargées de mission d'intérêt général, théorie de l'abus automatique : entreprise chargée d'une mission d'intérêt général mais qui est dans une position telle qu'elle va être amenée à en abuser. e. g. entreprise en Allemagne chargée de trouver des emplois, concurrence des chasseurs de têtes, pourtant elle a un monopole, mais est inefficace, il faudrait pouvoir contrôler leurs actions. e. g. en Italie une entreprise à qui on a donné le monopole de la gestion d'un port. Les entreprises ont tout le matériel et le personnel pour charger et décharger leurs bateaux, mais l'entreprise publique est en monopole, mais elle est pourtant inefficace. On l'a mise dans une situation telle qu'elle ne peut qu'abuser de sa situation, c'est l'Etat qui est responsable.

#### Règlementations d'Etats vis à vis d'entreprises privées

Entreprises qui concluent une entente anticoncurrentielle ou qui abusent de leur position dominante, mais ces entreprises ne sont pas chargées d'une mission d'intérêt général, normalement sont coupables, mais l'Etat a encouragé, homologué ou rendu obligatoire ce comportement. e. g. agences de voyages qui fonctionnent avec des tour-opérateurs, ces derniers s'entendent entre eux pour interdire aux agences d'accorder des remises (entente de prix), en droit commun c'est une infraction, mais l'Etat a homologué cette entente. Les entreprises sont alors soumises au texte, elles ne sont plus responsables, peut-on alors incriminer l'Etat ? Juge communautaire a fait une combinaison de textes, art 3G TCE (préambule) qui dit que parmi les objectifs de la communauté il y a instauration d'un régime de concurrence non faussé, art 5 TCE impose aux EM de mettre en œuvre de manière efficace le droit communautaire, art 81 (entente) et 82 (abus de position dominante) TCE, alors, à partir du moment où un Etat est tenu de faire en sorte que la concurrence ne soit pas faussée (art 3G et 5) et qu'il homologue d'une manière quelconque les infractions des art 81 et 82, il viole ses obligations communautaires.

CJCE dit que les Etats ne peuvent pas ne pas vouloir ce à quoi ils se sont engagés.