

Université

Marie MALAURIE-VIGNAL

Droit de la concurrence interne et européen

6^e édition

SIREY



DANS LA MÊME COLLECTION

Droit privé

Introduction au droit, J.-L. Aubert et É. Savaux

Droit civil. Les obligations :

– vol. 1 : *L'acte juridique*, J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux

– vol. 2 : *Le fait juridique*, J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux

– vol. 3 : *Le rapport d'obligation*, J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux

Droit civil. Introduction. Biens. Personnes. Famille, Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre

Droit civil. Les obligations, Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre

Droit civil. Les biens, M.-L. Mathieu

Droit commercial. Actes de commerce, commerçants, fonds de commerce, instruments de paiement et de crédit, D. Houtcieff

Droit commercial et des affaires, D. Legeais

Droit du commerce et des affaires. Droit des entreprises en difficulté,
P.-M. Le Corre et E. Le Corre-Broly

Droit de la concurrence interne et européen, M. Malaurie-Vignal

Droit de la consommation, Y. Picod et H. Davo

Droit de la distribution, M. Malaurie-Vignal

Droit de la famille, P. Courbe et A. Gouttenoire

Droit international privé, T. Vignal

Droit pénal spécial, M. Véron

Droit des sûretés, M. Bourassin, V. Brémond et M.-N. Jobard-Bachelier

Droit du travail, A. Cœuret, B. Gauriau et M. Miné

Gestion des ressources humaines, J.-P. Citeau et Y. Barel

Procédure civile, G. Couchez et X. Lagarde

Voies d'exécution, G. Couchez et D. Lebeau

Droit public

Droit administratif, P. Chrétien et N. Chiffлот

Droit administratif des biens, Ph. Godfrin et M. Degoffe

Droit constitutionnel, B. Chantebout

Droit constitutionnel, P. Pactet et F. Mélin-Soucramanien

Droit général de l'Union européenne, G. Isaac et M. Blanquet

Les institutions administratives, H. Oberdorff et N. Kada

Libertés publiques et droits de l'Homme, G. Lebreton

Marie Malaurie-Vignal

Professeur à l'Université de Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines

Droit de la concurrence interne et européen

6^e édition

2014



Sommaire

Une table des matières détaillée figure à la fin de l'ouvrage.

Principales abréviations	VII
Bibliographie	XI
Avant-propos	XIII
Introduction	1
Titre 1. - Liberté de la concurrence	37
<i>Sous-titre 1. - La soumission de l'État aux lois de la concurrence.</i>	39
Chapitre 1. Intervention concurrentielle de l'État	41
Chapitre 2. Application des règles de concurrence aux autorités et personnes publiques.	43
Chapitre 3. Intervention exclusive de l'État (monopole, droit exclusif ou droit spécial d'exploitation)	55
<i>Sous-titre 2. - La soumission de toute activité économique aux lois de la concurrence</i>	63
Chapitre 1. L'impérialisme du droit de la concurrence	65
Chapitre 2. De quelques difficultés	95
Titre 2. - Protection des concurrents	101
Chapitre 1. Protection contre soi-même : l'engagement de non-concurrence.	103
Chapitre 2. Les règles spécifiques du droit interne	121
Titre 3. - Protection du marché.	187
Chapitre 1. Pratiques anticoncurrentielles en droit interne et européen	189
Chapitre 2. Égalité dans la concurrence et contrôle des aides d'État	293
Chapitre 3. Le contrôle des concentrations en droit interne et européen.	309
Index alphabétique.	337
Table des matières	341

Principales abréviations

ADLC	Autorité de la concurrence
AJDA	Actualité juridique de droit administratif
<i>Ann. Mines</i>	Annales des Mines
<i>Ann. propr. ind.</i>	Annales de la propriété industrielle, artistique et littéraire
Att.	Attendu
BID	Bulletin d'information et de documentation de la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes
BOCC	Bulletin officiel de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes
BOSP	Bulletin officiel du service des prix
BRDA	Bulletin rapide de droit des affaires, Francis Lefebvre
<i>Bull. civ.</i>	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambres civiles
<i>Bull. crim.</i>	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambre criminelle
<i>Bull. Joly</i>	Bulletin Joly
C. civ.	Code civil
C. propr. intell.	Code de la propriété intellectuelle
<i>Cah. dr. entr.</i>	Cahiers de droit de l'entreprise
<i>Cah. dr. eur.</i>	Cahiers de droit européen
Cass., ass. plén.	Cour de cassation, assemblée plénière
Cass., ch. mixte	Cour de cassation, chambre mixte
CCC	Contrats, concurrence, consommation
CCE	Communication, commerce électronique
CE	Conseil d'État
CEPC	Commission d'examen des pratiques commerciales
Chron.	Chronique
Civ.	Cour de cassation, chambres civiles
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
Com.	Cour de cassation, chambre commerciale
Comm. CE	Commission des Communautés européennes
Comm. Conc.	Commission de la concurrence
Comm. eur.	Commission européenne de Bruxelles
<i>Concurrences</i>	Revue des droits de la concurrence
Cons. conc.	Conseil de la concurrence
Cons. const.	Conseil constitutionnel
Crim.	Cour de cassation, chambre criminelle
CSS	Code de la sécurité sociale
<i>D. Affaires</i>	Recueil Dalloz Affaires
<i>D.</i>	Recueil Dalloz
<i>Defrénois</i>	Répertoire du notariat Defrénois
DGCCRF	Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes
Doc. fr.	La documentation française

<i>DP</i>	Dalloz périodique
<i>Dr. prat. com. int.</i>	Droit et pratique du commerce international
<i>Dr. soc.</i>	Droit social
<i>Europe</i>	Europe
<i>Fasc.</i>	Fascicule
<i>Gaz. Pal.</i>	La Gazette du Palais
<i>GIE</i>	Groupement d'intérêt économique
<i>ICN</i>	International competition network (Réseau international de concurrence)
<i>J.-Cl.</i>	Juris-classeur
<i>JCP CI</i>	Juris-classeur périodique édition commerce et industrie
<i>JCP E</i>	Juris-classeur périodique édition entreprise
<i>JCP</i>	Juris-classeur périodique (semaine juridique)
<i>JO</i>	Journal officiel
<i>JOAN</i>	Journal officiel, Assemblée nationale
<i>JOCE</i>	Journal officiel des Communautés européennes
<i>LPA</i>	Les Petites Affiches
<i>NCPC</i>	Nouveau Code de procédure civile
<i>Obs.</i>	Observation
<i>PIBD</i>	Propriété industrielle. Bulletin de documentation
<i>Prop. indust.</i>	Propriété industrielle
<i>Rapport</i>	Rapport (annuel) du Conseil de la concurrence (depuis 1986) et de la Commission de la concurrence (entre 1977 et 1986)
<i>RD aff. int.</i>	Revue de droit des affaires internationales
<i>RD publ.</i>	Revue de droit public et de la science politique en France et à l'étranger
<i>RDC</i>	Revue des contrats
<i>REC</i>	Réseau européen de concurrence
<i>Rec. CE</i>	Recueil des arrêts du Conseil d'État. Lebon
<i>Rec. CJCE</i>	Recueil des arrêts de la CJCE
<i>Rec. Lamy</i>	Recueil des avis et décisions du Conseil de la concurrence (Lamy)
<i>RED consom.</i>	Revue européenne de droit de la consommation
<i>Rev. conc. consom.</i>	Revue de la concurrence et de la consommation (DGCCRF)
<i>Rev. éco. ind.</i>	Revue d'économie industrielle
<i>Rev. fr. éco.</i>	Revue française d'économie
<i>RFDA</i>	Revue française de droit administratif
<i>RIDA</i>	Revue internationale du droit d'auteur
<i>RIPLA</i>	Revue internationale de la propriété industrielle et artistique
<i>RJ com.</i>	Revue de jurisprudence commerciale
<i>RJDA</i>	Revue de jurisprudence de droit des affaires
<i>RJS</i>	Revue de jurisprudence sociale
<i>RLC</i>	Revue Lamy de la concurrence
<i>RLDA</i>	Revue Lamy droit des affaires
<i>RLDI</i>	Revue Lamy droit de l'immatériel
<i>RTD civ.</i>	Revue trimestrielle de droit civil
<i>RTD com.</i>	Revue trimestrielle de droit commercial
<i>RTD eur.</i>	Revue trimestrielle de droit européen
<i>S.</i>	Recueil Sirey
<i>Soc.</i>	Cour de cassation, chambre sociale
<i>Somm.</i>	Sommaire
<i>Spéc.</i>	Spécialement
<i>T. civ.</i>	Tribunal civil
<i>T. com.</i>	Tribunal de commerce
<i>T. confl.</i>	Tribunal des conflits

T. corr.	Tribunal correctionnel
TA	Tribunal administratif
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
TGI	Tribunal de grande instance
TPICE	Tribunal de première instance des Communautés européennes
Vol.	Volume

Bibliographie¹

- Y. AUGUET, *Droit de la concurrence*, Ellipses, 2002.
- J. AZÉMA, *Droit français de la concurrence*, PUF, coll. « Thémis », 1989.
- M.C. BOUTARD-LABARDE et G. CANIVET, *Droit français de la concurrence*, LGDJ, coll. « Droit des affaires », 1994.
- M.-C. BOUTARD-LABARDE, G. CANIVET, E. CLAUDEL et J. VIALENS, *L'application en France du droit des pratiques anticoncurrentielles*, LGDJ, 2008.
- D. BRAULT, *Politique et pratique du droit de la concurrence en France*, LGDJ, 2004.
- G. CANIVET (dir.), *La modernisation du droit de la concurrence*, LGDJ, 2006.
- G. CANIVET et F. BRUNET (dir.), *Le nouveau droit communautaire de la concurrence*, LGDJ, 2008.
- E. COMBE, *Économie et politique de la concurrence*, Dalloz, 2005.
- A. et G. DECOCQ, *Droit de la concurrence interne et communautaire*, 5^e éd., LGDJ, 2012.
- M.-A. FRISON-ROCHE et M. S. PAYET, *Droit de la concurrence*, Dalloz, coll. « Précis », 2006.
- C. GAVALDA et G. PARLÉANI, *Droit des affaires de l'Union européenne*, 6^e éd., Litec, 2010.
- B. GOLDMAN, A. LYON-CAEN et L. VOGEL, *Droit commercial européen*, 5^e éd., Dalloz, coll. « Précis », 1994.
- L. IDOT, *Droit communautaire de la concurrence, le nouveau système communautaire de mise en œuvre des articles 81 et 82 CE*, Bruylant, 2004.
- C. LUCAS DE LEYSSAC et G. PARLÉANI, *Droit du marché*, PUF, 2002.
- D. MAINGUY, J. L. RESPAUD et M. DEPINCÉ, *Droit de la concurrence*, Litec, 2010.
- L. NICOLAS-VUILLERME, *Droit de la concurrence*, 2^e éd., Vuibert, 2011.
- C. NOURISSAT, *Droit des affaires de l'Union européenne*, 3^e éd., Dalloz, coll. « HyperCours », 2010.
- N. PETIT, *Droit européen de la concurrence*, Montchrestien, 2013.
- S. POILLOT-PERUZZETTO et M. LUBY, *Le droit communautaire appliqué à l'entreprise*, Dalloz, 1998.
- C. PRIETO et D. BOSCO, *Droit européen de la concurrence. Ententes et abus de position dominante*, Bruylant, 2013.
- J. SHAPIRA, G. LE TALLEC, J.-B. BLAISE et L. IDOT, *Droit européen des affaires*, 5^e éd., PUF, 1999 (deux vol.).
- L. VOGEL, *Droit européen des affaires*, 2012, Dalloz.
- L. VOGEL, *Droit français de la concurrence*, Lawlex, 2009.
- L. VOGEL, *Droit européen de la concurrence*, Lawlex, Juriscience, 2010.

1. Ne sont mentionnés que les ouvrages de droit de la concurrence. Le lecteur pourra aussi consulter les ouvrages de droit commercial, qui comportent tous des développements de droit de la concurrence.

Avant-propos

Pour Françoise Castex, députée européenne, il est temps de « mettre en lumière le trou noir institutionnel que constitue le droit de la concurrence, trou noir dans lequel s'abîment et se dissolvent toutes tentatives de mettre en place des orientations sociales ou des stratégies économiques et industrielles dans l'Union européenne ».

Il est vrai que d'édition en édition, le droit de la concurrence se complexifie. Les réformes de modernisation des textes se multiplient, les sources se diversifient, avec un rôle déterminant des règles souples (la « *soft law* »), tandis que les tests économique-juridiques¹ tentent d'appréhender au mieux l'atteinte à la concurrence, en abandonnant une analyse juridique qualifiée de formelle pour privilégier une approche économique, toujours plus complexe. Les acronymes² et les expressions anglaises pleuvent³ ; les théories pullulent, parfois pour couvrir du sceau de la technicité des règles connues des juristes depuis longtemps (par exemple, théorie de la double base). Le droit du marché est a-politique⁴. Il est économique. Les préoccupations sociales, industrielles, géo-stratégiques tendant en la création d'un marché européen ou la protection de la propriété industrielle ne sont pas de son ressort.

Le droit se réfugie dans la procédure, avec une influence accrue de la Convention européenne des droits de l'Homme.

Le droit de la concurrence est devenu un droit de savants. Il est devenu hyper technique. Seuls des experts et des juridictions spécialisés peuvent maîtriser ce droit.

Ce manuel a précisément pour objectif d'apporter des lumières dans un domaine auquel toute activité humaine est assujettie.

1. Par ex. : test d'Areeda-Turner, test contrefactuel, test du sacrifice, test du monopoleur hypothétique, test SLC, test SSNIP, test UPP, etc.

2. Par ex. : PAC pour pratique anticoncurrentielle, REC pour Réseau européen de concurrence, ICN pour International Competition Network, ADLC pour autorité de la concurrence, CEPC pour Commission d'examen des pratiques commerciales, « *public et private enforcement* », etc. Les théories économiques sont encore plus gourmandes en acronymes (par ex. : test SLC, test SSNIP, etc.).

3. Par ex. : pratique de *hold-up*, de *lock-in*, *switching cost*, etc.

4. En revanche, le droit des pratiques restrictives est politique. Mais la politique se traduit par un interventionnisme administratif, accru de réformes en réformes...

Introduction

1. *Avantages et inconvénients d'une libre concurrence.* Depuis le XVIII^e siècle, le libéralisme imprègne toute la doctrine économique européenne. Car la liberté du commerce, avec pour corollaire la liberté de la concurrence, est vue comme un bien. Le postulat qui anime cette théorie est qu'en se concurrençant, les entreprises devraient fournir le meilleur produit au meilleur prix. La liberté de la concurrence est donc bénéfique pour l'économie générale ; elle est un instrument d'une politique anti-inflationniste ; elle est favorable aux consommateurs puisqu'elle conduit aux prix les plus bas ; elle stimule les entreprises car la concurrence les oblige au dynamisme. Mais la concurrence a des inconvénients. La concurrence porte en elle-même sa propre destruction. La concurrence tue la concurrence. Le plus compétitif l'emporte sur ses adversaires. Il peut alors dicter sa loi à ses concurrents et aux consommateurs. La concurrence exige des accroissements de productivité avec pour conséquence des suppressions d'emploi. Aussi, est-ce tardivement qu'elle s'est imposée en Europe.

Une présentation générale des libertés fondamentales du droit de la concurrence¹ (§ 1), de ses sources (§ 2) et de ses caractères (§ 3) sera exposée.

§ 1. LES LIBERTÉS FONDAMENTALES DU DROIT DE LA CONCURRENCE

Ce n'est que tardivement que la liberté de la concurrence s'est imposée en droit français avec le principe de liberté du commerce et de l'industrie (A). En 1957, le traité de Rome a consacré des libertés fondamentales destinées à favoriser la création d'un marché unique européen (B).

A. La liberté du commerce et de l'industrie du droit interne

2. *L'Ancien Droit.* L'intervention de l'État dans la vie économique ne date pas de la première moitié du XX^e siècle, avec ce que l'on appelle l'État interventionniste, ou encore le « colbertisme » par référence au ministre de Louis XIV. Elle est une donnée permanente de l'histoire. Selon F. Braudel, « l'entreprise politique a forcément une dimension économique, ne serait-ce que financière »².

L'économie de l'Ancien Régime n'était guère fondée sur le libre jeu de la concurrence. Le corporatisme de l'Ancien droit est en effet le contraire de la liberté. Les corporations reposent sur un système de monopole institué au profit des membres de la jurande. À l'intérieur de la corporation, une réglementation minutieuse tend à faire régner entre les

1. G. Drago et M. Lombard, *Les libertés économiques*, éd. Panthéon-Assas, 2003.

2. F. Braudel, *Civilisation matérielle, économique et capitalisme, XI^e, XVIII^e*, t. III, A. Colin, 1979.

professionnels de la même spécialité une stricte égalité qui anéantissait toute concurrence. Le corporatisme s'est cependant assoupli par le développement de métiers libres et de foires à partir du XIII^e siècle.

Au corporatisme s'est ajouté le dirigisme étatique avec la destitution de Fouquet et son remplacement par Colbert au XVII^e siècle¹. Le système s'est maintenu jusqu'à la révolution malgré les tentatives de Turgot pour supprimer les corporations².

3. Les origines d'un droit (spécial) de la concurrence. Tout a changé avec la révolution de 1789. La loi du 2 et 17 mars 1791 (décret d'Allarde) pose le principe de la liberté du commerce et de l'industrie³. La loi Le Chapelier du 14 et 17 juin 1791 interdit les corporations.

À la fin du XVIII^e siècle et au XIX^e siècle, le libéralisme se consolide, sous l'influence de la théorie économique d'Adam Smith qui défend la main invisible du marché⁴. Pour autant, le marché a besoin d'être protégé contre des comportements nocifs. Dès le Code pénal de 1810, l'article 419 de l'ancien Code pénal de 1810 prohibait et réprimant les coalitions qui tendent à fausser le jeu de la concurrence, ainsi que les « accaparements de denrées destinés à faire augmenter les prix » : la répression du refus de vente trouve ici son origine.

Le véritable droit de la concurrence est né aux USA avec le Sherman Act de 1890 (sanctionnant les ententes et abus de position dominante pour lutter contre les pratiques de la puissante société Standart Oil de J. D. Rockefeller), complété par le Clayton Act de 1914 (instituant un contrôle des concentrations) (sur l'influence du droit nord-américain, v. ss 29).

Avec la Première Guerre mondiale et la crise de 1930, le libéralisme fait place à un interventionnisme de l'État, défendu avec ardeur par l'économiste anglais Keynes, dont l'autorité fut considérable en France et en Europe. La pénurie liée à la crise et la guerre ont, en effet, justifié la mise en place d'une administration économique.

En 1945, les services publics se sont développés ; un certain nombre d'entreprises sont nationalisées. L'État intervient dans la plupart des activités économiques. La vie économique est réglementée par l'ordonnance du 30 juin 1945. L'objet essentiel de l'ordonnance de 1945 est d'instituer une réglementation des prix : le texte reconnaît au gouvernement le droit d'édicter, par voie d'arrêtés, des dispositions contraignantes en matière de prix. Pendant quarante ans ont ainsi alterné des mesures autoritaires de fixa-

1. D. Guével, *Le Code de commerce du XXI^e siècle : un code colbertiste ?*, actes du colloque, « Quel Code de commerce pour demain ? », Litec, 2008, p. 35 s. : montre que la doctrine de Colbert est soucieuse de libéralisme. Pour Colbert, les privilèges monopolistiques devaient ne constituer qu'une phase provisoire répondant aux carences de l'initiative privée. L'auteur a, en effet, affirmé que « tout ce qui tend à restreindre la liberté et le nombre de marchands ne peut rien valoir ». L'auteur montre les parallèles entre le droit du XVII^e avec le droit contemporain : place de l'État dans le contrôle des concentrations, contrôle de l'urbanisme commercial, la place de l'ordonnance de Colbert de 1673 dans l'ancien et le nouveau Code de commerce, soulignant que notre actuel Conseil concurrence est l'héritier du Conseil de commerce de 1664 dont la composition n'était pas sans rappeler celle de nos Autorités administratives indépendantes. La codification de 1673 était justifiée pour lutter contre de nombreux abus – justifications aujourd'hui avancées par le législateur pour intervenir.

2. Édit du Roi portant suppression des Jurandes et Communautés de commerce, Arts et Métiers, enregistré par le Parlement le 12 mars 1776 destiné à « assurer au commerce et à l'industrie, l'entière et pleine liberté et la pleine concurrence dont ils doivent jouir ».

3. Le décret d'Allarde, comme beaucoup de réformes importantes, a une inspiration fiscale (comme par exemple la Charte de 1215 en Grande-Bretagne).

4. A. Smith, *Recherche sur la nature et les causes de la richesse des nations*, 1776.

tion des prix (taxation, blocage) et des mécanismes plus souples tendant à mettre en œuvre une politique concertée des prix avec les partenaires économiques (contrats anti-hausse ; engagements de modération). La liberté des prix est parfois accordée dans certains secteurs, mais elle est précaire car elle peut toujours être remise en cause par une disposition réglementaire.

4. Entre interventionnisme et libéralisme : influence des théories économiques. L'ordonnance de 1945, modifiée par des réformes successives, était marquée par une ambiguïté en l'absence d'une prise de position ferme en faveur de la liberté de la concurrence. Certes, la fixation autoritaire des prix a été en grande partie abandonnée et relayée par un renforcement de la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles. Mais le dirigisme ne cessait pas pour autant, et par exemple seul le ministre de l'Économie pouvait sanctionner les ententes ou abus de position dominante.

Cette ambivalence entre interventionnisme et libéralisme se retrouve dans les doctrines économiques. L'autorité de Keynes reste considérable jusqu'aux années soixante-dix. Cependant, ses théories économiques sont contestées par les grands penseurs du libéralisme économique apparaissent après la deuxième guerre mondiale (Friedman, Coase, Becker pour ne citer que quelques noms).

5. Ordonnance de 1986 et réformes successives. L'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix relative à la liberté des prix et de la concurrence abroge l'ordonnance de 1945 et affirme plus nettement la liberté de la concurrence. L'ordonnance de 1986 est le texte fondateur du droit de la concurrence. En premier lieu, la liberté des prix est énoncée en l'article 1^{er} de l'ordonnance. En second lieu, l'ordonnance de 1986 tend à mettre un terme au dirigisme étatique. Pour consacrer la disparition du dirigisme, une nouvelle institution est créée, le Conseil de la concurrence, à qui a été transféré le pouvoir de prononcer des amendes et des injonctions. La liberté de la concurrence est cependant contrôlée, mais en tenant compte des nouveaux rapports de force entre l'industrie et le commerce : la concentration de la grande distribution a en effet contribué à placer les grandes surfaces en position de force par rapport aux producteurs. L'abus de dépendance économique est désormais condamné. En troisième lieu, l'ordonnance de 1986 consacre une distinction majeure (une *summa divisio*) entre les *pratiques anticoncurrentielles* sanctionnées si elles portent atteinte au jeu de la concurrence (entente, abus de position dominante et abus de dépendance économique) et les *pratiques restrictives* de concurrence sanctionnées indépendamment de leur effet sur le marché (*per se*) (telles que les pratiques tarifaires ou des pratiques contractuelles sanctionnées « *per se* »). Enfin, l'ordonnance dépénalise les pratiques anticoncurrentielles (entente et abus de position dominante).

Beaucoup d'espoirs ont été fondés dans cette réforme qui devait « définir le cadre des relations entre agents économiques pour la France des vingt prochaines années »¹. Ces espoirs ont été partiellement déçus. L'interventionnisme de l'État n'a pas disparu ; la dépénalisation est inachevée ; l'existence d'infractions *per se* est contestée. Depuis 1986, de nombreuses réformes, qualifiées chaque fois de majeures (!), ont complété, exceptionnellement simplifié, le dispositif actuel. Avec la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008, le Conseil de la concurrence est remplacé par l'Autorité de la concurrence (ADLC). Les réformes pleuvent...

1. E. Ballardur, conférence de presse, 14 mai 1986.

6. *Liberté d'entreprendre*. Aujourd'hui, le libéralisme encadre toute l'action économique, même celle émanant des autorités publiques. La liberté d'entreprendre est une liberté constitutionnelle¹. La liberté du commerce et de l'industrie, proclamée par la loi des 2 et 17 mars 1791, est une liberté fondamentale². Erigée en « règle de valeur constitutionnelle »³, elle a pour corollaire la libre concurrence. Et la liberté de la concurrence est elle-même un principe général protégé par les juridictions⁴.

7. *Importance du droit souple (la « soft law »)*. Au droit dur, il faut ajouter des sources nouvelles, le droit souple (*soft law*) qui peut présenter de multiples visages⁵. Il peut s'agir de règles édictées par les entreprises, qui s'obligent à tel ou tel comportement, en édictant des chartes éthiques ou les engagements à de bonnes pratiques commerciales. Selon un auteur⁶, ces chartes peuvent être un habillage politiquement correct pour des entreprises à la recherche de profit et d'investisseurs, car ces chartes contribuent à améliorer leur image de marque. On a pu parler de « markéhique », prospère. Les entreprises s'érigent alors en véritables législateurs privés. Il est vrai que l'État n'est jamais absent de l'élaboration de ces règles, car celles-ci sont souvent encouragées par l'État.

Il est aussi des engagements souscrits pris par les entreprises sous le contrôle direct de l'État : ces règles « privées » sont en réalité de nature mixte puisque l'État participe ou contrôle la négociation.

Par exemple, des engagements ont été pris par les professionnels du secteur de la distribution en matière de relations commerciales sous l'autorité de la Direction générales de la concurrence (DGCCRF) et du secrétaire d'État chargé du commerce, de l'artisanat, des PME (...) pour assainir certaines pratiques de la grande distribution⁷.

Et enfin, ce droit souple peut émaner des autorités de concurrence ou autres institutions chargées de veiller au bon fonctionnement du marché. Nombreuses sont les lignes directrices, recommandations, orientations ou bonnes pratiques⁸ édictées par la Commission de Bruxelles ou l'Autorité de la concurrence. Leur normativité est discutée (v. ss 39).

Et enfin, des recommandations peuvent aussi être émises par la Commission d'examen des pratiques commerciales (v. ss 246).

Quel maquis !

1. Cons. const. 16 janv. 1982, *AJDA* 1982. 206, J.-J. Mestre, « Le Conseil constitutionnel, la liberté d'entreprendre et la propriété », *D.* 1984. Chron. 1.

2. Paris, 7 mai 2002, *Schumacher*, et CE 1^{er} mars 2002, *JCP* 2002. IV. 182, n° 33, obs. B. Mathieu.

3. Cons. const. 16 janv. 1982, préc.

4. Par ex. : Com. 30 mai 2012, n° 11-18024, vise notamment « ensemble les principes de la liberté contractuelle et de la liberté de la concurrence ».

5. Étude du Conseil d'État, 2013, *Le droit souple* ; C. Vincent, « La force normative des communications et lignes directrice en droit européen de la concurrence », in *La force normative, naissance d'un concept*, C. Thibierge et alii, LGDJ, 2009 ; L. Idot, « À propos de l'internationalisation du droit. Réflexions sur la *soft law* en droit de la concurrence », in *Liber Amicorum H. Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008, p. 85 s.

6. J. Delga, « De l'éthique d'entreprise et de son cynisme », *D.* 2004. Chron. 3126.

7. Engagements souscrits le 5 octobre 2010, ministère de l'Économie dans le domaine des « entrepôts déportés », des conditions de mise en œuvre des pénalités et des garanties de marges.

8. Par ex. : Comm. de la Comm. n° 2011/C 308/08 du 20 nov. 2011 concernant les bonnes pratiques relatives aux procédures d'application des articles 101 et 102 TFUE.

B. Les libertés fondamentales de l'Union européenne

8. Les principes de libre circulation (1°) constituent, avec les règles de concurrence (2°), les « deux piliers du marché commun »¹. Les règles de libre circulation visent à faire disparaître les entraves étatiques aux échanges, les règles de concurrence sanctionnent les entraves mises en place par les entreprises.

Cependant, les règles de concurrence et de libre circulation participent du même objectif, la construction d'un espace européen².

1° Les règles de libre circulation

a) Libre circulation des marchandises

1. Principe

9. *Le principe énoncé en l'article 28 du TFUE.* La liberté de circulation des marchandises³ est affirmée aux articles 26 et 28 TFUE, tandis que les articles 34 et 35 TFUE prohibent les restrictions quantitatives à l'importation ou l'exportation et les mesures d'effet équivalent à une restriction quantitative (MEERQ). Sont visées les marchandises produites ou transformées dans l'Union européenne, ou celles régulièrement importées dans l'un des États. Depuis l'arrêt *Dassonville*⁴, la notion de mesure d'effet équivalent est interprétée largement et vise « toute réglementation commerciale des États membres susceptible d'entraver directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement le commerce intracommunautaire ».

Toute loi ou mesure nationale étatique discriminatoire (car favorisant les seuls produits nationaux ou soumettant les produits importés à des conditions particulières) constitue nécessairement une entrave à la libre circulation des marchandises. La discrimination peut être déguisée.

Par exemple, la « super-vignette » frappant seulement les automobiles de plus de 16 chevaux a été jugée discriminatoire, car aucun véhicule français n'entraîne dans cette catégorie. Plus récemment, il a été jugé que le refus d'immatriculation des véhicules allemands de marque Mercedes-Benz opposé par l'État français était susceptible de porter atteinte au principe de libre circulation des marchandises⁵.

Ou encore, il a été jugé que l'article 34 TFUE trouve à s'appliquer aux activités d'un organisme privé de normalisation et de certification dès lors que cet organisme se voit, par l'habilitation octroyée, confier un pouvoir de réglementer l'entrée sur le marché allemand des produits, car la certification permet de présumer la conformité du produit avec la législation allemande⁶. De même,

1. J. Stuyck, « Libre circulation et concurrence : les deux piliers du Marché commun », in *Mélanges en hommage à M. Waelbroeck*, Bruxelles, Bruylant, 1999, vol. II, p. 1477 s.

2. L. Idot, « Concurrence et libre circulation, Regards sur les derniers développements », *Rev. aff. eur.* 2005/3, p. 391 s.

3. Les marchandises sont définies comme « tous biens appréciables en argent et susceptibles, comme tels, de faire l'objet de transactions commerciales » (CJCE 10 déc. 1968, *Comm. c/ Italie*, aff. 7/68, *Rec.* 617).

4. CJCE 11 juill. 1974, aff. 8/74, *Rec.* 837.

5. CE ord. réf. 27 août 2013, n° 3708311 : il existe un doute sérieux sur la légalité de la mise en œuvre de la clause de sauvegarde invoquée par l'État français pour s'opposer à l'immatriculation des véhicules allemands Mercedes-Benz (l'État français invoquait une contrariété à la réglementation environnementale sur les gaz réfrigérants).

6. CJUE 12 juill. 2012, *Fra.bo SpA*, C-171/11, *RTDE* 2013. 171, note A. Defossez. On pourrait aussi envisager une mise en jeu de l'État, sur le fondement de la théorie de l'entente automatique, car l'État a délégué une forme de pouvoir réglementaire à l'organisme de certification.

l'art. 34 trouve à s'appliquer à certains organismes privés lorsque ceux-ci sont en fait contrôlés ou financés par l'État ou lorsque l'État a délégué des prérogatives de puissance publique à ceux-ci¹.

Invoquant l'obligation faite aux États et aux juges de respecter l'effet utile de l'article 2, les entreprises ont invoqué, souvent abusivement, une incompatibilité entre une loi ou une jurisprudence nationale leur faisant grief et l'ex article 28 (devenu art. 34 TFUE). Or, toute réglementation relative aux marchandises ne porte pas nécessairement atteinte aux échanges intra-communautaires, surtout lorsque la disposition nationale ne vise pas spécifiquement des produits en provenance d'autres États ou des opérateurs étrangers. Le juge européen a ainsi été invité à se prononcer sur une réglementation interdisant le travail de nuit², ou imposant le travail dominical. Les tentatives ont été souvent vaines. Cependant, la Cour de justice censure des législations trop protectrices du consommateur constituant un obstacle illégitime aux échanges : par exemple, une loi allemande très restrictive sur la publicité comparative des prix a été censurée³.

10. Effet direct. Les règles sur la libre circulation ont été déclarées d'application directe. La Cour de justice n'a pas hésité à écarter une réglementation nationale qui y porterait atteinte et à autoriser les juridictions à faire de même. Les atteintes à la libre circulation des marchandises peuvent être invoquées par les particuliers devant les juridictions. L'État pourrait même être déclaré responsable de son inaction s'il n'a pas pris les mesures nécessaires pour faire cesser les entraves à la libre circulation⁴ et sous certaines conditions, la Cour de justice reconnaît un effet direct horizontal à l'article 34⁵.

11. Les limites jurisprudentielles apportées par la jurisprudence *Keck et Mithouard*. En réaction avec l'interprétation extensive de l'arrêt *Dassonville*, la Cour, dans l'affaire *Keck et Mithouard* mettant en cause la réglementation française sur l'interdiction de revente à perte⁶, a distingué deux types de réglementations – distinction reprise par la Communication du 31 décembre 1993.

– Les réglementations qui se rapportent directement aux produits commerciaux, telles celles imposant le respect de spécifications techniques ou *affectant le produit ou son conditionnement*, constituent des entraves aux échanges, sous réserve d'être justifiées par des exigences essentielles ou impératives. Sont visées les règles techniques relatives aux conditions dans lesquelles les produits doivent être fabriqués et commercialisés. Par exemple, une réglementation qui restreint la commercialisation des produits en raison de leurs caractéristiques, de leur présentation ou de leur dénomination relève de l'article 28⁷.

– Les réglementations commerciales qui limitent ou interdisent certaines « modalités de vente » ne constituent pas, en principe, une entrave aux échanges. Car, les simples « modalités de vente » affectent généralement de la même manière, en droit comme en fait, la commercialisation des produits nationaux et celles des produits importés. Il peut

1. CJCE 8 mai 1989, *Ass. of Pharmaceutical Importers*, aff. C-266/87 et 267/87.

2. CJCE 14 juill. 1981, aff. 155-80, *Oebel*, *Rec.* 1993.

3. CJCE 18 mai 1993, *Y. Rocher*, *CCC* 1993, n° 173, obs. L. Vogel.

4. CJCE 9 déc. 1997, C-265/95, *D.* 1998. 28, *AJDA* 1998. 120, note Boulouis.

5. CJUE 12 juill. 2012, *Fra-bo. SpA*, C-171 / 11, *RTDE* 2013. 171, note A. Defossez.

6. CJCE 24 nov. 1993, *Rec.* 6097, *JCP E* 1994. 2. 592, note L. Vogel.

7. Par ex. : réglementation qui impose le respect de spécifications techniques pour les téléphones (CJCE 13 déc. 1991, *Régie des télégraphes et des téléphones c/ GB-Inno-BM*, aff. C-18/88, *Rec.* 5941) : sur la question, A. Rigaux, « La jurisprudence *Keck et Mithouard* à l'épreuve des règles nationales de publicité », *Europe* mai 2001, p. 5.

s'agir par exemple de réglementations sur les horaires d'ouverture de magasins ou interdisant certaines modalités de publicité ou de méthodes de vente comme la vente à perte.

12. *Keckophonie.* La distinction n'est pas aisée. Par exemple, à propos de la loi allemande prohibant la publicité trompeuse, si cette publicité est diffusée à la télévision ou affichée dans les lieux publics, elle n'affecte pas le produit ou son conditionnement et n'est pas contraire à l'article 34 TFUE. Si elle apparaît sur les mentions figurant sur l'emballage des produits, la réglementation peut être assimilée à une réglementation relative aux produits de nature à entraver les échanges¹. Un auteur a parlé de « keckophonie »².

Il est indifférent que les dispositions invoquées soient indistinctement applicables aux produits importés et aux produits nationaux. Ce qui est décisif, c'est l'entrave causée par la réglementation qui impose une condition différente de celle de l'État d'origine et empêche de commercialiser les produits en l'état, car elle entraîne une adaptation coûteuse.

13. *La mesure d'effet équivalent, une mesure discriminatoire.* La notion de discrimination n'est pas toujours aisée à appréhender. La loi suédoise relative à l'interdiction de la publicité sur les alcools et les vins est un exemple des difficultés d'interprétation. Une telle loi, s'appliquant à tout produit, sans discrimination, paraît justifiée par la protection du consommateur et des considérations de santé publique. Et pourtant, la Cour de justice a déclaré qu'elle était contraire à l'ex article 28 (devenu art. 34 TFUE), car elle gêne l'accès aux produits étrangers moins connus du public. La législation suédoise en interdisant toute publicité « va au-delà de ce qui est nécessaire pour parvenir à l'objectif visé »³.

L'article 34 condamne une discrimination aux échanges. En revanche, ne relève pas de l'article 34 TFUE une réglementation française qui impose des conditions strictes pour la fabrication de produits français, par exemple pour les produits de consommation sous label. Une telle réglementation n'est pas discriminatoire dès lors qu'elle n'est pas de nature à faire obstacle à l'importation ou à la commercialisation de produits en provenance d'autres États de l'Union⁴. En conséquence, des États membres peuvent prendre des mesures moins favorables à leurs produits nationaux (ex : label régional) qu'à ceux provenant d'un État membre. On parle alors de discrimination – licite – à rebours.

14. *Discrimination et situations internes.* Alors même que la norme n'a qu'une portée interne, l'article 34 peut s'appliquer si la norme nationale nuit aux ressortissants de l'Union : il en est ainsi lorsque la législation nationale est moins favorable que celle dont bénéficierait un ressortissant d'un autre État qui invoquerait l'application du droit européen⁵ ou lorsque la réglementation nationale s'appliquant à tout produit, notamment importé, est susceptible de constituer une entrave éventuelle au commerce intracommunautaire. Afin d'éviter une disparité de traitement, le droit européen s'applique donc même à des relations internes.

1. CJCE 6 juill. 1995, aff. C-470/93, mars, *Rec.* 1923, pt 23 : à propos d'une mention « + 10 % » sur l'emballage.

2. A. Rigaux, *Europe* nov. 2003. Chron. 13.

3. CJCE 8 mars 2001, *Gourmet*, aff. C-405/98, *Rec.* 1795.

4. Com. 3 mai 2006, *Emmental*, *Bull. civ.* IV, n° 105, *Propr. intell.* 2006. 505, obs. J. Passa.

5. J. de Beys, « Le droit européen est-il applicable aux situations purement internes. À propos des discriminations à rebours dans le marché unique », *RTD eur.* 2001. 137 ; L. Idot, « Variation sur le domaine spatial du droit communautaire », in « Le droit international privé, Esprit et Méthode », in *Mélanges P. Lagarde*, Dalloz, 2005, n° 11.

Le Règlement CE n° 2679/98 du 7 décembre 1998 relatif « au fonctionnement du marché intérieur pour ce qui est de la libre circulation des marchandises entre États membres » est venu préciser les obligations imparties aux États ¹.

2. Les exceptions de l'article 36 TFUE

15. L'article 36 TFUE autorise des interdictions ou restrictions aux échanges fondées sur des « raisons de moralité publique, d'ordre public, de sécurité publique, de protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou de préservation des végétaux, de protection des trésors nationaux... ou de protection de la propriété industrielle et commerciale ». La jurisprudence veille à ce que les intérêts invoqués aient un lien avec la mesure en cause et que celle-ci soit indispensable et proportionnée à leur protection. Ainsi, des réglementations restrictives touchant à des questions de santé peuvent être jugées illégales si elles ne sont pas proportionnées, par exemple, si de simples mesures d'étiquetage peuvent suffire. Au contraire, une loi prescrivant l'emploi de la langue française dans les modes d'utilisation des produits a été jugée conforme à l'article 30 (devenu art. 36 TFUE), car elle est destinée à protéger les consommateurs ².

De même, les droits de la propriété intellectuelle conférant un monopole d'exploitation constituent une entrave licite à la liberté des marchandises visée par l'article 36 TFUE. Mais, par application de la théorie de l'épuisement des droits de propriété intellectuelle, une fois que le produit a été mis sur le marché avec le consentement du titulaire de ce droit, il peut circuler librement sans que le titulaire du droit puisse s'y opposer – sauf motifs légitimes. Par ailleurs, la jurisprudence interne et européenne applique désormais les exigences du droit de la concurrence, notamment celles sur l'abus de position dominante, aux droits de propriété intellectuelle (v. ss 571).

16. *L'interprétation jurisprudentielle de l'article 36 TFUE : l'arrêt Cassis de Dijon.* Dans l'affaire *Cassis de Dijon* ³, la Cour de justice a admis que des obstacles à la libre circulation des marchandises résultant de disparités de législations portant sur la composition ou le conditionnement des marchandises ne tombent pas sous le coup de l'ex article 28 (devenu art. 34 TFUE) si ces législations sont justifiées par des « exigences impératives », tenant notamment en « l'efficacité des contrôles fiscaux, la protection de la santé publique, la loyauté des transactions commerciales et la défense des consommateurs ». Depuis l'arrêt *Cassis de Dijon*, la Cour a ajouté de nouvelles justifications liées à la protection de l'environnement, le maintien du pluralisme de la presse...

Pour être licite, la disposition nationale restrictive doit être indistinctement applicable aux produits nationaux et aux produits importés, nécessaire et proportionnée aux intérêts à défendre ⁴. Par ailleurs, l'article 36 n'a vocation à s'appliquer qu'en présence d'une MEERQ et non en présence d'une autre entrave, par exemple de nature tarifaire ⁵. Les justifications de l'article 36 TFUE sont nécessairement de nature non économique ⁶.

Les motifs permettant de justifier une restriction quantitative doivent répondre à des exigences impératives et soumises au principe de proportionnalité.

1. JOCE n° L-337 du 12 déc. 1998.

2. Crim. 15 févr. 2001, *Bull. crim.*, n° 342.

3. CJCE 20 févr. 1979, *Cassis de Dijon*, *Rec.* 649.

4. Par ex. : CJCE 3 juin 1999, *D.* 2000. Somm. 42, obs. Pizzio.

5. CJCE 10 déc. 1986, *Comm. c/ Italie*, aff. C-7/68, *Rec.* 617

6. CJCE 10 juill. 1984, *Campus Oil*, aff. C-72/83, *Rec.* 2727

17. *Libre circulation des marchandises et libre prestation des services.* Traditionnellement, la Cour de justice fait une application distributive et non-cumulative des textes intéressant les différentes libertés de circulation. Mais, elle accepte aujourd'hui d'adopter une analyse globale de la situation en refusant de choisir entre libre circulation des marchandises et libre prestation de services¹.

18. *Libre échange mondial.* Des institutions internationales visent à favoriser le libre-échange. Seront brièvement citées l'Organisation mondiale du commerce (OMC) qui depuis 1994 remplace le GATT (*General agreement on tariffs and trade* – c'est-à-dire l'accord général sur les tarifs douaniers) ou la CNUCED (Conférence des Nations unies sur le commerce et le développement). Ces institutions ont pour mission de développer le libre-échange international.

Ce libre-échange n'est évidemment pas achevé. Des barrières douanières, des taxes, ou des quotas sont autant d'entraves. Le droit de la concurrence cherche précisément à sanctionner les comportements des entreprises, voire les agissements des États de nature à affecter le libre jeu de la concurrence.

b) Libre circulation des capitaux

19. Quelques mots sur ce sujet : les mouvements de capitaux n'ont été libérés que progressivement dans l'Union européenne et la France. La directive européenne du 24 juillet 1988 a organisé une libération des mouvements de capitaux entre États membres, mais en autorisant les contrôles administratifs. Puis, le Traité de Maastricht a admis une libéralisation complète, même dans les rapports avec des États tiers, sous réserve de clauses de sauvegarde. La France a supprimé sa réglementation du contrôle des changes (en prévoyant néanmoins son rétablissement par simple décret).

c) Libre circulation des personnes et des services

20. La présentation sera sommaire : l'article 49 TFUE consacre la liberté d'établissement ; l'article 56 (Traité CE, ex art. 49) la libre prestation de services. La liberté d'établissement est la liberté de créer ou de transférer une entreprise dans un autre État membre. La libre prestation de services est le droit, pour une personne physique ou morale, d'offrir, à partir d'un établissement principal ou secondaire, implanté dans la Communauté, des services sur le sol d'autres États membres. Le prestataire de services peut se doter dans le pays d'accueil d'une certaine infrastructure, mais non de façon permanente. Si le service est proposé au moyen d'une installation stable (filiale, agence, succursale), celui-ci relève de la liberté d'établissement. La prestation de services est rémunérée, offerte de façon indépendante, quel que soit le secteur économique. L'ex article 49 devenu l'article 56 TFUE a été interprété largement puisqu'il peut viser « l'activité consistant à mettre à la disposition contre rémunération de la main-d'œuvre, sans qu'il y ait de contrat de travail conclu avec l'utilisateur ». De même, est couverte par l'article 49 (devenu art. 56 TFUE) l'activité de services qu'un prestataire offre par téléphone à des destinataires potentiels établis dans d'autres États membres, et qu'il fournit sans se déplacer². Les articles 49 et 56 TFUE sont d'effet direct.

1. CJCE 22 janv. 2002, *Canal Satellite Digital SL*, aff. C-390-99, *Europe* 2002, comm. 102, obs. A. Rigaux, à propos de la commercialisation de décodeurs par des opérateurs de télévision à péage soumise par un État à une procédure d'autorisation préalable subordonnée à l'inscription de l'opérateur et du produit sur un registre spécial.

2. CJCE 10 mai 1995, aff. C-384/93, *Alpine Investments*, *Rec.* 1141, *Europe* 1995, n° 264, obs. L. Idot.

21. Exceptions au principe de libre circulation. Des entraves à la liberté d'établissement peuvent être justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique, visées par l'article 52 TFUE (devenu art. 46 traité CE). La jurisprudence est stricte. Il faut des « raisons impérieuses d'intérêt général » si la mesure est ouvertement discriminatoire envers les ressortissants européens. Si la mesure est indistinctement applicable à tous les citoyens de l'Union, la jurisprudence est moins stricte. Elle exige le respect des principes habituels de droit européen, nécessité et proportionnalité.

22. Directive relative aux services. Partant du constat que les services représentent 70 % du PNB et des emplois dans la majorité des États de l'Union, une libéralisation complète des services avait fait l'objet d'un projet de directive sur les services fortement décrié (la fameuse directive « Bolkestein »). Après de multiples péripéties, la directive a été adoptée en décembre 2006¹. Le service est défini comme « toute activité économique² non salariée, exercée normalement contre rémunération³, visée à l'article 50 du Traité CE » (devenu art. 57 TFUE), dès lors que le service est fourni par des prestataires ayant leur établissement dans un État membre.

23. Champ d'application. La directive a exclu un certain nombre de secteurs : en raison de textes spécifiques, sont exclus notamment les services financiers, services et réseaux de communication électronique, secteur des transports, services audiovisuels ; en raison de leur nature non économique, sont exclus les services d'intérêt général non économiques, certains services sociaux (relatifs au logement, à l'aide sociale à l'enfance...) (art. 2, a et j Direct.) ; de même, mais les justifications sont plus mystérieuses, sont exclus les agences de travail intérimaire, toutes les activités de nature fiscale, les activités de jeux d'argent, de sécurité, ou les services fournis par les notaires et huissiers, ou des avocats ; de même, la directive ne porte pas sur les règles de droit international privé « en particulier les règles régissant le droit applicable aux obligations contractuelles et non contractuelles » (art. 3-2).

La directive « ne s'applique pas au droit du travail, à savoir les dispositions légales ou contractuelles concernant les conditions de travail, y compris la santé et la sécurité au travail... Elle n'affecte pas non plus la législation des États membres en matière de sécurité sociale » (art. 1-6).

24. Il est discuté de savoir si, en cas d'inapplicabilité de la directive, l'article 56 TFUE (par ex. art. 49 Traité CE) retrouve son empire. Par exemple, un établissement proposant des jeux en ligne dans un autre État peut-il invoquer l'article 56, comme la jurisprudence récente l'admet⁴ ? La doctrine y semble favorable, car « il n'est pas concevable de réduire le champ d'application des dispositions du droit primaire par voie de directive »⁵.

1. Directive n° 2006/123 du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur (JOUE n° L-376 du 27 déc. 2006, p. 36).

2. Pour un exemple contestable : CJCE 11 sept. 2007, aff. C-76/05, *Schwartz*, Europe 2007, comm. 296, obs. Kauff-Gazin : « Les cours dispensés par des établissements d'enseignement financés, pour l'essentiel, par des fonds privés, ... constituent des services au sens de l'article 50 CE »...

3. La rémunération peut être directe ou indirecte (par ex. : services télévisuels ou certains services de santé dont les paiements sont effectués par les caisses de maladie).

4. CJCE 6 mars 2007, aff. C-338/04, C-359/04 et C-360/04, *Platanica, Palazese et Sorrichio*.

5. F. Picod, « Le champ d'application de la directive n° 2006/123 », Europe juin 2007, étude 8, spéc. n° 31.

25. Régime. La directive vise à faciliter la libre circulation des services en simplifiant les conditions d'accès à une activité. La directive ne porte pas sur le droit applicable au contrat ou à la responsabilité du prestataire de services. Elle n'affecte pas les conditions de travail.

Il appartient à l'État d'accueil de garantir le libre accès à l'activité de services ainsi que son libre exercice (art. 16-1) ; avec une exception : un double contrôle par l'État membre d'établissement et par l'État où le service est effectué peut être exercé en cas de déplacement temporaire.

Les entraves à cette liberté sont interdites. L'article 16, § 2, de la directive détaille les mesures interdites susceptibles d'entraver la libre prestation. Par exemple, le pays d'accueil n'a pas le droit d'exiger du prestataire de services une infrastructure permanente. Le pays d'accueil doit s'efforcer de lever les obstacles administratifs qui entravent la libre circulation des prestations de services en mettant en place des guichets uniques pour accomplir les prestations (art. 6).

Néanmoins, le pays d'accueil est autorisé à imposer des contraintes sur l'exercice d'une activité de services si celles-ci sont justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique, de santé publique ou de protection de l'environnement, si elles sont appliquées de manière non discriminatoire et proportionnée (art. 16, § 3). On relèvera que la directive ne permet plus aux États membres de se prévaloir de la protection des consommateurs pour restreindre la circulation des services¹.

Conformément à une jurisprudence antérieure², la directive prohibe tout test économique de nature à entraver l'accès aux services (art. 14, § 5) – ce qui peut conduire à remettre en cause notre réglementation sur l'urbanisme commercial qui subordonne l'ouverture d'une grande surface au maintien d'une concurrence effective³.

En bref, le texte consacre, en large partie, une jurisprudence plus que trentenaire !⁴ Une nouveauté : les États se sont engagés à simplifier les procédures.

26. En revanche, la question de la reconnaissance des qualifications essentielles, pourtant essentielle pour assurer l'effectivité de la liberté de circulation des services libéraux, suscite moins de passion. La difficulté est qu'en la matière, les directives sectorielles pullulent, sans unité.

2° Libre concurrence

a) Libre concurrence et libre circulation

27. Les règles de libre concurrence constituent la matière de l'ouvrage : prohibition des ententes et abus de position dominante ; contrôle des aides d'état et des concentrations et loyauté de la concurrence. Les liens entre libre circulation et libre concurrence sont étroits. La distinction entre libre circulation et concurrence des marchés n'est pas tranchée.

Par exemple, une norme qui réserve une activité économique à une catégorie de personnes crée une entrave à la libre circulation au sein de l'Union. Sur recours préjudiciel, la Cour de justice a jugé que les articles 43 et 49 CE (devenus art. 49 et 56 TFUE) doivent

1. A. Jeanne, « La libre prestation de services et la protection des consommateurs : une conciliation délicate », *Europe* juin 2007, dossier 16.

2. CJCE 25 juill. 1991, aff. C-353/89, *Comm. c/ Pays-Bas*, *Rec.* 4069.

3. V. nos obs. in *CCC* 2007, comm. 300, et nos obs.

4. L. Idot, « La proposition de directive sur les services : le retour », *Repère, Europe* mars 2006, n° 3.

être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à une réglementation nationale qui réserve de manière exclusive aux centres d'assistance fiscale le droit d'exercer certaines activités de conseil et d'assistance en matière fiscale (telles celles relatives à la déclaration annuelle des revenus des travailleurs salariés)¹. Cette entrave peut aussi, cumulativement, être analysée à l'aune du droit de la concurrence. Ainsi, une réglementation étatique peut être censurée, car en conférant à une entreprise une position dominante, elle peut encourager un abus en mettant l'entreprise en situation d'abus automatique (pour de plus amples développements sur l'abus automatique, v. ss 116).

28. Libre circulation des marchandises et concurrence déloyale². Les règles de concurrence déloyale ne doivent pas être invoquées pour entraver la libre circulation des marchandises. Ainsi, si une réglementation nationale soumet à des exigences plus strictes la fabrication de produits nationaux que les produits d'importation, il n'y a pas pour autant concurrence déloyale de la part du producteur ou de l'importateur de produit étranger, non soumis à ces exigences nationales³.

b) La spécificité du droit européen de la concurrence

29. La concurrence fin ou moyen ? Une opposition entre droit européen et droit nord-américain de la concurrence⁴ ? Le droit de la concurrence est né aux USA (*Sherman Act* de 1890, *Clayton Act* de 1914), puis a été importé à la fin de la Seconde Guerre mondiale en Allemagne, et dans le reste de l'espace européen. Traditionnellement, on oppose la conception américaine à la conception européenne. En Europe, la concurrence n'est qu'un moyen pour assurer la réalisation des objectifs poursuivis par le Traité⁵.

Pour autant, l'opposition entre droits européen et droit américain est exagérée. La conception américaine conduisait à faire de la défense du marché une fin en soi. Les structures du marché étaient défendues avec âpreté, le cas échéant avec des interdictions *per se* à l'encontre de pratiques présumées affecter le marché. L'école de Harvard a développé une théorie, dite structuraliste, pour justifier ces interdictions *per se* (v. ss 77). Cette conception rejoint la théorie ordo-libérale⁶ qui a largement influencé les rédacteurs du Traité de Rome. Selon cette théorie développée par l'école de Fribourg, la libre concurrence est le seul moyen permettant d'atteindre les objectifs de développement harmonieux poursuivis par les Traités⁷. Ainsi, peut

1. CJCE 30 mars 2006, aff. C-451/03, *Servizi Ausillari Dottori Commercialisti*, JCP E 2006. 1370, note C. Prieto.

2. F. Picod, « Concurrence déloyale et libre circulation des marchandises », in *La concurrence déloyale*, coll. « Thèmes et commentaires », Dalloz, 2001, p. 95.

3. Com. 3 mai 2006, D. 2006. Pan. 2931, obs. Y. Picod.

4. L. Idot, « Réflexions sur la convergence des droits de la concurrence », *Concurrences* n° 4-2012.

5. Parmi les objectifs poursuivis par l'ancien traité CE : un développement harmonieux, équilibré et durable des activités économique, un niveau d'emploi et de protection sociale élevée, l'égalité entre les hommes et les femmes.... (art. 2 Traité CE).

6. C. Mongoualou, « L'ordo-libéralisme », *Concurrences* n° 4-2011, p. 70 s. ; J. Drexel, « La constitution économique européenne, l'actualité du modèle ordo-libéral », *RIDE* 2011/4, p. 438 s. ; v. l'étude de M. Combet et S. Nasser El Dine-Pomar, CCC 2013, étude 4 ; David J. Gerber, « Law and Competition in Twentieth Century Europe : Protection Prometheus », 1998 : l'école de Fribourg envisage la concurrence comme un instrument de démocratie. Il faut adhérer aux lois du marché mais en limitant l'économie, la politique et les pouvoirs des individus ou des entités privées.

7. J. Drexel, *op. cit.* : l'auteur souligne que l'ordre concurrentiel n'a pas à être compromis par d'autres valeurs, car les rédacteurs du traité attendaient de la politique de concurrence des avantages économiques multiples ; F. Riem, « Concurrence effective ou concurrence efficace ? L'ordre concurrentiel en trompe l'œil », *RID éco.* 2008, n° 1, 67.

être condamnée une pratique qui porte atteinte à la structure même de la concurrence (ex. : pratique de cloisonnement des marchés, ou pratique qui vise à renforcer une position dominante) sans s'intéresser à la question de savoir si la pratique porte ou non atteinte aux intérêts du consommateur, ou sans rechercher si la pratique peut ou non être sauvée par des justifications économiques. Cette théorie ordo-libérale n'est donc pas éloignée de la théorie structuraliste longtemps défendue aux USA.

Les deux droits ont connu des évolutions comparables. La théorie structuraliste a été contestée à partir des années 1970 par l'école de Chicago (v. ss 78 s.). Les interdits *per se* sont désormais gouvernés par une « *rule of reason* » et par l'analyse économique. De même, l'analyse économique progresse également en droit européen (et interne).

Les doctrines économiques américaines exercent une forte influence dans les textes de droit de la concurrence et la jurisprudence européenne. Par exemple, la Commission est moins méfiante à l'égard des entreprises puissantes ; ou pour prendre un autre exemple, les méthodes d'analyse pour délimiter les marchés, comme le *SNIPP test*¹, conçues aux USA (v. ss 165) ont été généralisées en Europe. Quant à l'appréciation d'une opération de concentration, le test américain dit « du SLC » (*Substantial Lessening of Competition*) a été repris en droit européen en 2004 (v. ss 760), de même que les économistes ont introduit la théorie des efficacités (« *efficiences* ») en Europe (v. ss 540). Et la théorie ordo-libérale, qui destinée à protéger les structures du marché, est en déclin avec le Traité de Lisbonne, moins libéral car moins confiant dans les vertus du marché (v. ss 36).

30. Le rapprochement entre le droit américain et le droit européen n'est pas absolu. Il est des résistances : par exemple en matière de relations verticales, les débats américains sur le « *resale price maintenance* » (imposition d'un prix minimal de revente) et le revirement de la Cour suprême des USA sur cette question n'ont pas eu d'influence en droit européen de la concurrence. Ou autre exemple, la jurisprudence sur les restrictions de concurrence par objet (v. ss 176 s.), ou sur les infrastructures essentielles (v. ss 567 s.) ou encore sur l'abus automatique (v. ss 116 s.) traduit une certaine rigidité dans la défense de la concurrence, à contre-courant avec l'analyse économique de la concurrence défendue aux USA.

Et il est des décisions différentes selon que l'affaire est jugée en Europe ou aux USA. La décision de condamnation par la Commission européenne de Microsoft² a créé un véritable traumatisme aux USA, comme l'a été en son temps le refus d'autoriser la fusion entre General Electric et Honeywell.

31. Le droit nord-américain revendique, de par l'ancienneté de son droit antitrust et la puissance économique des USA, une sorte de « monopole »³ dans le développement du droit de la concurrence, mal compris en Europe.

32. *Le droit européen poursuit deux objectifs*. En premier lieu, il vise à assurer le bon fonctionnement du marché pour qu'une concurrence praticable puisse jouer : il veille à ce que les prix soient fixés par le jeu de la libre concurrence, que l'entrée et la sortie d'un marché soient libres...

1. Small but Significant but Non transitory Increase in Price.

2. Comm. du 24 mars 2004, *COMP P/ C-3/37.792-2005* ; en revanche, l'entreprise ne fut pas condamnée aux USA : la cour d'appel annule l'obligation de scinder Microsoft en deux (*US v. Microsoft Corp/ 253 F. 3 d 34, 58-59 CD Cir. 2001*), mais confirme la violation du droit de la concurrence.

3. L'expression est empruntée à C. Prieto, « Quelle concurrence face à la mondialisation économique ? L'Europe entre audace et ralliement », *Concurrences* n° 1-2005, p. 20 s.

En second lieu, la Commission européenne revendique une spécificité du droit européen, qui poursuit une politique d'intégration des marchés en vue de la constitution d'un marché unique européen. Ainsi s'expliquent la jurisprudence ou les textes européens qui sanctionnent toute entrave aux importations parallèles. La lutte contre les cloisonnements de marché est vive dans les secteurs de l'automobile ou des médicaments. En ce sens, la politique de concurrence poursuit la même finalité que les règles relatives à la liberté de circulation des marchandises.

33. Un exemple sera donné de cette dualité d'objectifs, protection d'une concurrence efficace et protection du marché européen : une clause d'exclusivité d'approvisionnement pourra être condamnée sur le fondement des ententes ou de l'abus de position dominante, car elle conduit à évincer du marché les offreurs concurrents. La clause porte atteinte aux structures de la concurrence (second objectif). La clause pourra aussi être condamnée, même si les concurrents ont pu trouver des clients et que la clause n'a donc pas abouti à une exclusion du marché. L'effet anticoncurrentiel résultera du fait que l'activité économique des concurrents a souffert de l'exclusivité d'achat. Il faut prouver qu'en l'absence de clause, le développement des concurrents aurait été plus fructueux et plus rapide¹. Le marché n'a pas fonctionné correctement (premier objectif).

§ 2. SOURCES DU DROIT DE LA CONCURRENCE

A. Droit interne

34. *La diversité des sources* (v. aussi ss 5 à 7). Il est inexact d'affirmer que le droit de la concurrence est « par essence un droit privé, un droit des échanges entre personnes privées régissant des rapports entre intérêts privés »². Car le droit de la concurrence gouverne aussi les relations entre personnes publiques.

Les liens entre le droit de la concurrence et l'économie gouvernent la théorie des sources.

La norme doit donc être nécessairement vague pour s'adapter aux fluctuations économiques. Aussi le droit pénal semble-t-il inadapté. Un auteur a été jusqu'à considérer que le droit pénal des affaires est inefficace³. Le pragmatisme des modes de preuve retenus par le droit de la concurrence semble ne pouvoir être étendu à un contexte pénal. L'ordonnance de 1986 a dépénalisé partiellement la matière. Mais la réforme est inachevée. Certaines pratiques restrictives font encore aujourd'hui l'objet de sanctions pénales ; l'auteur d'une pratique anticoncurrentielle peut voir sa responsabilité pénale engagée sur le fondement de l'article L. 420-6 du Code de commerce. Aujourd'hui, on assiste à un reflux du droit pénal. Pour ne citer qu'un exemple, les sanctions en cas de non-respect de l'obligation de transparence tarifaire ont été aggravées par les lois du 31 décembre 1992 et du 29 janvier 1993.

Par ailleurs, il ne faut pas oublier que le droit de la concurrence gouverne les pratiques contractuelles ou individuelles. La *théorie générale des obligations* est donc une source du droit de la concurrence⁴. Le contrôle des comportements est une préoccupation générale du droit de la concurrence. La protection du marché et des individus est étroitement liée.

1. Par ex. : Cons. conc. n° 06-D-23 du 20 mars 2006, *Gites de France*.

2. M. d'Ornano, *JOAN* 29 janv. 1987, p. 676.

3. Y. Guyon, « De l'inefficacité du droit pénal des affaires », *Pouvoirs* 1990, vol. 55, p. 41.

4. M. Chagny, *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 2004 ; E. Claudel, *Ententes anticoncurrentielles et droit des contrats*, thèse, Paris X, 1994, ronéo.

Et enfin, depuis 1945, un *droit spécial de la concurrence* se développe. L'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence est la pierre angulaire de ce nouveau droit spécial. Elle a été incorporée dans le Code de commerce mis en vigueur par l'ordonnance du 18 septembre 2000¹.

B. Droit européen

35. Sources fondamentales du droit européen de la concurrence

– *Le traité instituant la Communauté économique européenne* (art. 81 à 89 CEE) (qualifié de *Traité de Rome* ou *traité CEE*).

– À la suite du *Traité de Rome*, l'Union européenne a été mise en place par le *traité de Maastricht*, le 7 février 1992 (*Traité CE*), lequel a été modifié par le *traité d'Amsterdam* le 2 octobre 1997 : ce *Traité* a pour objectif le développement dans l'espace européen d'un espace de liberté, sécurité et de justice.

– *Le traité de Nice* du 26 février 2001 réforme les modes de fonctionnement des institutions de l'Union européenne (UE). Ces différents *Traités* successifs n'ont pas modifié les règles de concurrence qui datent de 1957.

Avec le *Traité de Lisbonne* du 13 décembre 2007, entré en vigueur le 1^{er} décembre 2009, deux textes fondamentaux régissent désormais les institutions européennes : le *Traité de l'Union européenne* (TUE) et le *Traité de fonctionnement de l'Union européenne* (TFUE). Dans une certaine mesure, l'importance d'une libre concurrence n'est pas affirmée avec la même force par le *Traité de Lisbonne*.

36. Place de la libre concurrence dans le traité de Lisbonne. Le *traité de Rome* et les *traités* successifs avaient été influencés par la théorie ordo-libérale de l'École allemande de Fribourg, confiante dans les bienfaits de la libre concurrence (v. ss 29). Le *traité CEE* assignait à la CEE la mission d'établir « un régime assurant que la concurrence n'est pas faussée dans le marché intérieur ». Avec le *Traité de Lisbonne*, le droit de la concurrence n'a pas disparu. Les règles « opérationnelles » sur les pratiques anticoncurrentielles (art. 101 et 102 TFUE) ou le contrôle des concentrations ou des aides d'État ou encore les libertés fondamentales de circulation ont leur place dans le TFUE.

Cependant, le *Traité de l'Union européenne* (TUE) ne parle plus de libre concurrence, mais de « commerce libre et équitable », de « développement durable » ou de cohésion économique ou de marché intérieur (art. 3 TUE). Et le TFUE ne place plus l'exigence d'une concurrence non faussée ou d'une concurrence libre parmi les objectifs de l'Union, à la différence de l'ancien *Traité CE*. L'art. 3 du TFUE précise seulement que l'Union a compétence exclusive pour établir les règles de concurrence nécessaires au fonctionnement du marché intérieur. L'exigence de concurrence non faussée est reléguée dans le protocole n° 27 sur le marché intérieur et la concurrence. Cette réécriture est politique, en raison du refus de la France de considérer la libre concurrence ou la protection du marché comme l'un des objectifs majeurs de l'Union européenne. On pourrait penser que cette réécriture n'a pas d'implication juridique puisque les règles « opérationnelles » existent toujours. Simple jeu de mots ? Ou abandon du modèle ordo-libéral croyant dans les vertus de la libre concurrence² ? La théorie ordo-libérale est en déclin tandis que

1. La loi du 3 janvier 2003 modifiant le livre VIII du Code de commerce a ratifié en son article 50 l'ordonnance du 18 septembre 2000.

2. Anadon, « *Traité de Lisbonne et droit de la concurrence* », *RLDA* févr. 2008, n° 4, p. 1473.

l'analyse économique avec la poursuite de l'efficacité progresse ; mais on verra que la théorie structuraliste inspirée du modèle ordo-libéral n'a pas totalement disparu en droit positif¹ (v. ss 29).

Au traité de Lisbonne s'ajoutent les actes du droit dérivé, tels les directives ou les Règlements d'exemption (v. ss 593).

37. *Traité de Lisbonne et droits de l'Homme*². Le traité de Lisbonne entérine l'adhésion de l'Union européenne à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, qui a désormais valeur contraignante³.

Par ailleurs, même si l'Union européenne n'est pas signataire de la Convention européenne des droits de l'Homme, ses prescriptions s'imposent à elle. En effet, le Traité sur l'UE dispose que l'Union respecte les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne des droits de l'Homme (art. 6). En outre, le préambule de la Charte des droits fondamentaux, à laquelle l'UE a adhéré, renvoie aux droits garantis par la Convention européenne des droits de l'Homme.

Par ailleurs, avec l'arrêt *Bosphorus*⁴, en 2005, la CEDH s'est déclarée compétente pour vérifier la conformité d'actes nationaux d'application de normes européennes lorsqu'une marge nationale d'appréciation est laissée à la discrétion de l'État membre de l'Union.

38. *Accord sur l'Espace économique européen (EEE)*. Cet accord, signé à Porto le 2 mai 1992, assujettit les États signataires aux règles de concurrence européenne. Les États signataires de l'EEE⁵ ne sont pas membres de l'UE. La seule différence est que l'institution compétente pour appliquer le droit européen de la concurrence n'est pas la Commission européenne, mais une instance propre à l'EEE.

39. *Force contraignante des lignes directrices ou recommandations*. Comme en droit interne, au droit dur, vient s'ajouter le droit souple (la *soft law*) dont l'importance est considérable (v. ss 7).

L'autorité, Commission de Bruxelles ou Autorité de la concurrence, qui a établi les lignes directrices, est liée par ses textes, mais peut y déroger en motivant (par exemple, en raison des circonstances particulières de l'espèce ou en raison du caractère suffisamment dissuasif de l'amende) et en respectant le principe d'égalité de traitement⁶.

En revanche, les lignes directrices édictées par la Commission européenne ne lient ni le juge (qu'il soit européen ou national) ni une autorité nationale de concurrence. Ce sont

1. J. Drexler, « La constitution économique européenne, l'actualité du modèle ordo-libéral », *RIDE* 2011/4 p. 438 s.

2. L. Idot, J.-B. Racine et F. Sirlainen, *Droit économique et droit de l'Homme*, Larcier, 2009 ; L. Arcelin, « L'alliance raisonnable entre droit de la concurrence et CEDH », *RLC* avr.-juin 2007, p. 100 s.

3. 2007/C-303/01, *JOUE* n° C-303 du 14 déc. 2007.

4. CEDH, gde ch., 30 juin 2005, req. n° 45036/98.

5. Il s'agit de l'Islande, la Norvège et le Liechtenstein. La Suisse n'est pas membre de l'EEE mais a conclu des accords bilatéraux avec l'UE.

6. CJCE 18 mai 2006, aff. C-397/03, *ADM*, *Europe* 2006, comm. 217, note Idot, *JCP* 2007. I. 109, n° 9, note F. Riem : « de telles règles de conduite (établies par les lignes directrices)... ne sauraient être qualifiées de règles de droit à l'observation de laquelle l'administration serait, en tout cas, tenue » ; CJUE 11 juill. 2013, C- 429/11, pts 64, art. 65, Gosselin ; CJCE 28 juin 2005, C-189/02 *et alii*, P. Dansk.

de simples règles indicatives. Par exemple, un juge national ou une autorité nationale de concurrence peut s'écarter des seuils fixés par la Communication européenne sur le seuil de sensibilité¹.

Mais la Cour de justice a admis que, sous certaines conditions, « il ne saurait être exclu que de telles règles ayant une portée générale puissent déployer des effets juridiques »², car elles créent des attentes légitimes sur lesquelles se fondent les entreprises. Si le TPICE s'écarte des lignes directrices, il doit donner des raisons qui sont compatibles avec le principe d'égalité de traitement et de proportionnalité.

Des principes fondamentaux gouvernent l'application du droit européen (1°). Les deux droits, national et européen, ont vocation à s'appliquer en concurrence (2°). Les autorités européennes et les États membres ont vocation à appliquer le droit européen de la concurrence (3°).

1° Principes fondamentaux

Quatre principes fondamentaux gouvernent le droit européen : l'effet direct (a), la primauté (b), l'unité d'interprétation (c) l'effectivité du droit européen (d) et le principe d'équivalence (e).

a) Effet direct

40. La jurisprudence *Van Gend en Loos*. L'effet direct du droit européen a été affirmé par l'arrêt *Van Gend en Loos* : l'ordre européen « concerne directement les justiciables de la Communauté ; les sujets (en) sont non seulement les États membres mais également leurs ressortissants ». Il s'ensuit que « le droit communautaire, indépendamment de la législation des États membres, de même qu'il crée des charges dans le chef des particuliers, est aussi destiné à engendrer des droits qui entrent dans leur patrimoine juridique »³. Les particuliers peuvent invoquer directement devant les juridictions nationales la disposition « précise, (qui) n'est assortie d'aucune réserve, (qui) ne suppose pour sa mise en œuvre aucun acte juridique des institutions communautaires et ne laisse pas à l'État responsable un véritable pouvoir d'appréciation quant à l'application de la règle ».

Bénéficient de l'effet direct les règlements et les dispositions du Traité qui s'adressent directement au sujet de droit.

Quant aux directives, l'article 288 TFUE oblige les États membres à les transposer en droit interne et laisse aux États le choix de la forme et des moyens à employer pour en assurer la transposition dans leur droit. Dès lors que la directive est suffisamment précise et explicite, la Cour de justice a affirmé son effet direct, une fois expiré le délai prévu dans la directive pour sa transposition en droit interne⁴. Le ressortissant peut saisir le juge national pour lui demander d'écarter l'application d'une règle nationale contraire à la directive. Les États membres sont, en outre, tenus de réparer les dommages causés aux particuliers du fait de la non-transposition de la directive dans les délais⁵. Mais l'effet

1. Communication de la Commission concernant les accords d'importance mineure qui ne restreignent pas sensiblement le jeu de la concurrence au sens de l'article 81, § 1, du Traité CEE (JO n° C-368 du 22 déc. 2001) ; solution affirmée par CJUE 13 déc. 2012, aff. C-226/11, *Expédia* et par Com. 16 avr. 2013, *Expédia*, D. 2013. 473, note M. Vincent.

2. CJCE 28 juin 2005, aff. C-189/02, *Dansk Rorindustri*, pt 211.

3. CJCE 5 févr. 1963, *Van Gend en Loos*, Rec. CJCE 1963. 19.

4. CJCE 17 déc. 1970, aff. 33/70, *Sté SACE c/ Ministère des Finances de la République italienne*, Rec. CJCE 1970. 1213.

5. CJCE 19 nov. 1991, aff. jtes, *Francovitch et Binifaci*, JCP 1992. II. 21783, note Barav.

direct des directives permet seulement aux particuliers de se prévaloir contre les pouvoirs publics ou l'Administration d'une directive non transposée, quand ces derniers continuent d'appliquer une règle de droit interne en contradiction avec la directive. L'effet direct ne joue pas entre particuliers, tant que la directive n'a pas été transcrite en droit interne. On parle d'effet direct vertical par opposition à l'effet direct horizontal.

41. Effet direct des articles 101 et 102 TFUE. L'article 101, § 1, prohibe les ententes entre entreprises susceptibles d'affecter le commerce entre États membres qui affectent le jeu de la concurrence à l'intérieur de l'Union européenne ; l'article 101, § 2, prévoit la nullité des accords ou décisions non conformes à l'article 101, § 1 ; l'article 102 interdit, dans la mesure où le commerce entre États membres est susceptible d'en être affecté, l'abus de position dominante. S'adressant directement aux entreprises, les paragraphes 1^{er} et 2 de l'article 101 ainsi que l'article 102 sont d'effet direct horizontal¹. En conséquence, les entreprises peuvent faire valoir devant les juridictions nationales et même l'Autorité de la concurrence les droits conférés par les articles 101, § 1 et 2 et 102.

Avec l'introduction du Règlement n° 1/2003 du 16 décembre 2003 autorisant les autorités et juridictions nationales à appliquer l'article 81, § 3 (devenu art. 101, § 3, TFUE), cette disposition est également dotée de l'effet direct.

De même, les directives UE intéressant la libre circulation des marchandises sont d'effet direct dans la mesure où leurs dispositions sont claires, précises et inconditionnelles².

b) Primauté du droit européen

42. La jurisprudence Costa. La primauté du droit européen a été affirmée dès 1964 dans le célèbre arrêt *Costa*³. Cette primauté s'impose aux États, aux juges nationaux et aux autorités nationales de concurrence. La primauté du droit européen signifie que le droit national ne peut s'appliquer qu'à la condition de ne pas porter atteinte à l'autorité comme à l'effet utile des règles de concurrence européennes.

Le respect de la primauté de l'ordre européen s'impose aux juges nationaux. La primauté du droit européen signifie que le juge national doit refuser d'appliquer une norme nationale, fût-elle postérieure, contraire à une disposition du Traité de Rome. La Cour de cassation dans l'arrêt *Jacques Vabre* en 1975⁴, et le Conseil d'État en 1989, dans l'arrêt *Nicolo*⁵, acceptent de faire prévaloir une disposition du Traité sur une loi nationale, même lorsque le Traité lui est antérieur.

La primauté signifie également qu'une *autorité nationale de concurrence* doit laisser inappliquée une législation qui conduit à la conclusion d'entente contraire à l'article 101 TFUE ou renforce ses effets⁶ ou qui conduit une entreprise à abuser automatiquement de sa position dominante.

c) Interprétation uniforme du droit européen

43. Aux termes de l'article 267 TFUE (ex art. 234 Traité CE), la Cour de justice a compétence pour statuer à titre préjudiciel sur l'interprétation du Traité et des actes dérivés.

1. CJCE 6 avr. 1962, aff. 13/61, *Bosch*, Rec. 89.

2. CJCE 30 nov. 1977, *Cayrol c/ Rivoira & Figli*, aff. 52/77, Rec. 2261.

3. CJCE 15 juill. 1964, *Costa*, Rec. CJCE 1141.

4. Cass., ch. mixte, 24 mai 1975, *D.* 1975. 497.

5. CE, ass., 20 oct. 1989, *RTD eur.* 1984. 4. 771.

6. CJCE 9 sept. 2003, *CIF*, aff. C-198/01, *Europe* 2003, comm. 366, obs. L. Idot.

Toute juridiction nationale a la faculté de solliciter cette interprétation. Elle y est même tenue en cas d'obscurité ou d'ambiguïté du texte européen si elle rend une décision insusceptible d'un recours de droit interne. L'arrêt rendu par la Cour de justice bénéficie d'une autorité *erga omnes*. Tout juge national est lié par l'interprétation. Cependant, s'il pense que l'interprétation peut être modifiée, il peut saisir à nouveau la Cour.

d) Effectivité du droit européen (théorie de l'effet utile).

44. Au principe de primauté de l'ordre européen, s'ajoute également celui de l'effectivité. Toute règle nationale ne doit pas nuire à l'effet utile du droit européen. Ce principe renforce la règle de la primauté du droit européen.

Les États doivent respecter l'effet utile des dispositions du Traité. Cette règle vaut pour le droit de la concurrence. Même si les destinataires des articles 101 et 102 TFUE sont les entreprises, les États sont tenus respecter l'effet utile des règles de concurrence du Traité. La Cour de justice a affirmé qu'il est interdit à un État d'« édicter des mesures permettant aux entreprises privées de se soustraire aux contraintes imposées par les articles 81 à 92 du Traité (devenus art. 101 à 109 TFUE) »¹. Un pays membre ne peut donc par une loi faire échec aux articles 101 et 102 TFUE en favorisant la conclusion d'une entente ou d'un abus de position dominante (sur l'entente ou l'abus automatique, v. ss 96 s.).

De même, un État ne peut, en édictant une loi, rendre difficile, voire impossible l'exercice des droits reconnus par le droit de la concurrence. Cette solution a donné lieu, notamment, à la jurisprudence *Courage*². La Cour de justice a écarté l'application de la loi britannique interdisant à une partie à une entente d'agir en responsabilité contre son co-contractant (*private enforcement*). Pour la Cour de justice, une partie à une entente doit pouvoir réclamer des dommages-intérêts à son co-contractant, sauf si cette partie porte une responsabilité significative dans la distorsion de concurrence.

Le principe de l'effet utile s'applique à l'égard de toute règle de concurrence, même celle issue du droit de la responsabilité sanctionnant la concurrence déloyale³.

Le principe de l'effet utile conduit ainsi à atténuer la règle de l'autonomie procédurale (v. ss 416). En vertu de l'autonomie procédurale, la procédure diligentée devant les autorités de concurrence et les juridictions nationales est soumise aux règles nationales de procédure. Celles-ci sont cependant écartées si elles nuisent à l'effectivité du droit européen. Les règles procédurales nationales ne doivent pas rendre impossible ou excessivement impossible l'exercice des droits conférés par l'ordre européen.

Un exemple parmi d'autres sera présenté : au nom de l'autonomie procédurale, ce sont les États qui établissent les règles applicables au droit d'accès au dossier détenu par l'autorité de concurrence ; mais ces règles ne peuvent conduire à une interdiction absolue d'accès au dossier pour une victime de pratique anticoncurrentielle, sous peine de porter atteinte au principe d'effectivité du droit de l'Union, en rendant impossible ou difficile la réparation du préjudice concurrentiel.

1. CJCE 16 nov. 1977, *Inno-Atab*, Rec. CJCE 2115.

2. CJCE 20 sept. 2001, aff. C453/99

3. R. Kovar, *Concurrence déloyale et droit communautaire de la concurrence*, coll. « Thèmes et commentaires », Dalloz, 2001 ; ex. : un mandataire automobile, non intégré à un réseau de concession, ne peut être poursuivi pour concurrence déloyale par les concessionnaires ou le fabricant, dès lors qu'il exerce son activité dans les conditions définies par le Règlement UE en matière de distribution automobile.

e) Principe d'équivalence

45. En vertu de ce principe, les règles nationales de concurrence doivent être équivalentes, sans être nécessairement identiques aux règles européennes de concurrence. Ainsi, les règles internes de concurrence (entente, abus de position dominante) doivent être équivalentes aux articles 101 et 102 TFUE.

Cette règle d'équivalence a été appliquée dans le fameux arrêt *Manfredi*¹. La Cour de justice, se fondant sur le principe d'équivalence, a écarté une loi nationale limitant le droit à réparation d'une victime de pratique anticoncurrentielle en affirmant que « la victime doit pouvoir demander réparation non seulement du dommage réel (les pertes subies, soit le « *dammum emergens* ») mais également du manque à gagner (*lucrum cessans*) ».

2° Application concurrente des droits européen et interne de la concurrence

Les droits interne et européen de la concurrence ont vocation à s'appliquer tous deux (a) mais l'application du droit interne est subordonnée à celle du droit européen (b).

a) Concurrence des droits européen et interne

46. *Une application de deux droits.* La question est de savoir si, en présence d'un comportement affectant le marché européen et le marché national, le droit européen s'applique exclusivement (théorie du « guichet unique », à l'instar du système applicable à une opération de concentration de dimension européenne) ou si les deux droits, interne et européen, s'appliquent. L'arrêt *Walt Wilhem*² a admis qu'une même entente peut faire l'objet, en principe, de deux procédures parallèles, l'une devant les autorités européennes en application du droit européen, l'autre devant les autorités nationales en application du droit interne. Deux sanctions peuvent donc être prononcées. Mais, il y est ajouté qu'« une exigence générale d'équité... implique qu'il soit tenu compte de toute décision répressive antérieure pour la détermination d'une éventuelle sanction ». Les autorités ou juridictions nationales pourront modérer la sanction. En revanche, la Commission européenne refuse de prendre en considération des sanctions prononcées par d'autres États³... au nom de la primauté du droit européen.

En raison de la concurrence des droits européens et internes de la concurrence et de leur application cumulative, droits européen et interne s'influencent réciproquement et les autorités nationales de concurrence ont un rôle important dans la construction du droit européen.

47. *Le Règlement du 16 décembre 2002 réfute la théorie du « guichet unique ».* Le Règlement n° 1/2003 du 16 décembre 2002⁴ relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du Traité (devenus art. 101 et 102 TFUE) confirme cette analyse en ne retenant pas la thèse du guichet unique. Il maintient la coexistence des deux droits. Les deux droits, interne et européen, ont vocation à s'appli-

1. CJCE 13 juill. 2006, *Manfredi*, C-295/04

2. CJCE 13 févr. 1969, *Walt Wilhem*, aff. 14/68, *Rec.* 1.

3. Par ex. : Comm. n° 2003/2/CE du 21 nov. 2001, *Vitamines* (*JOCE* n° L-6 du 10 janv. 2003, p. 769 à 774), *Europe* 2003, n° 107, obs. L. Idot.

4. L. Idot, *Droit communautaire de la concurrence, le nouveau système de mise en œuvre des articles 81 et 82 CE*, Bruylant, 2004.

quer cumulativement. L'autorité européenne appliquera le droit européen de la concurrence, tandis que l'autorité nationale de concurrence appliquera « son » droit national de concurrence et aussi, le droit européen de la concurrence : le Règlement n° 1/2003 oblige, en effet, les autorités et juridictions nationales à appliquer le droit européen si la pratique affecte le marché européen.

b) Une application concurrente mais subordonnée du droit interne

48. Primauté de l'ordre européen. La jurisprudence *Walt Wilhem* admet la concurrence des deux droits. Mais au nom de la primauté du droit européen, cette concurrence de droits n'est possible qu'autant qu'elle ne porte pas préjudice à l'application uniforme des règles européennes de concurrence. L'article 16 du Règlement n° 1/2003 prévoit expressément que les décisions de la Commission lient les autorités nationales de concurrence et les juridictions nationales.

49. Primauté du droit européen et autorités nationales de concurrence. L'application uniforme du droit européen oblige les autorités de concurrence à surseoir à statuer lorsque la Commission est saisie, pour éviter un risque de contrariété. L'ouverture d'une procédure européenne dessaisit l'autorité nationale dans l'application du droit européen (art. 11, § 6). L'objectif de l'article 11, § 6, est de prévenir les risques de violation de principe de primauté du droit européen, de vaincre les lenteurs nationales et de résoudre d'éventuelles contradictions entre autorités nationales saisies d'une même affaire. Quelle méfiance à l'égard des autorités nationales !

Si une autorité nationale traite déjà de l'affaire, la Commission n'intente une procédure qu'après avoir consulté l'autorité nationale (art. 11, § 6).

Si la Commission a déjà statué sur la pratique, l'autorité nationale statuant sur le fondement de son droit national ne peut rendre une décision qui irait à l'encontre de celle rendue par la Commission (art. 16, § 2).

50. Primauté du droit européen et juridictions. En raison du principe d'autonomie procédurale, les juridictions ne sont pas tenues de surseoir à statuer lorsque la Commission est également saisie, en raison du principe d'autonomie procédurale (art. 16, § 1). Elles sont simplement invitées à le faire pour éviter un risque de contrariété. Néanmoins, lorsque la juridiction, se prononce en appel sur une pratique ayant déjà été condamnée par la Commission européenne, la juridiction d'appel ne peut prendre une décision contraire (art. 16, § 1). La règle se justifie par le principe de primauté du droit européen. Elle avait été consacrée par la Cour de justice dans l'affaire *Masterfoods*¹.

La question de l'articulation entre le « *public enforcement* » et le « *private enforcement* » est complexe et non résolue (v. ss 660 s.).

51. Principe d'équivalence. Au nom du principe d'équivalence, les règles nationales ne peuvent être plus strictes que les règles européennes. En application de ce principe, l'article 3, § 2, du Règlement impose la règle dite de convergence². La convergence est totale pour le droit des ententes. Un juge ou une autorité nationale ne devra pas condamner une pratique sur le fondement de son droit national si celle-ci a été validée ou exemptée sur le

1. CJCE 14 déc. 2000, *Masterfoods*, CCC 2001, comm. 48, obs. S. Poillot-Peruzzetto.

2. L. Idot, « Réflexion sur la convergence des droits », *Concurrences* n° 4-2012, spéc. n° 17.

fondement du droit européen. Inversement, une entente ne pourra pas être autorisée par le juge ou une autorité nationale sur le fondement du droit national si elle a été condamnée sur le fondement du droit européen (art. 3, § 2, Règl. n° 1/2003 du 16 déc. 2002).

En revanche, la convergence n'est pas totale pour les comportements unilatéraux. En effet, l'article 3, § 2, du Règlement n° 1/2003 autorise les États membres à appliquer des lois nationales plus strictes en matière de comportements unilatéraux. L'abus de position dominante est condamné par les droits français et européen. En revanche, le droit européen ne condamne pas l'abus de dépendance économique, à la différence du droit interne (C. com., art. L. 420-2). Une pratique unilatérale peut donc être sanctionnée au titre de l'abus de dépendance économique (C. com., art. L. 420-2 al. 2), même si elle n'a pas été condamnée sur le fondement de l'article 82 Traité CE (devenu art. 102 TFUE).

3° Application du droit européen de la concurrence

La compétence pour appliquer le droit européen peut être réservée aux institutions européennes (a), ou être partagée entre autorités de concurrence (b), ou même être réservée aux juridictions nationales (c). Des principes de collaboration et de subsidiarité des organes européens dans l'application s'affirment aujourd'hui (d).

a) Compétence réservée aux autorités européennes

52. Contrôle ex ante (contrôle a priori). Les textes européens réservent parfois la compétence aux autorités européennes pour contrôler certains comportements. Ainsi, seule la Commission a le pouvoir de contrôler les opérations de concentration de dimension européenne ou peut autoriser une aide d'État, après sa notification.

Il n'en demeure pas moins que le droit des aides d'État peut donner lieu à un contentieux civil devant les juridictions nationales résultant de la violation des exigences du droit européen : par exemple, l'aide illégale ou incompatible avec le marché européen doit être restituée et le Conseil d'État est alors compétent. Le contentieux est abondant. Pour prévenir le contentieux, la Commission, une fois avertie d'un projet d'aide, peut formuler des observations qui bloquent la procédure d'octroi de l'aide (art. 108, § 3, TFUE).

53. Évolution. Dans certains domaines, le monopole de la Commission est assoupli. Par exemple, en matière de concentrations, l'article 9 du Règlement n° 139/2004 autorise le renvoi devant une autorité nationale d'une opération de concentration de dimension européenne.

b) Compétence partagée entre autorités de concurrence

54. Contrôle ex post (a posteriori) et mise en œuvre des articles 101 et 102 TFUE par les autorités de concurrence : le « public enforcement ». La mise en œuvre des articles 101 et 102 TFUE par les autorités de concurrence (on parle alors de « *public enforcement* ») est largement décentralisée avec le Règlement n° 1/2003. Ce texte donne à la Commission de Bruxelles et/ou les autorités nationales de concurrence une compétence exclusive mais partagée pour mettre en œuvre les articles 101 et 102 TFUE.

Le Règlement n° 1/2003, texte de base, est complété par deux textes d'application : le Règlement n° 773/2004 relatif aux procédures mises en œuvre par la Commission et un texte de *soft law*, la communication de 2011 concernant les bonnes pratiques relatives aux

procédures d'application des articles 101 et 102¹, qui cherche à établir un équilibre entre la protection des droits des plaignants et l'efficacité de la politique de concurrence avec un traitement des plaintes.

55. Décentralisation dans l'application du droit européen et obligation d'appliquer le droit européen. Les autorités nationales (et les juridictions) se voient donc confier un rôle important dans l'application des articles 101 et 102. Obligation leur est donnée de statuer sur ces textes quand la pratique affecte le marché européen (art. 3, § 1, du Règl. n° 1/2003). Les autorités nationales ont donc un rôle essentiel dans l'application et l'interprétation du droit européen et, par conséquent dans la construction du marché européen.

On rappelle aussi que les autorités nationales peuvent appliquer leur droit national de concurrence, tout en respectant le principe de primauté du droit européen.

56. Réseau européen de concurrence et échange d'informations. La décentralisation des pouvoirs de la Commission dans l'application des articles 101 et 102 crée un risque de multiplication de procédures parallèles. En effet, si une pratique affecte plusieurs États, plusieurs autorités de concurrence peuvent être saisies.

Pour faciliter les relations entre autorités de concurrence, depuis l'entrée en vigueur du Règlement n° 1/2003, un réseau européen de concurrence a donc été institué (REC, qualifié aussi en anglais de *European Competition Network*). Un échange d'informations entre le réseau et les autorités nationales de concurrence est mis en place². Toutes les informations échangées sont couvertes par le secret professionnel³(sur le réseau international de concurrence, v. ss 67).

57. Réseau européen et autorité compétente. Le réseau a notamment pour fonction d'assurer une éventuelle réattribution des affaires au sein du réseau. Le réseau, informé de l'ouverture de procédure(s), attribuera l'affaire à l'autorité « bien placée ». Une autorité est considérée comme « bien placée » s'il existe un lien entre la pratique et le territoire de l'autorité, si celle-ci dispose de moyens adéquats pour traiter l'affaire et de moyens pour permettre de mettre fin à l'infraction. Peut être en cause une seule autorité de concurrence ou plusieurs⁴.

Il est possible d'admettre une pluralité de compétences d'autorités nationales de concurrence en raison de la portée territoriale des décisions de ces autorités. Le « principe *non bis idem* » consacré dans la Charte des droits fondamentaux ne s'applique pas, car sont en cause des marchés nationaux distincts (v. ss 189).

58. L'autorité « bien placée » sera celle de l'État sur lequel la pratique produit des effets directs substantiels, actuels ou prévisibles ou y trouve son origine. L'autorité bien placée doit pouvoir rassembler les preuves, éventuellement avec le concours d'autres

1. Comm. de la Comm. n° 2011/C-308/08 du 20 nov. 2011 concernant les bonnes pratiques relatives aux procédures d'application des articles 101 et 102 TFUE.

2. Art. 11, § 3 : « lorsqu'elles agissent en vertu des articles 81 ou 82 du Traité, les autorités de concurrence... informent la Commission par écrit... après avoir initié la première mesure formelle d'enquête. Cette mesure peut également être mise à la disposition des autorités de concurrence des autres États membres ».

3. L. Idot, *Droit communautaire de la concurrence*, Bruylant, n° 138 s.

4. Par ex., si une entreprise située dans un pays A décide de fixer les prix de revente de marchandises exportées dans d'autres États de l'Union : en principe, l'autorité A est la mieux placée, même s'il est possible d'envisager l'intervention des autres autorités basées dans les États où le produit est commercialisé.

autorités, et faire cesser l'entente, le cas échéant la sanctionner. Deux ou trois autorités nationales peuvent être considérées comme bien placées et être saisies parallèlement. Si une autorité a été saisie par erreur, le réseau réattribue à l'autorité mieux placée.

Si la pratique développe ses effets sur plus de trois États, ou si elle pose une question liée à d'autres dispositions européennes (tel un problème de libre circulation) pour lesquelles la Commission a une compétence exclusive, ou si l'intérêt européen l'impose, la Commission peut se saisir de l'affaire et dessaisir les autorités d'une affaire fondée sur les articles 101 et/ou 102 TFUE¹.

On rappelle enfin que lorsque l'ouverture d'une procédure par la Commission dessaisit les autorités de concurrence quand elles appliquent le droit européen (art. 11, § 6) et l'autorité nationale a l'obligation de surseoir à statuer quand elle est appliquée son droit national pour éviter des risques de contrariété de jurisprudence et pour assurer l'effectivité de la primauté du droit européen. Et enfin, on soulignera que la Commission a un rôle prépondérant dans la recherche des infractions et peut donc adopter une décision d'inspection même si une autorité nationale traite déjà de l'affaire².

c) *Compétence exclusive des juridictions nationales*

59. Contrôle ex post (a posteriori) et mise en œuvre des articles 101 et 102 TFUE par les juridictions : le « private enforcement ». De par leur effet direct, les articles 101 et 102 TFUE créent, pour les particuliers, des droits et obligations que les juridictions nationales peuvent faire respecter au titre du « private enforcement », sans avoir à passer par une décision d'une autorité de concurrence. Les juridictions nationales peuvent tirer les conséquences d'une nullité d'un accord contrevenant au droit de la concurrence et/ou accorder des dommages-intérêts.

Certes, au terme de l'article 101, § 2, TFUE, une autorité pourra prononcer la nullité d'un accord contrevenant à l'article 101, § 1, mais elle ne pourra ni tirer les conséquences d'une nullité ni accorder des dommages-intérêts – l'article 6 du Règlement n° 1/2003 conférant une compétence exclusive aux juridictions nationales, avec les difficultés qui en résultent de l'articulation entre le *private* et le *public enforcement* (v. ss 660 s.).

60. Juridictions spécialisées. En France, les juridictions nationales chargées d'appliquer le droit européen et interne de la concurrence sont des juridictions spécialisées, certains tribunaux de commerce et TGI déterminés par décret (C. com., art. L. 420-7³). Il importe peu que le droit de la concurrence n'ait été invoqué que dans l'assignation et que le fondement principal soit le droit de la responsabilité civile⁴. Les appels contre les décisions de ces juridictions sont portés devant la cour d'appel de Paris.

61. Autonomie procédurale des juridictions. Les règles de compétence et de procédure relèvent du droit national en vertu du principe d'autonomie procédurale, sous réserve du respect des principes d'application uniforme et d'effectivité du droit européen.

1. Régl. n° 773/2004, Comm. relatif aux procédures mises en œuvre par la Commission en application des articles 81 et 82 (JOCE n° L-123 du 27 avr. 2004, p. 18), CCC 2004, comm. 98, obs. S. Poillot-Peruzzetto.

2. TPICE 8 mars 2007, aff. T-339/04, *France Telecom* ; v. J.C. Zarka, « À propos du rôle prépondérant de la Commission dans la recherche des infractions aux règles de concurrence », *D.* 2007. 1738.

3. Sont désignées comme juridictions compétentes les TGI et tribunaux de commerce de Paris, Marseille, Bordeaux, Lille, Fort-de-France, Lyon, Nancy et Rennes.

4. Com. 9 nov. 2010, n° 10-937.

62. Droit de la concurrence et arbitrage¹. Le Règlement n° 1/2003 ne se prononce pas sur le rôle des arbitres. Seul le contrôle européen des concentrations connaît de la question. L'arbitre n'est pas « un tribunal établi par la loi » au sens de l'article 6² et ne peut donc poser une question préjudicielle à la CJUE³.

La question de l'obligation d'appliquer d'office, parfois au mépris de la clause compromissoire (qui lui fait interdiction d'appliquer le droit de la concurrence) les règles sur les ententes et abus de position dominante est discutée en doctrine⁴. La jurisprudence européenne et interne admet que les dispositions de droit de la concurrence sont d'ordre public : en conséquence, une juridiction étatique, saisie d'un recours en annulation d'une décision arbitrale, doit en prononcer l'annulation si la sentence méconnaît l'effet utile et la primauté du droit européen de la concurrence⁵.

Les arbitres ne peuvent pas prononcer des injonctions ou des amendes car ils ne peuvent pas porter atteinte aux compétences exclusives des autorités spécialisées, mais peuvent tirer les conséquences civiles d'une méconnaissance des règles de concurrence⁶.

Pour autant, le contrôle du juge sur la sentence arbitrale et notamment sur les aspects de concurrence est discuté. Il semble qu'il soit limité en matière d'arbitrage à une méconnaissance flagrante, effective et concrète du droit de la concurrence⁷.

d) Principe de collaboration et de subsidiarité de la Commission européenne

63. Collaboration entre autorités de concurrence et Commission. La répartition des compétences pour l'application du droit européen est infléchie par la règle de collaboration. La coopération entre autorités nationales et Commission avait fait l'objet d'une communication de la Commission en date du 15 octobre 1997. Le Règlement du 16 décembre 2002 conforte la collaboration entre autorités nationales et Commission.

1. M. Béhar-Touchais, « Arbitrage et ordre public européen », *Rev. aff. eur.* 2005, n° 2, p. 177 s. ; L. Idot, « Ordre public, concurrence et arbitrage : état de la rencontre », in *Ordre public, concurrence et arbitrage*, *Concurrences* n° 3-2006, p. 12.

2. Civ. 1^{re}, 20 févr. 2001, *Cubic Defense systems*, *Bull. civ. I*, n° 39, *Revue de l'arbitrage* 2001. 511, note T. Clay, *Rev. crit. DIP* 2002. 124, note Seraglini.

3. CJCE 23 mars 1982, *Nordsee c/ Rederei Mond*, aff. C-102/81, *Rec.* 1095.

4. L. Idot, « Ordre public, concurrence et arbitrage », *Concurrences* n° 3-2006, p. 12.

5. CJCE 1^{er} juin 1999, aff. C-126/97, *Eco Swiss*, *Revue de l'arbitrage* 1999. 631, note L. Idot : « les exigences tenant à l'efficacité de la procédure arbitrale justifient que le contrôle des sentences arbitrales revête un caractère limité et que l'annulation d'une sentence ne puisse être obtenue, ou la reconnaissance refusée, que dans des cas exceptionnels » (pt 35)... mais il est nécessaire « que des questions tenant à l'interprétation de l'interdiction édictée à l'article 81 puissent être examinées par les juridictions nationales appelées à se prononcer sur la validité d'une sentence arbitrale et puissent faire l'objet, le cas échéant, d'un renvoi préjudiciel devant la Cour » ; Paris, 18 nov. 2004, *Thales c/ Euromissile*, *RLC* févr.-avr. 2005, n° 2, p. 68, obs. Barbier de la Serre et Nourissat : « le recours à la clause d'éviction d'ordre public international de l'article 1502-5^o du NCPC n'est concevable que dans l'hypothèse où l'exécution de la sentence heurterait de manière inacceptable notre ordre juridique, l'atteinte devant constituer une violation manifeste d'une règle de droit considérée comme essentielle, ou d'un principe fondamental (tel l'art. 81 du Traité)... la violation de l'ordre public international au sens de l'article 1502-5 du NCPC doit être flagrante, effective et concrète... ».

6. Paris 19 mai 1993, *Labinal*, *Revue de l'arbitrage* 1993. 645, note Jarosson, *JDI* 1993. 957, note L. Idot, *RTD com.* 1993. 494, obs. E. Loquin et J.-C. Dubarry : « ils peuvent... tirer les conséquences civiles d'un comportement jugé illicite au regard des règles d'ordre public pouvant être directement appliquées aux relations des parties en cause, même si celles-ci ne sont pas toutes ensemble attirées à la procédure arbitrale ».

7. Civ. 1^{re}, 4 juin 2008, *Cytec c/ SNF*, *D.* 2008. 2566, note S. Bollée et L. d'Avout, *JCP* 2008. I. 164, note C. Seraglini, *Rev. arbitrage* 2008. 273, note I. Faldallah ; Paris 18 nov. 2004, *Thales*, préc.

Une procédure d'information est mise en place, avec notamment l'obligation d'information réciproque qui lie la Commission et les autorités nationales de concurrence.

La Commission peut publier un rapport sur les résultats d'enquête et communiquer copie des pièces les plus importantes recueillies au cours d'enquête. Dans l'hypothèse où l'autorité de concurrence envisage d'adopter une décision défavorable aux entreprises poursuivies, elle est obligée d'en informer la Commission avant toute décision. À l'égard des autres autorités de concurrence, la transmission est simplement facultative (art. 11, § 4). Cette obligation ou faculté d'information porte aussi sur les décisions ordonnant la cessation d'une infraction, celles acceptant des engagements ou retirant le bénéfice d'une exemption catégorielle¹.

Par ailleurs, sont prévues des mesures d'assistance en matière d'investigations : les autorités de concurrence peuvent effectuer des enquêtes à la demande de la Commission (C. com., art. 450-4). De même, une autorité de concurrence peut effectuer une enquête pour le compte d'une autre autorité de concurrence. À l'inverse, les pouvoirs d'enquête de la Commission européenne sont renforcés (art. 19 et 20, Règl. n° 1/2003).

Des échanges d'information sont aussi possibles. L'article 12 du Règlement n° 1/2003 prévoit que « la Commission et les autorités des États membres ont le pouvoir de se communiquer et d'utiliser comme moyen de preuve tout élément de fait ou de droit, y compris des informations confidentielles » – ce qui n'est pas sans risque.

64. Collaboration entre juridictions nationales et Commission et autorités nationales. La coopération entre juridictions nationales et Commission avait été consacrée par la jurisprudence *Delimitis*², suivie d'une communication de la Commission le 13 février 1993. Le Règlement de 2002 y consacre un article 15, § 1, autorisant les juridictions à demander à la Commission des informations ou des avis (art. 15).

L'article 15, § 2, oblige les États à communiquer copie des jugements faisant application des articles 81 et 82 (devenus art. 101 et 102 TFUE). Le Règlement n° 1/2003 est complété par une communication sur ce sujet³.

En droit interne, l'Autorité de la concurrence peut aussi être consultée pour avis par les juridictions sur l'application du droit interne et européen de la concurrence (C. com., art. L. 462-3). Cette procédure est exceptionnellement utilisée.

65. Amicus curiae. L'article 15 du Règlement n° 1/2003 prévoit que les autorités nationales ou la Commission peut intervenir à la demande des juges, en tant qu'*amicus curiae*, en respectant les exigences procédurales de chaque État (en France, la procédure est réglementée par l'article R. 470-3 du Code de commerce). L'article 15, § 3, autorise même la Commission ou les Autorités nationales de concurrence de soumettre spontanément des observations écrites aux juridictions ou orales (en ce dernier cas, il faut alors l'autorisation de la juridiction)⁴, même en appel dès lors qu'il n'apparaît pas que ces observations comportent un élément nouveau de nature à aggraver la culpabilité des parties ou leur condamnation⁵. S'il s'agit de la Commission, son intervention doit être justifiée par le souci d'une

1. Article 29 du Règlement n° 1/2003 du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du Traité.

2. CJCE 28 févr. 1991, aff. C-234/89, *Rec.* 1991.

3. Comm. sur la coopération entre la Commission et les juridictions nationales pour l'application des articles 81 et 82 du Traité 2004/C101/04 (*JOUE* n° 101/54 du 27 avr. 2004).

4. E. Claudel, « La procédure d'*amicus curiae* : bilan en demi-teinte de la pratique européenne et française », *Concurrences* n° 4-2012, p. 38 s.

5. Com. 31 janv. 2012, *RLC* 5/12, p. 479.

application cohérente des articles 81 et 82 (devenus art. 101 et 102 TFUE)¹. La difficulté tient en l'absence de cadre procédural pour régir ces interventions. Des auteurs ont pu écrire que « les magistrats de droit commun organisent comme ils l'entendent leurs relations avec la Commission »². La crainte est celle d'une mise sous tutelle des juridictions³, face à un « interventionnisme actif » de la Commission⁴.

En droit interne, ce pouvoir d'intervention a aussi été reconnu au ministre de l'Économie qui se voit reconnaître un droit de déposer des conclusions et de les développer à l'oral (C. com., art. L. 470-5).

66. Rôle éminent des autorités nationales de concurrence dans l'application du droit européen. Les autorités nationales ont donc un rôle essentiel dans la construction du marché européen puisqu'elles sont tenues d'appliquer le droit européen en cas d'affectation du marché européen.

Néanmoins, la Commission conserve un rôle directeur en donnant l'impulsion de la politique de la concurrence, en centralisant les informations, en ayant la possibilité de traiter elle-même les dossiers en dessaisissant les autorités de concurrence (art. 11-6, Règl.)⁵. Elle peut aussi, si l'intérêt public européen le requiert, adopter une décision constatant que les articles 81 et 82 (devenus art. 101 ou 102 TFUE) n'est pas applicable (art. 10, Règl.). Cette procédure est utile pour assurer une application cohérente et unifiée du droit, notamment à l'égard des nouveaux types d'accord ou pratique pour lesquels la jurisprudence et la pratique administrative sont inexistantes (Cons. 14, Règl.).

C. Sources internationales

67. Libre échange mondial⁶. Des institutions internationales visent à favoriser le libre-échange mondial. Seront brièvement citées l'Organisation mondiale du commerce (OMC), la CNUCED (Conférence des Nations unies sur le commerce et le développement) ou l'organisation de coopération et de développement économique (OCDE). Des accords peuvent être conclus au sein de ces institutions. Les travaux de l'OCDE exercent une influence non négligeable sur le développement du droit communautaire et, dans une moindre mesure, sur le droit interne⁷. En revanche, l'OMC peine à voir développer un droit mondial de la concurrence⁸.

1. Par ex. : CJCE 11 juin 2009, aff. C-429/07, *Inspecteur van de Balastingdienst*, CCC juill. 2009, comm. 60, obs. G. Decocq : la Commission peut intervenir à titre d'*amicus curiae* en produisant des obs. écrites devant une juridiction dans une procédure relative à la possibilité de déduire des bénéfices imposables le montant d'une amende.

2. J.-M. Meffre et C. Guet, « Modernisation du droit communautaire de la concurrence », *D.* 2005. Chron. 361 (les seules dispositions nationales seraient les articles 27, alinéa 2, 181, 232 du NCPC) ; v. E. Claudel, « La processualisation du droit de la concurrence », in *La modernisation du droit de la concurrence*, LGDJ, 2006, p. 285 s., spéc. p. 307 et 308.

3. F. Berrod, *La systématique des voies de droit communautaire*, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », Dalloz, 2004, n° 1079.

4. J.-M. Meffre et T. Lamy, « 1^{er} oct. 2004, entrée en vigueur du nouveau Règlement sur le contrôle des ententes », *D.* 2004. Chron. 1295.

5. J.-C. Zarka, « À propos du rôle prépondérant de la Commission dans la recherche des infractions aux règles de procédure », *D.* 2007. 1738.

6. L. Donnedieu de Vabres, « Vers un droit mondial de la concurrence ? », in *Mélanges Jeantet*, Lexis-Nexis, 2010, p. 141 s.

7. Par ex., malgré le rapport critique de l'OCDE sur la revente à perte, la France maintient sa réglementation.

8. La conférence de Cancun de 2003 fut un échec et la politique de concurrence a été exclue du cycle des négociations en 2004 ; v. C. Prieto, « Quelle concurrence face à la mondialisation économique ?

C'est sous l'égide du réseau international de concurrence (*International Competition Network*) que les rapprochements entre les droits de la concurrence peuvent être proposés.

Ce libre-échange n'est évidemment pas achevé. Des barrières douanières, des taxes, ou des quotas sont autant d'entraves. Le droit de la concurrence cherche à sanctionner les comportements des entreprises, voire les agissements des États, de nature à affecter le libre jeu de la concurrence.

68. Des accords bilatéraux ou multilatéraux de coopération sont conclus. Ainsi, un Espace économique européen (EEE) est créé avec les États membres de l'Union européenne et trois pays de l'Association européenne de libre-échange¹ (AELE). Les règles de libre circulation et de droit européen de la concurrence s'appliquent.

Des accords sont aussi conclus avec des États tiers à l'espace européen, notamment entre la Commission européenne et les USA². Néanmoins, des tensions subsistent en raison de l'applicabilité des droits de la concurrence à des comportements d'entreprises non sises sur leur territoire (v. ss 186). Un même comportement peut être sanctionné sur le fondement du droit européen et d'un autre droit, hors Union. La Cour de justice a considéré qu'il n'y a pas violation du principe *non bis in idem*, car la sanction prononcée par une institution non européenne (par exemple, américaine) n'a pas pris en considération les effets de l'infraction sur le marché européen³.

69. *Réseau international de concurrence*. Au sein de l'OCDE, un réseau de 80 autorités de concurrence a été créé (Réseau international de concurrence [RIC], qualifié en anglais d'*International Competition Network*).

§ 3. CARACTÈRES DU DROIT DE LA CONCURRENCE

Le droit de la concurrence est un droit économique (A), marqué, en France, par un interventionnisme (B). Les méthodes et objectifs du droit de la concurrence doivent être précisés (C).

A. Un droit économique

1° Liens entre droit et économie

70. *Des notions économiques et une interprétation économique du droit*⁴. Le droit de la concurrence est un droit économique. L'École de Chicago, avec notamment les travaux

L'Europe entre audace et ralliement », *Concurrences* n° 1-2005, p. 20 s., spéc. p. 28 : l'auteur relève que l'OMC a exclu la concurrence du cadre de ses travaux ; H. Gherari, « L'influence de l'organisation mondiale du commerce sur le droit de la concurrence (à travers les cas des États-Unis et du Mexique) », in G. Canivet (dir.), *La modernisation du droit de la concurrence*, LGDJ, 2006, p. 249.

1. Les trois pays sont l'Islande, le Liechtenstein, la Norvège.

2. M. Pallek, « L'avenir de la coopération euro-américaine dans le domaine de la concurrence », *Cah. dr. eur.* 2004. 95 ; par ex. : accord entre les USA et le Commission CE concernant l'application de leur droit de la concurrence du 23 septembre 1991 (*JOCE* n° L-95 du 27 avr. 1995 et *JOCE* n° L-131 du 18 juin 1998).

3. TPUE 18 mai 2006, T-397/03, *Archer Daniel Midlands*, CCC 2006, comm. 139, et nos obs.

4. Bibliographie récente : L. Sibony, *Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence*, LGDJ, coll. « Droit et économie », 2008 ; T. Fossier et F. Lévêque, « Le bien et le mal en

de Robert Coase¹, insiste sur les liens entre le droit et l'économie – même si la théorie économique du droit est contestée par des auteurs célèbres².

Le droit de la concurrence est fondé sur une analyse du marché. Les notions d'« influence déterminante » (dans le droit des concentrations) ou de bilan économique (dans le droit des concentrations et le droit des pratiques anticoncurrentielles) sont des concepts économiques.

Le droit de la concurrence est un droit au service d'une finalité économique. En conséquence, les autorités de contrôle donnent aux concepts un contenu économique, sans les identifier à des catégories juridiques préexistantes. Le droit de la concurrence ne s'attache pas à la forme juridique des auteurs de pratiques anticoncurrentielles. De même, dans le contrôle des concentrations, la forme juridique de l'opération de concentration est indifférente. La concentration ne s'apparente pas nécessairement aux restructurations d'entreprises au sens du droit des sociétés.

71. Influence de l'analyse économique (v. aussi ss 36). L'analyse économique se généralise en droit européen et en droit interne :

- dans le droit des pratiques anticoncurrentielles (par ex. : les nouveaux règlements UE d'exemption, qualifiés de règlements « nouvelles génération » car intégrant l'analyse économique, ou dans l'abus de position dominante) ;
- dans le droit européen du contrôle des concentrations ;
- dans le droit des aides d'état dont l'analyse est centrée sur la défaillance du marché.

72. Une analyse juridique en recul. La place du droit est en recul en droit de la concurrence – ce qui fait craindre pour la sécurité juridique³. Ainsi, les interdictions *per se*, en matière d'abus de position dominante, sont-elles critiquées. Les critères juridiques mis en place par les autorités de concurrence sont remis en cause. Par exemple, la notion de barrière à l'entrée, qui est un critère pour déterminer si la concentration peut entraîner un affaiblissement de la concurrence ou pour établir la position dominante est contestée par une fraction de la doctrine économique⁴.

73. La notion de pouvoir de marché. L'analyse des pratiques anticoncurrentielles est globale et dépend du pouvoir de marché⁵ de ou des entreprises poursuivies. Selon l'analyse économique, ce qui est contrôlé, c'est le pouvoir de marché. Le ou les entreprises n'ont pas un pouvoir de marché si l'entrée de concurrents potentiels est vraisemblable, suffisamment rapide et d'une importance telle qu'elle forcera le ou les entreprises qui se

droit économique », *Rev. Conc.* 27/2011, p. 99 ; « L'analyse économique : serviteur ou maître du droit de la concurrence », *Rev. conc. consom.* juill.-août 2003, p. 5 s., avec notamment l'article de L. Vogel, « Le juriste face à l'analyse économique », *ibid.* p. 7 s. ; E. Combe, « Économie et politique de la concurrence », *D.* 2005. 263 s. ; M.-A. Frison-Roche, « L'intérêt pour le système juridique de l'analyse économique du droit », *LPA* 19 mai 2005, p. 15 ; Th. Kirat, « L'ordre concurrentiel au sein de la science juridique : l'analyse économique du droit », in *Mélanges A. Pirovano*, éd. Frison-Roche, 2003, p. 339 s. ; notre article, « Logique économique et logique juridique », *CCC* 2005, étude 20.

1. R. Coase, *Law and Economics at Chicago*, ol. 36, n° 1. 1, Part 2, John M. Olin Centennial Conference in Law and Economics at the University of Chicago (Apr., 1993), p. 239-254, University of Chicago Press.

2. Par ex. : Robert P. Merges, *Justifying Intellectual Property*, 2012.

3. L. Boy, J.-B. Racine et F. Sirlainen, *Sécurité juridique et droit économique*, Larcier, 2008

4. F. Jenny, « Les barrières à l'entrée, un concept qui se lézarde », *RLC* n° 5, nov.-déc. 2005, p. 3.

5. C. Priéto, « Pouvoirs de marché et liberté des entreprises, les fondements de la politique de concurrence », *D.* 2006. 1603.

concentrent ou qui détiennent une part de marché à se comporter comme si elles étaient soumises à une concurrence effective. L'analyse des pratiques anticoncurrentielles est globale et ne repose plus sur une analyse statique des parts de marché (v. ss 163).

74. Analyse économique du droit. Le rôle de l'analyse économique n'est pas spécifique au droit de la concurrence. Cette théorie rayonne partout. Selon cette doctrine, les droits subjectifs doivent être attribués à ceux qui servent au mieux l'efficacité. Ainsi, en cas d'accident, c'est celui qui est le mieux placé pour prévenir l'accident au moindre coût qui sera responsable, quelles que soient les caractéristiques intrinsèques de son comportement. Le fondement de la responsabilité réside dans l'incitation des responsables potentiels à prévenir les dommages. Ces derniers doivent prendre en charge la réparation intégrale des préjudices qu'ils seraient susceptibles de causer¹. De même, le débiteur d'une obligation contractuelle doit pouvoir rompre le contrat en contrepartie d'un dédommagement².

2° Évolution des doctrines économiques

75. Critique de la théorie de la concurrence pure et parfaite. Le droit de la concurrence est évolutif car dépendant de l'évolution des structures de la société et des rapports de force entre l'industrie et le commerce. Destiné à promouvoir un progrès économique, le droit de la concurrence évolue avec les progrès de la science économique³.

Selon la théorie économique libérale du dix-huitième siècle d'Adam Smith, connue pour sa théorie de la « main invisible du marché », le marché, où se rencontrent l'offre et la demande, est dispensateur de bienfaits car il conduit à une optimisation des ressources grâce à laquelle les prix tendent à s'établir au niveau des coûts de production. Ainsi les consommateurs peuvent-ils obtenir les quantités souhaitées au prix le plus bas. Cette situation idyllique ne peut être obtenue qu'en situation de concurrence parfaite, ce qui suppose qu'il n'y ait pas d'entreprise en position de monopole ou même d'oligopole (atomicité du marché), que l'accès au marché soit libre et que le marché soit transparent pour que chaque acteur économique puisse réagir de la même manière et dans les mêmes délais que ses concurrents. La théorie de la concurrence pure et parfaite cherche à prévenir ou neutraliser toutes les situations de domination économique.

Cette analyse fut renouvelée à la fin du XIX^e siècle par L. Walras⁴ ; la théorie walrasienne repose sur le postulat que sur les marchés règne une concurrence parfaite.

Ce système abstrait refuse de tenir compte de la personnalité de chaque entreprise et ignore les données techniques, telles l'amélioration ou l'innovation : l'optimum est réalisé par le seul jeu des forces impersonnelles du marché. Or, une entreprise peut exercer une influence plus grande que les autres sur les prix. La théorie de la concurrence pure et parfaite « signifie l'absence de toute activité concurrentielle » selon le mot de F.-A. Hayek. Aussi les doctrines modernes ont-elles tenté d'une part de démontrer que la situation de concurrence parfaite est une vue de l'esprit (a) et d'autre part ont défini les conditions pour assurer une liberté de la concurrence (b).

1. *Droit et économie des contrats*, LGDJ, 2008 ; G. Maitre, préf. Muir Watt, *La responsabilité civile à l'épreuve de l'analyse économique du droit*, LGDJ, 2005.

2. L. Vogel, « Le juriste face à l'analyse économique », *Rev. conc. consom.* juill-août 2003, *op. cit.*, p. 7 s., spéc. p. 11 ; R. Coase, « The problem of social cost », *Journal of Law and Economics*, vol. 3, art. 1960, p. 1.

3. J. Tirole, *Théorie de l'organisation industrielle*, t. II, Economica, 1995, Gould et Ferguson, *Théorie de micro-économie*, Economica, 1988 ; « Analyse économique : serviteur ou maître du droit de la concurrence », Ateliers 2001-2003, *Rev. conc. consom.*

4. L. Walras, *Les éléments d'économie politique pure*, 1874.

a) Les critiques de la théorie de la concurrence pure et parfaite

76. Selon la doctrine moderne, la concurrence doit conduire à la fixation d'un prix égal au coût moyen minimum de production dans chaque entreprise. La théorie de la maximisation des profits est abandonnée. En outre, la doctrine moderne a démontré que la théorie de la concurrence pure et parfaite (selon laquelle les vendeurs sont si nombreux pour un produit donné que la quantité offerte par chacun d'eux n'exerce aucune influence sur les prix) est une vue de l'esprit.

La situation normale est celle de *concurrence imparfaite*, qualifiée aussi de « concurrence monopolistique ». Ce type de concurrence se caractérise par un marché sur lequel les consommateurs ne s'adressent pas nécessairement, pour un produit donné, à ceux des vendeurs qui offrent le prix le plus bas. La théorie de la « concurrence imparfaite » ou de la « concurrence monopolistique » a été élaborée par les Américains E. Chamberlin¹ et J. Robinson².

E. Chamberlain a ainsi contesté le postulat selon lequel le prix est formé par la simple rencontre de l'offre et la demande en développant une théorie de la différenciation. Les acheteurs ont une base de préférence et rencontrent les vendeurs non au hasard mais suivant le *prix* (mais il a peu d'importance lorsque les produits, par leur hétérogénéité, sont de moins en moins comparables) et surtout suivant des *préférences* (innovations, originalités du produit ou de la vente). Certaines caractéristiques sont dépourvues d'efficacité sur la clientèle car elles sont banales. Le pouvoir d'attraction d'une entreprise est toujours menacé par l'apparition d'un produit différencié. Le fabricant attractif tend alors à écarter ses concurrents. Les entreprises, fussent-elles monopolistiques, vivent toujours sous la menace de leurs concurrents, qui, attirés par des profits substantiels, peuvent les évincer. Le marché tend à devenir concurrentiel (théorie de la « concurrence monopolistique »).

J. Schumpeter a insisté sur l'étude des crises cycliques liées à une évolution « par grappe », c'est-à-dire par à-coups et a démontré que l'essentiel dans la concurrence tient en l'entrée sur le marché³. Car une entreprise ne conserve pas longtemps son monopole grâce à la lutte des autres concurrents.

Par ailleurs, selon la théorie de la concurrence pure et parfaite, la concurrence ne peut jouer qu'en présence d'un marché *atomisé, transparent, et sans restriction de concurrence à l'entrée* (libre d'accès). La doctrine moderne a montré que dès lors qu'existe une réelle liberté de choix des demandeurs, ces trois conditions ne sont pas nécessaires. Même la condition de diversité de l'offre n'est pas essentielle. En effet, la multiplicité des offreurs n'est pas une condition *sine qua non* de la concurrence : par exemple, si le produit est nouveau, le marché est nécessairement monopolistique à l'origine et concurrentiel puisqu'un nouveau produit est lancé sur le marché. Une situation de concurrence n'est donc pas nécessairement liée à l'existence d'un nombre important d'offreurs. Aussi longtemps que l'entrée sur un marché demeure possible, celui-ci sera concurrentiel.

b) les conditions d'une concurrence libre

Les doctrines modernes, influencées par des considérations politiques, ont défini les conditions de la concurrence⁴.

1. E. Chamberlin, *The Theory of monopolistic competition*, New York, 1933.

2. J. Robinson, *The Economics of imperfect competition*, Londres, 1933.

3. J. Schumpeter, *Capitalisme, socialisme et démocratie*, Payot.

4. V. les développements d'E. Combe, *Économie et politique de la concurrence*, Dalloz, 2005, p. 41 s.

77. *École structuraliste de Harvard*. Aux États-Unis, pendant les années 1950-1980, le droit fut influencé par la théorie « structuraliste » de l'École de Harvard, méfiante envers les regroupements et concentrations d'entreprises. Cette école est liée à une branche de l'économie, dite de l'« économie industrielle »¹. Selon cette théorie, le bon fonctionnement du marché dépend des structures de la concurrence et l'objectif du droit de la concurrence est de combattre les comportements susceptibles de réduire le niveau de concurrence. Cette méfiance envers les regroupements d'entreprises ou toute concentration de marché a conduit à un renforcement de la politique de concurrence.

78. *École comportementale de Chicago*. Le droit de la concurrence a pour objectif l'efficacité économique. Cette école est moins méfiante à l'égard des regroupements d'entreprise et des entreprises dominantes, car ils peuvent conduire à des économies d'échelle et de l'amélioration des produits. Devant les excès d'une application simpliste du droit antitrust, l'école de Chicago a défendu le recours à l'analyse économique pour diminuer l'impact des interdictions *per se*. Les autorités de concurrence ne doivent pas se préoccuper des structures de marché mais des comportements économiquement inefficients.

79. *Les conditions d'un marché concurrentiel (« contestable »)*. L'École de Chicago défend une théorie des « marchés contestables ». Le seul but du droit antitrust est de combattre les comportements qui, à un moment donné, portent atteinte à la libre fixation des prix et à l'« objectif d'efficacité »². Les juristes Richard Posner et Robert Bork³ et l'économiste G. Stigler sont des grands noms de cette approche libérale. Les monopoles ou positions dominantes, non seulement, ne sont pas *a priori* néfastes pour l'économie, mais bien au contraire, ils démontrent une efficacité et stimulent la concurrence. Sous l'influence d'auteurs américains, Baumol, Panzar et Willig⁴, dont l'autorité est considérable, la doctrine contemporaine considère que l'intensité de la concurrence ne dépend pas nécessairement du nombre d'opérateurs. Cette doctrine a élaboré la théorie des « marchés contestables », ce qui suppose que :

1° chaque offreur prend individuellement ses décisions stratégiques ;

2° chaque offreur est dans l'incertitude quant aux décisions stratégiques des autres offreurs. On a pu parler de l'« économie de l'inquiétude »⁵, qui permet de combattre les rentes de situation et les perspectives d'une économie équilibrée et stabilisée, uniforme pour tous les concurrents ;

3° l'entrée sur le marché est libre et n'exige pas par exemple des investissements trop élevés (notamment par des dépenses de publicité). L'entrée sur un marché est difficile lorsque celui-ci est en phase de maturité, que les coûts d'entrée sont très élevés et qu'il existe des surcapacités de production ;

4° la sortie du marché ou le changement de partenaire économique est libre, c'est-à-dire peu coûteuse. Car il serait trop risqué de pénétrer sur un marché si, en cas d'échec, le

1. P. Médan et T. Warin, *Économie industrielle, Une perspective européenne*, Dunod, coll. « Manuel », 2000, p. 93 ; E. Combe, p. 41 s.

2. D. J. Gerber, « Les doctrines européenne et américaine du droit de la concurrence », in *La modernisation du droit de la concurrence*, dir. G. Canivet, LGDJ, 2006, p. 107 s., spéc. p. 111, *in fine*, et 112.

3. R. Posner, *Antitrust Law*, Chicago university Press, 2^e éd., 2001. Cet auteur est un ardent défenseur de l'analyse économique du droit.

4. W. J. Baumol, J.-C. Panzar et R. D. Willig, *Contestable markets and the theory of industry structure*, 1982, New York, Harcourt, Brace, Jovarovitch éd.

5. F. Bloch-Lainé, *À la recherche d'une économie concertée*, 3^e éd., éd. de l'Épargne, 1964, p. 17.

coût de sortie était très élevé. Doivent être condamnées des pratiques qui tendent à créer des barrières artificielles à l'entrée ou à rendre des coûts de sortie très élevés.

80. Un interventionnisme minimal. L'École de Chicago est généralement associée au conséquentialisme, mouvement philosophique à partir duquel on peut en déduire que la concurrence a pour seul objectif l'efficacité économique (*Economic efficiency*). Une plus grande confiance est accordée au marché pour assurer le bien-être global. Le marché est capable de corriger ses imperfections. Les autorités de concurrence doivent privilégier la poursuite de comportements inefficients et ne pas agir sur les structures. Une politique de concurrence minimaliste est recommandée qui a marqué les années Reagan (a été influencé par Milton Friedman)- ce qui ne signifie pas un retour à la main libre du marché d'Adam Smith et une auto-régulation, mais un marché libre de toute intervention publique.

c) Évolution

81. Les extrêmes. La théorie néo-libérale connaît d'un côté des extrémistes, les « libertaires » qui, en marge de l'École de Chicago, sont favorables à un libéralisme intégral¹. Leur pensée s'inspire de l'économiste autrichien, prix Nobel d'économie en 1974, F.A. von Hayek². À une réglementation étatique est préférée une réglementation naturelle par le marché. Aux USA, une critique radicale à tout interventionnisme de l'État a été développée par un mouvement qualifié d'« école des choix publics » lié à l'Université G. Mason de Virginie (J. Buchanan, G. Tullock).

D'un autre côté, se développe une doctrine favorable à un retour de l'État. Cette doctrine préconise l'édiction de règles destinées à lutter contre ce que l'on appelle parfois « la myopie du marché ». Ces règles étatiques et para-étatiques (relevant des autorités spécialisées) sont destinées à concilier les exigences du marché, de l'intérêt général et des services publics³.

82. Le renouvellement de l'école de Chicago. Le systématisme de l'analyse structurale de l'école de Harvard ou de l'analyse économique de l'école de Chicago est contesté. Depuis les années 1990, l'École de Chicago est critiquée et de nouveaux mouvements de pensées sont proposés, qualifiés de « post-Chicago »⁴, de « néo-Chicago »⁵, ou d'école des comportements⁶, tandis que des rapprochements entre les écoles de Harvard et de Chicago sont envisagés⁷. Une étude des comportements, fondée notamment sur la

1. Par ex. : G. Sorman, *La révolution conservatrice* (1983), *La solution libérale* (1984), *L'État minimum* (1985), Fayard.

2. Hayek, *Droit, législation et liberté*, 3 tomes, 1980-1983, PUF.

3. Parmi une doctrine abondante ; J. Dutheil de la Rochère, « Concurrence et activités d'intérêt général dans l'Union européenne », in *Mélanges C. Larroumet*, 2010 ; S. Braconnier, « La régulation des services publics », *RFDA* 2001. 43 ; G. Clamour, *Intérêt général et concurrence. Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », Dalloz, 2006 (dir. J.-L. Autin) ; « L'ordre concurrentiel », in *Mélanges A. Pirovano*, Frison-Roche, 2003.

4. ex : Jonathan B. Baker, « A Preface to Post-Chicago Antitrust », in Roger van den Bergh, Roberto Pardolesi and Antonio Cucinotta, eds., *Post Chicago Developments in Antitrust Analysis*, 2002, p. 60-75.

5. Daniel A. Crane, « Chicago, Post-Chicago, and Neo-Chicago school », 76 *Chl. L. Rev.* 1911 (2009).

6. D. Wright & Judd E. Stone, "Misbehavioral Economics : the case against behavioral Antitrust", 33 *Cardozo L. Rev.* 1517 (2012).

7. S. Weber Waller, « The law and Economics virus », *Cardozo L. Rev.* 367, 2009-2010, p. 366-403, sp. p. 386 ; William E. Kovacic, "The intellectual DNA of Modern US. Competition Law for dominant Firm conduct ; The Chicago/Harvard Double Helix", 2007 *Colum. BUS. L. Rev.* 1.

théorie des jeux et de l'information, insiste sur la stratégie des entreprises¹. Cette analyse s'inscrit dans une « nouvelle économie industrielle »².

D'autres auteurs insistent sur la nécessité pour le droit de la concurrence d'améliorer la productivité de l'économie³ ; l'hypothèse d'agents économiques rationnels est critiquée, car les comportements peuvent être irrationnels, et influencés par des facteurs psychologiques et sociologiques⁴. Une étude des comportements, fondée notamment sur la théorie des jeux et de l'information, insiste sur la stratégie des entreprises. Cette analyse s'inscrit dans une « nouvelle économie industrielle »⁵.

83. Les autorités européennes de concurrence, influencées par l'école de Chicago, insistent sur la nécessité d'efficacité économique. L'analyse économique progresse en Europe aussi bien en droit des ententes avec les Règlements nouvelles génération (v. ss 592) que dans l'abus de position dominante avec la théorie des effets et des *efficiencies* ou encore dans le contrôle des concentrations.

Mais, en lien avec le renouvellement de l'école de Chicago, des préoccupations nouvelles apparaissent, susceptibles de limiter l'extension du droit de la concurrence. Il en est ainsi de la protection de l'environnement et des ressources naturelles rares, avec le souci d'un développement durable⁶. La protection du consommateur est mise en avant.

Il est, néanmoins, des résistances aux analyses américaines et des divergences d'analyse dans des dossiers industriels importants, tels l'affaire Microsoft ou le projet de fusion non autorisé par les autorités européennes entre General Electric et Honeywell.

B. L'interventionnisme français

84. Le droit contemporain est pris dans ses contradictions. Il porte un culte au Marché. Mais, les communications, lignes directrices et règlements se multiplient au sein des instances européennes. En France, la tempête législative conforte le pouvoir de l'administration. Le Marché ne se régule pas de lui-même. La Lurel du 20 novembre 2012 relative à la régulation économique outre-mer est un modèle d'interventionnisme économique.

85. Droit d'intervention. Le ministre de l'Économie se voit reconnaître un pouvoir d'intervention grandissant de réforme en réforme. Il dispose, depuis l'ordonnance de 1986, d'un pouvoir d'intervention : « pour l'application du présent livre, le ministre chargé de l'Économie... peut, devant les juridictions civiles ou pénales, déposer des conclusions et les développer oralement à l'audience. Il peut également produire les procès-verbaux et les rapports d'enquête » (C. com., art. L. 470-5).

86. Droit d'action. Le ministre dispose aussi d'un droit d'action quand sont en cause certaines pratiques restrictives de concurrence, celles relevant de l'article L. 442-6 du

1. Des comportements stratégiques non coopératifs ou coopératifs sont anticoncurrentiels (par ex. : prédation par les prix ou par les coûts ; v. N. Petit, *Droit européen de la concurrence*, Domat-Monchrestien, n° 313 s.).

2. M. Glais, *Économie industrielle, Les stratégies concurrentielles des firmes*, Litec, 1992.

3. M. E. Porter, « Competition and Antitrust : towards a productivity – based approach... », in *Perspectives on Fundamental Theory 125-79 (ABA Section of Antitrust law, 2001)*.

4. Par ex. : *Behavior law and Economics (Cass Sunstein éd. 2000)*.

5. M. Glais, *Économie industrielle. Les stratégies concurrentielles des firmes*, Litec, 1992.

6. P. Thieffry, « Les comportements visant à la protection de l'environnement en droit de la concurrence », *Cah. dr. entr.* sept-oct. 2006/5, n° 36, p. 42 s. ; G. Parléani, « Marché et environnement », *Dr. envir.* mars 2005, p. 52.

Code de commerce. Sans entrer dans les détails, on soulignera que la loi du 15 mai 2001 a accru les pouvoirs du ministre en lui conférant la possibilité d'agir en nullité d'une pratique prohibée par l'article L. 442-6, d'obtenir la restitution des sommes illicites et le paiement d'une amende. Sur le terrain des pratiques anticoncurrentielles, la loi du 4 août 2008 confie au ministre de l'Économie un pouvoir d'injonction à l'égard des micro-pratiques anticoncurrentielles (C. com., art. L. 464-9).

87. Par ailleurs, au nom de la défense de l'ordre public, les règles de procédure civile sont écartées : la loi de simplification du droit du 9 décembre 2004 prévoit que « le ministre peut, dans tous les cas, former un pourvoi en cassation contre l'arrêt de la cour d'appel de Paris » (C. com., art. L. 464-8, *in fine*). Il n'est donc pas nécessaire que le ministre ait été partie à l'instance devant la cour d'appel.

C. Méthodes et objectifs

1° Méthodes

88. *Un droit de la concurrence ou droit de la régulation ?* La régulation¹ d'un secteur économique est un mode d'intervention *a priori*, qui procède de modes plus coercitifs (déconcentration, licence forcée, cession d'actifs, séparation des fonctions, comptabilité séparée...), grâce à des organismes créés *ad hoc afin d'ouvrir à la concurrence des marchés réglementés*. Ces secteurs d'intervention sont généralement les anciens monopoles « naturels »² (énergie, transport, banque) ou de nouveaux secteurs (audiovisuel, télécommunications). Par exemple, le secteur de l'énergie a été progressivement libéralisé, sous l'autorité de la Commission de régulation de l'énergie (CRE). Le secteur des télécommunications est régulé par l'Autorité de régulation des télécommunications (ART) créée en 1996, transformée par la loi du 20 mai 2005 en Autorité de régulation des communications électroniques et de la Poste (ARCEP)... La libéralisation des économies a conduit à l'apparition de nouvelles autorités administratives indépendantes – ce qui conduit à des conflits de compétence entre autorités³.

Le droit de la concurrence, traditionnellement appliqué *ex post (a posteriori)*, sauf en matière de contrôle des concentrations ou d'aides d'État, use, de plus en plus, de modes coercitifs qui relèvent de la régulation. Ainsi, la théorie des facilités essentielles peut-elle conduire à une licence forcée ; les engagements souscrits en cas d'entente ou de contrôle

1. Parmi une immense bibliographie : M. Delmas-Marty, « Les nouveaux lieux et les nouvelles formes de la régulation des conflits », in J. Clam et G. Martin (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, 1998 ; P. Idoux, « La spécificité du contentieux de la régulation économique en question(s) », *RLC* oct.-déc. 2009, p. 50 ; L. Boy, « Le droit de la concurrence : régulation et/ou contrôle des restrictions de concurrence », *JCP* 2004. I. 166, et « Réflexions sur le droit de la régulation », *D.* 2001. 3031 ; M.-A. Frison-Roche, « Le droit de la régulation », *D. Affaires* 2001. 610, et « Les risques de la régulation », in *Droit et économie de la régulation*, vol. 3, Presses de Sciences Po-Daloz, 2005, p. 58 ; « La régulation, nouveaux modes ? Nouveaux territoires ? », *RF adm. publ.* n° 109, 2004 ; M.-A. Frison-Roche et L. Cohen-Tanugi (dir.), « La régulation : monisme ou pluralisme ? Équilibres dans le secteur des services publics concurrentiels », Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, colloque du 25 mars 1998, *LPA* 1998, n° 82, p. 3 s.

2. J.-L. Levet, *L'économie industrielle en évolution. Les faits face aux théories*, Economica, 2004, spéc. p. 94 s. ; M. Daidovici-Nora, « Monopole naturel, réglementation et déréglementation », in *L'économie industrielle des stratégies d'entreprises*, Montchrestien, 2^e éd., 2000.

3. M. Medjah, *Les rapports entre autorités de régulation*, L'Harmattan, 2013.

des concentrations peuvent être de nature structurelle. L'Autorité de la concurrence dispose, en cas d'abus de position dominante, de moyens coercitifs qui régulent la structure de la concurrence sur le marché de la distribution alimentaire ou de l'outre-mer. Les avis de l'Autorité de la concurrence remodelent le visage concurrentiel de pans entiers de l'économie, etc.

Le contrôle de la concurrence s'oriente de plus en plus vers une régulation des marchés. Inversement, le droit de la régulation a pour objectif d'établir puis préserver la concurrence. Des liens se tissent entre entités compétentes. L'autorité de la concurrence affirme sa compétence même dans les secteurs soumis à une réglementation sectorielle, en s'appuyant parfois sur les avis de l'autorité sectorielle¹. On peut craindre le retour d'une économie dirigée.

2° Objectifs

89. Le droit européen de la concurrence a une double mission : assurer l'ouverture des marchés en vue de la constitution d'un marché unique européen et veiller au bon fonctionnement des marchés.

Le droit interne de la concurrence veille également au bon fonctionnement du marché. En revanche, théoriquement, l'ouverture des marchés en vue d'un espace européen devrait ne pas relever de sa mission. Cependant, la jurisprudence interne est très influencée par la jurisprudence européenne et intègre donc des préoccupations qui ne devraient relever que du droit européen – ainsi s'explique la jurisprudence qui condamne les clauses interdisant toute rétrocession entre distributeurs d'un même réseau ou paralysant les importations. En outre, le bon fonctionnement du marché suppose que l'entrée et la sortie d'un marché soient libres. Les deux objectifs, bon fonctionnement du marché et maintien des structures concurrentielles, sont liés.

Le droit interne de la concurrence est plus vaste puisqu'il intègre les règles de concurrence déloyale et celles relatives à la protection du concurrent. Il va au-delà de la seule protection du marché.

Deux principes gouvernent le droit de la concurrence : la liberté du commerce et de l'industrie auquel répond le souci de protéger les concurrents (Titre 2) ; le principe de libre concurrence auquel répond le souci de protéger le marché (Titre 3). Préalablement, une étude de la liberté de la concurrence s'impose puisqu'elle constitue le fondement du droit de la concurrence (Titre 1).

1. Par ex. : Cons. conc. n° 05-D-59, pratiques mises en œuvre par France Telecom et internet à haut débit (condamne France Telecom pour abus de position dominante).

Titre 1

Liberté de la concurrence

90. L'Union adopte les mesures destinées à établir ou assurer le fonctionnement du marché intérieur (art. 26 TFUE) justifiant la réglementation européenne de concurrence. L'article L. 410-2 alinéa 1^{er} du Code de commerce consacre la liberté de la concurrence en insistant sur son corollaire, la liberté des prix : « sauf dans les cas où la loi en dispose autrement, les prix des biens, produits et services relevant antérieurement au 1^{er} janvier 1987 de l'ordonnance du 30 juin 1945 sont librement déterminés par le jeu de la concurrence ».

La liberté de la concurrence signifie que toute personne est libre d'exercer une activité économique, sous réserve de respecter les exigences du statut du commerçant ou plus généralement les lois de police économique. Cette liberté d'exercice est expressément consacrée en France dès la Révolution, par la loi du 2 et 17 mars 1791, dénommée décret d'Allarde, et dans l'Union européenne par les règles européennes de concurrence veillant au fonctionnement concurrentiel des marchés. Le libéralisme encadre toute action économique (Sous-titre 2), même celle émanant des autorités publiques (Sous-titre 1).

La soumission de l'État aux lois de la concurrence

91. La mise en œuvre du principe de liberté de la concurrence est délicate quand est en cause l'État (*lato sensu*, c'est-à-dire l'État et ses émanations, collectivités et établissements publics, entreprises publiques ou même entreprises privées chargées d'une mission de service public). La première difficulté est de déterminer si l'État peut exercer une activité concurrentielle de celle des entreprises privées (Chapitre 1). La seconde difficulté est de savoir dans quelle mesure l'État, autorités publiques et personnes publiques, peut être assujéti aux règles de concurrence (Chapitre 2). La troisième difficulté est liée aux monopoles légaux : l'État peut-il accorder un monopole à une entreprise (publique ou privée) en excluant ainsi toute concurrence ? (Chapitre 3).

Intervention concurrentielle de l'État

92. La liberté de la concurrence s'interprétait naguère comme imposant une non-concurrence entre le secteur public et le secteur privé. Le Conseil d'État, par un arrêt célèbre, a affirmé que « la loi du 2 mars 1791 implique la liberté d'exercer une activité professionnelle et celle de l'exercer dans un système de libre concurrence, ce qui exclut que toute personne publique puisse en fausser les règles par sa participation directe »¹.

93. *Création de services publics.* Le principe est que l'État ne peut concurrencer des activités économiques exercées par des entreprises privées. En conséquence, les établissements publics et organismes assimilés, qu'ils soient administratifs ou industriels et commercial, sont soumis au principe de spécialité par rapport à leur objet statutaire, même si des assouplissements ont été admis par les juridictions administratives².

Les collectivités locales ont cependant le pouvoir de créer des services publics destinés à satisfaire aux besoins de la population, lesquels peuvent alors concurrencer l'initiative privée.

En 1930, l'immixtion des collectivités publiques restait exceptionnelle : les activités industrielles « restent en règle générale réservées à l'initiative privée » sauf « en raison de circonstances particulières de temps et de lieu, un intérêt public justifie leur intervention en cette matière »³. La jurisprudence, au début du XX^e siècle, protectrice de l'initiative privée, a depuis lors assoupli ses exigences, permettant une intervention plus grande des collectivités locales dans le domaine économique – qualifiée de « socialisme municipal ». Cet interventionnisme « local » a été confirmé par le législateur lors des lois de décentralisation⁴. Les personnes publiques peuvent, outre leur mission de service public, prendre en charge une activité économique, dans le respect de la liberté du commerce et de l'industrie. Pour intervenir sur un marché, elles doivent, non seulement agir dans la limite de leurs compétences, mais également justifier d'un intérêt public, lequel peut résulter :

1° notamment de la carence de l'initiative privée⁵. A été admise la création d'un théâtre municipal, d'une boucherie, d'un café (où est l'intérêt public ?) ou de télé-assistance⁶.

2° La jurisprudence admet également la légalité des activités industrielles ou commerciales des collectivités locales quand ces activités sont rattachables à des attributions légales de la collectivité. Par exemple, une piscine municipale peut être créée car la commune a une mission de police de l'hygiène.

1. CE 6 mars 1914, *Syndicat de la boucherie*, *Lebon* 1914. 308.

2. CE 1^{er} avr. 1998, *UHP et FIEHP (deux arrêts)*, *RFDA* 1998. 970.

3. CE 30 mai 1930, *Chbre synd. du commerce en détail de Nevers*, *RD publ.* 1930. 530.

4. L. du 2 mars 1982, art. 5, codifié au CGCT, art. L. 2251-1.

5. CE, ass., 31 mai 2006, *Ordre avocats au barreau Paris*, *AJDA* 2006. 1592.

6. CE 3 mars 2010, *St Corrèze*, *CCC* 2010, comm. 134, obs. C. Prebissy-Schnall.

3° Les collectivités publiques, quand elles restent en milieu fermé, ont le droit de satisfaire par leurs propres moyens aux besoins de leurs services¹. En réalité, la légalité de ces initiatives locales est rarement contestée et exceptionnellement récusée par le juge administratif. Cependant il lui arrive d'annuler une décision d'un conseil municipal créant une société d'économie mixte qui ne répondait pas à une activité d'intérêt général².

4° Une activité économique peut être justifiée « tant en vue d'assurer l'équilibre financier de la régie que dans l'intérêt de la population »³, ou par l'amélioration des prestations fournies aux usagers⁴.

94. Évolution des rapports entre le secteur public et le secteur privé. À partir des années soixante-dix, on constate une double évolution. D'une part, à l'interdiction de concurrence s'est substituée celle de fausser le jeu de la concurrence. L'intervention du secteur public dans la vie économique est acceptée – sans pour autant conduire à une banalisation de l'intervention de l'intervention publique en matière économique⁵. L'intervention de la personne publique en matière économique est doublement limitée par le principe de spécialité et par la condition d'intérêt général justifiant l'intervention publique. Ainsi, le Conseil d'État a-t-il jugé que « le principe de liberté du commerce et de l'industrie ne fait pas obstacle, par lui-même, à ce qu'un établissement public se porte candidat à l'obtention d'une délégation de service public »⁶ ou à l'attribution d'un marché public⁷. Le droit français de l'intervention économique a désormais pour fondement un principe d'égalité de concurrence entre les opérateurs privés et publics⁸. La position du Conseil d'État rejoint celle du Conseil de la concurrence (devenu l'Autorité de la concurrence) qui considère que « le bon fonctionnement de la concurrence n'implique pas nécessairement que tous les opérateurs se trouvent dans des conditions d'exploitation identiques »⁹. Les conditions particulières dont jouit le secteur public ne sont pas forcément sources de distorsion de concurrence. Il a ainsi été décidé que le droit du travail et de la sécurité sociale applicable aux agents publics ne représente *a priori* ni un avantage ni un handicap pour les organisations employant des agents, en terme de concurrence par rapport aux entreprises privées¹⁰.

Ces solutions rejoignent la position du droit européen attaché au principe de neutralité à l'égard de la propriété privée ou publique (art. 106 TFUE).

D'autre part, on constate une tendance de plus en plus marquée des autorités de concurrence et des juridictions à exiger des personnes publiques qu'elles se soumettent aux lois du marché.

1. CE 29 avr. 1970, *Unipain, Lebon* 1970. 280.

2. Par ex. : CE 10 oct. 1994, *AJDA* 1994. 237, note Bizet et Devès.

3. CE 4 juin 1954, *Dame Berhod, Rec.* 335 ; CE, 23 mai 2003, *Cité des communes Artois-Lys, Dr. adm.* 2003, comm. 208, obs. M. Lombard.

4. CE 23 juin 1933, *Planche, Rec.* 1933. 682.

5. Rapport CE pour 2002, p. 264 (insiste sur le respect du principe de liberté du commerce et de l'industrie – l'offre privée doit être insuffisante pour justifier l'intervention publique).

6. CE 16 oct. 2000, *Cnie méditerranéenne d'exploitation des services d'eau, AJDA* 20 déc. 2000, p. 1066 ; v. Y. Laidié, « La concurrence entre établissements publics et opérateurs privés dans l'accès aux contrats publics », *Dr. adm.* avr. 2001, p. 1 s.

7. CE 16 oct. 2000, *Cnie méditerranéenne d'exploitation des services d'eau, préc.*

8. C. Bergeal, « Commissaire du gouvernement », *RFDA* 2001. 109, sous CE 16 oct. 2000, *CMESE* ; E. Delacour, « La concurrence des personnes publiques aux entreprises privées. Principe et règles applicables en droit français », *Gaz. Pal.* 1997. Doctr. 1007.

9. Avis, Cons. conc. n° 99-A-21 du 8 déc. 1999 (*BOCC* 31 mars 2000).

10. Avis, Cons. conc. n° 96-A-12, *Rapp.* 1996, n° 110, p. 484 ; Avis, Cons. const. n° 96-A-10 du 25 juin 1996 (*BOCC* 3 sept. 1996, p. 444).

Application des règles de concurrence aux autorités et personnes publiques

95. *Le droit de la concurrence est impérialiste.* Il s'applique même à l'activité régaliennne résultant d'une autorité publique (Section 1). Il régit toute activité économique, même émanant d'une personne publique (Section 2). Le droit interne connaît une spécificité en raison de la dualité des juridictions de droit privé et de droit public. À la question de fond tenant en l'applicabilité des règles de concurrence s'ajoute un problème de compétence (Section 3).

Section 1

Activités régaliennes

96. *Effet utile du droit européen.* L'édition de lois ou de règlements n'est pas une activité économique. Elle traduit l'exercice de prérogative de puissance publique. Il en est ainsi même lorsque l'autorité publique met en place une réglementation de nature économique, comme l'imposition d'un prix pour un produit ou service.

Pour autant, toute réglementation, qu'il s'agisse d'une loi, d'un décret ou d'un acte administratif, peut être contrôlée par les autorités de concurrence si elle porte atteinte à l'effectivité du droit européen (son effet utile). La jurisprudence a toujours admis qu'une réglementation puisse être censurée si elle porte atteinte au principe de libre circulation des marchandises. Elle a été plus loin avec l'arrêt *GB/Inno* de 1977¹ en énonçant la règle suivante : « malgré le fait que les articles 85 et 86 ne visent que les comportements des entreprises (devenus art. 101 et 102 TFUE), il n'est pas moins vrai aussi que le Traité impose aux États membres de ne pas prendre ou maintenir en vigueur des mesures susceptibles d'éliminer l'effet utile... » de ces dispositions. La Cour de justice conclut que « les États membres ne sauraient édicter des mesures permettant aux entreprises privées de se soustraire aux contraintes imposées par les articles 85 à 94 du Traité ».

La solution affirmée, en son principe, dans les arrêts *GB/Inno* de 1977 et *Leclerc* à propos de réglementations fixant un prix minimal de revente (par ex. : prix du carburant ou des livres²), a été reprise dans des arrêts postérieurs, notamment dans les arrêts

1. CJCE 16 nov. 1977, aff. 13/77, *Rec.* 2115.

2. CJCE 10 janv. 1985, *Leclerc*, aff. 229/83, *Rec.* I-38 (réglementation sur le prix du livre) ; CJCE 29 janv. 1985, *Leclerc*, aff. 231/83, *Rec.* 305 (réglementation sur le prix du carburant).

Meng-Ohra-Reiff du 27 novembre 1993¹ pour l'article 101 TFUE, et étendue à l'article 102 TFUE (sur l'abus automatique, v. ss 116).

L'Autorité de la concurrence s'aligne sur la position du droit européen².

97. Conséquences d'une violation de l'effet utile des règles de concurrence. Les États ne doivent pas prendre ou maintenir des mesures législatives ou réglementaires susceptibles de porter atteinte à l'effet utile des règles de concurrence³.

L'État peut être condamné au titre du recours en manquement.

Les juridictions internes doivent écarter une loi ou tout acte administratif au motif de sa contrariété avec le droit européen de la concurrence⁴. La jurisprudence du Conseil d'État a suivi cette analyse avec l'arrêt *FFSA* du 8 novembre 1996⁵. Les actes administratifs et plus généralement l'action administrative sont tenus de respecter les exigences de concurrence.

Les entreprises (ou l'association professionnelle) ayant participé à la pratique anticoncurrentielle peuvent être condamnées s'il est prouvé qu'elles ne disposaient d'aucune marge de manœuvre, et donc d'aucune autonomie dans la mise en œuvre de la pratique anticoncurrentielle. La marge de manœuvre de l'entreprise peut résulter, par exemple, de la possibilité dont elle dispose pour fixer des augmentations de prix ou des dérogations⁶. Une simple incitation des pouvoirs publics à se concerter n'est pas suffisante pour considérer que les entreprises ne disposaient pas de marge de manœuvre⁷.

A. Contrôle des réglementations étatiques

98. Une réglementation est susceptible de porter atteinte à l'effet utile du droit européen de la concurrence dans deux hypothèses, en cas d'entente automatique⁸ ou d'abus automatique (1°) ou si l'État renonce à son pouvoir régalién en confiant ce pouvoir à des opérateurs privés (2°).

1° Entente ou abus automatique

99. L'État ne peut pas imposer, favoriser ou renforcer la conclusion d'un accord anticoncurrentiel (entente automatique). Il ne peut favoriser l'exploitation abusive d'une position dominante (théorie de l'abus automatique, v. ss 116).

En conséquence, l'État ne peut obliger des partenaires sociaux à adopter des tarifs communs. Par exemple, l'État italien a été condamné pour manquement à ses obligations

1. CJCE 17 nov. 1993, *Meng*, aff. C-2/91, *Rec.* I-5751. 59 ; CJCE 17 nov. 1993, *Ohra*, aff. C-245/91, *Rec.* I-5851 ; CJCE 17 nov. 1993, *Reiff*, aff. C-185/91, *Rec.* I-5801.

2. Par ex. : ADLC n° 13-D-10 du 6 mai 2013, *Mesures conservatoires demandées par les messageries lyonnaises de presse* : une activité normative n'est pas une activité de production, de distribution ou de services. Mais le droit de la concurrence lui est cependant opposable.

3. N. Charbit, *Le droit de la concurrence et le secteur public*, L'Harmattan, 2002.

4. CJCE 12 févr. 1998, *Syvano Roso*, aff. 163/96, *Rec.* 533.

5. CE 8 nov. 1996, *Rec.* 441 : l'exclusion ou la restriction de concurrence sur le marché des produits de retraite complémentaire des exploitants agricoles n'était pas justifié par l'accomplissement de la mission particulière impartie à la Mutualité sociale agricole ; v. aussi, CJCE 16 nov. 1995, C-244/94, *FFSA*.

6. TPICE 30 mars 2000, aff. T-513/93, *CNS*, *CCC* 2000, comm. 131, note S. Poillot-Peruzzetto.

7. Par ex. : TPICE 11 déc. 2003, T-66/99, *Minoan Libnes*, *Europe* 2004 comm. 52, obs. L. Idot.

8. N. Charbit, « L'entente "automatique" », *Concurrences* n° 2-2006, p. 45 s.

car il avait édicté une réglementation contraignant l'association professionnelle des expéditeurs en douane à édicter des tarifs communs¹. L'État ne peut approuver des tarifs communs, restrictifs de concurrence, mis en œuvre par des opérateurs ou leurs associations professionnelles² – sauf si cette restriction de concurrence est indispensable à l'accomplissement d'une mission d'intérêt général (sur cette notion, v. ss 121 s.).

2° Renonciation de l'État à sa mission régaliennne

100. L'État ou une émanation (administration, collectivité publique) ne peut renoncer à sa mission régaliennne. En revanche, l'État peut s'entourer d'avis d'opérateurs privés avant de prendre sa décision. Par exemple, dès lors qu'une commission composée d'opérateurs économiques ne rend que des avis et que la décision finale revient au maire, il ne peut être reproché à celui-ci d'avoir manqué à l'effet utile des règles de concurrence³. De même, ne constituent pas des ententes anticoncurrentielles les avis d'une commission municipale statuant sur les autorisations d'ouverture de commerce lorsque les représentants des organisations économiques au sein de la commission sont minoritaires et que la commission est tenue de statuer dans l'intérêt général⁴.

B. Exemples

Deux exemples de contestation d'actes de nature administrative ou législative, fondée sur une violation de l'effet utile du droit de la concurrence, seront présentés.

1° Arrêté d'extension d'un accord interprofessionnel comportant des dispositions anticoncurrentielles

101. Une autorité publique ne peut rendre applicable à l'ensemble des entreprises ou à l'ensemble d'une branche professionnelle un accord conclu entre représentants des partenaires sociaux si cet accord comporte des dispositions anticoncurrentielles. Ainsi, le Conseil d'État a-t-il déclaré illégale l'autorisation (tacite) d'un ministre d'étendre le bénéfice d'un accord interprofessionnel fixant des prix minima pour le producteur et des prix maxima pour l'acheteur, car cet accord était anticoncurrentiel⁵. Peut donc être annulé un arrêté d'extension d'une convention collective pour atteinte excessive à la

1. CJCE 18 juin 1998, *CNSD*, aff. 35/96, *Rec.* 3851, note Poillot-Peruzzetto, et *RTD com.* 1998. 984, *Europe* 1998, comm. 288, obs. L. Idot ; CJCE 11 mai 1989, *Ahmed Saeed*, aff. 66/86, *Rec.* 803 : l'homologation, par les autorités aéronautiques, d'accords tarifaires contraires à l'article 85, paragraphe 1^{er}, ou, éventuellement, à l'article 86, n'est pas compatible avec le droit communautaire, notamment avec l'article 5 du traité, et tant les autorités aéronautiques que les institutions communautaires doivent s'abstenir de toute mesure qui pourrait être considérée comme un encouragement à la conclusion de tels accords par les compagnies aériennes.

2. CJCE 11 mai 1989, *Ahmed Saeed*, aff. 66/86, *Rec.* 803 : l'homologation, par les autorités aéronautiques, d'accords tarifaires contraires à l'article 85, paragraphe 1^{er}, ou, éventuellement, à l'article 86, n'est pas compatible avec le droit communautaire, notamment avec l'article 5 du traité, et tant les autorités aéronautiques que les institutions communautaires doivent s'abstenir de toute mesure qui pourrait être considérée comme un encouragement à la conclusion de tels accords par les compagnies aériennes.

3. CJCE 17 nov. 1993, *Bundersansalt*, C-185/91 ; CJCE 17 févr. 2005, *Mauri*, C-250/03.

4. CJCE 17 oct. 1995, *DIP (SpA)*, C-140 à 142-94.

5. CE 12 juin 1996, *Sté Christ et fils, Lebon* 223.

concurrence¹. De son côté, la Cour de justice a décidé qu'un arrêté ministériel dont l'objet est d'étendre un accord interprofessionnel restrictif de concurrence est incompatible avec l'obligation faite aux États de respecter l'effet utile des règles européennes de concurrence². Si l'accord collectif a un but social, l'arrêté d'extension ne devrait pas être censuré, faute d'objet anticoncurrentiel.

2° Homologation de tarifs établis par un ordre professionnel

102. L'État ne peut renoncer à sa mission régalienne. Mais il peut s'associer à des opérateurs privés en vue d'édicter une loi ou un règlement (v. ss 100). Pour autant, il ne peut favoriser ou homologuer des comportements anticoncurrentiels. L'État peut, ainsi, être condamné s'il délègue à l'organisme privé le soin d'édicter des mesures et ne fait qu'homologuer la mesure anticoncurrentielle ainsi adoptée, telle l'adoption d'honoraires communs ou minima.

103. Néanmoins, l'application de l'article 101 TFUE aux ordres professionnels est assez souple³. Est pris en compte « le contexte global » de la mesure prescrite pour apprécier l'objet anticoncurrentiel ainsi que les nécessités d'intérêt général qui justifient l'intervention de l'ordre professionnel – sous réserve de respecter un principe de proportionnalité. La méthode est celle de la règle de raison pourtant abandonnée par les autorités de concurrence.

Un ordre professionnel peut être chargé par l'État d'établir un tarif pour les honoraires dès lors que l'État n'a pas renoncé à exercer son pouvoir régalien en homologuant ces tarifs après avoir vérifié que l'intérêt général avait été respecté. Même si l'organisme professionnel est composé de professionnels intéressés, dès lors que les tarifs adoptés par l'organisme professionnel sont fixés dans le respect de critères d'intérêt public définis par la loi, la consultation ou l'homologation des décisions prises par ledit organisme ne méconnaît pas les règles européennes de concurrence⁴.

Par exemple, la Cour de justice n'a donc pas condamné l'État italien qui avait édicté une réglementation fixant des honoraires maximum et minimum versés au titre des dépens, alors que la réglementation avait été prise sur la base d'un projet établi par le Conseil de l'Ordre (composé exclusivement d'avocats élus par leurs confrères), au motif que l'État italien avait conservé la maîtrise de la question en exerçant un contrôle sur les barèmes proposés par l'Ordre et que la mesure proposée et validée par la loi poursuivait

1. Par ex. : CE 30 avr. 2003, *Syndicat professionnel des exploitants des réseaux d'eaux et d'assainissement*, AJDA 2003. 1150, note F. Donnat et D. Casas, RTD com. 2003. 720, obs. E. Claudel, Dr. soc. 2003. 999, obs. Antonmattéi et Destours : le ministre doit, lors de l'examen de la demande d'extension, opérer une conciliation entre, d'une part, les objectifs sociaux justifiant l'extension et, d'autre part, les impératifs tenant à la préservation de la libre concurrence dans le secteur en cause. Même si le Conseil d'État prend soin de préciser que la clause litigieuse a pour objet de préserver l'emploi dans les entreprises des secteurs en cause, son extension est cependant de nature à porter une atteinte excessive à la libre concurrence.

2. CJCE 3 déc. 1987, *BNIC c/ Aubert*, Rec. 4789.

3. C. Prieto, « Professions libérales, concurrence et libre circulation », *Rev. aff. eur.* 2005/3, p. 447, spéc. n° 8 ; « La modernisation du droit de la concurrence et le marché des professions libérales », in *La modernisation du droit de la concurrence*, LGDJ, 2006, p. 397 ; « Les professions libérales sous le joug de la politique européennes de concurrence », *JCP* 2004. I. 126.

4. CJCE 1^{er} oct. 1998, *Autotrasporti Librandi*, aff. 38/97, Rec. 5955 : trois critères sont pris en compte : qualité des personnes qui proposent les tarifs, critères qui guident leurs décisions et marge de manœuvre dont dispose l'autorité publique.

un motif d'intérêt général¹. Il en est ainsi lorsque les tarifs ne prennent pas en compte seulement les intérêts des entreprises mais l'intérêt général et les intérêts des entreprises des autres secteurs ou des usagers des services². La fixation d'honoraires minimaux doit être justifiée par des raisons impérieuses d'intérêt général³.

La solution est la même en droit interne⁴.

En résumé, les autorités de concurrence vérifient si la norme étatique est conforme à l'intérêt général, en exigeant que les atteintes à la concurrence soient nécessaires et proportionnées.

Section 2

Activités économiques des personnes publiques

104. Distinction entre l'activité économique et l'activité traduisant l'exercice d'une prérogative de puissance publique⁵. Toute activité économique est assujettie aux lois de la concurrence (v. ss 131 s.). Il importe peu que cette activité soit le fait d'une entreprise publique. Mais il n'est pas toujours aisé de déterminer si l'activité litigieuse traduit l'exercice de prérogatives de puissance publique. Pour prendre quelques exemples, la distribution de l'eau ou la surveillance d'une prison ou d'un port ou encore le transport de malades d'urgence sont-ils des activités mettant en jeu des prérogatives de puissance publique échappant aux lois du marché ? La difficulté est que, théoriquement, toute activité humaine peut être exercée par une entreprise privée et être gérée par le marché⁶.

Il convient de rechercher si l'activité est économique ou, au contraire liée à la souveraineté de l'État par l'exercice de prérogatives de puissance publique. Une entité qui agit en mettant en œuvre des prérogatives de puissance publique n'est pas considérée comme une entreprise par le droit de la concurrence.

Quelques exemples seront donnés. La tenue d'un registre du commerce et la mise à disposition des données obtenues (même moyennant une rémunération) mettent en jeu une prérogative de puissance publique et ne constituent pas une activité économique⁷. La surveillance antipollution d'un port, « par sa nature, par son objet et les règles auxquelles elle est soumise, se rattache... à l'exercice de prérogatives relatives à la protection de l'environnement qui sont typiquement des prérogatives de puissance publique »⁸.

1. CJCE 19 févr. 2002, *Manuele Arduino*, aff. C-35/99, *Rec.* 1529, *CCC* 2002, n° 80, obs. S. Poillot-Peruzzetto ; v. aussi, CJCE 29 nov. 2001, *Guisepppe Conte*, *CCC* 2002, comm. 33, obs. S. Poillot-Peruzzetto ; 1^{er} oct. 1998, *Autotrasporti Librandi*, aff. C-38/97, *Rec.* 5955.

2. CJCE 19 févr. 2002, *J.C.J. Wouters*, aff. C-309/99, *CCC* 2002, n° 64, *LPA* 9 avr. 2002, n° 71, p. 12, obs. P. Arhel ; CJCE 19 févr. 2002, *Manuele Arduino*, aff. C-35/99, *CCC* 2002, n° 80, obs. S. Poillot-Peruzzetto, *LPA* 9 avr. 2002, p. 11, obs. P. Arhel.

3. CJCE 5 déc. 2006, aff. jtes C-94/04 et C-202/04, *Cipola et a.*, *CCC* 2007, comm. 51, et nos obs.

4. Cons. conc. n° 99-D-15 du 24 févr. 1999 (*BOCC* 22 juin 1999, p. 339) : n'est pas contraire à l'article L. 420-2 du Code de commerce (ex art. 7 ord. 1986) l'élaboration des barèmes d'honoraires des experts judiciaires lorsqu'elle a été effectuée à l'initiative des premiers présidents des cours d'appel, conformément aux instructions du ministre de la Justice et à seule fin de permettre aux juridictions de fixer le montant des honoraires dus aux experts.

5. A. Antoine, *Prérogatives de puissance publique et droit de la concurrence*, LGDJ, 2009.

6. En ce sens, J.-Y. Chérot, « Le droit communautaire fonde-t-il un ordre concurrentiel ? Essai sur la notion d'entreprise et d'activité économique dans la jurisprudence de la Cour » in *Mélanges Farjat, Frison-Roche*, p. 563 s.

7. CJUE 12 juill. 2012, aff. C-138/11, *Compass-Datenbank*, *Europe* 201, comm. 394, obs. L. Idot.

8. CJCE 18 mars 1997, aff. 343/95, *Cali*, *Rec.* 1547.

Il importe peu que l'activité donne lieu au paiement de redevances de la part des usagers¹.

Il n'est pas aisé de qualifier la nature de l'activité quand est en cause une personne publique. On peut prendre l'exemple d'Eurocontrol (qui assure la surveillance de l'espace aérien). Le tribunal de première instance de l'UE avait jugé que la mission complémentaire qu'Eurocontrol propose à titre facultatif tenant en une assistance aux administrations des États membres dans le domaine de la planification et la gestion de la circulation aérienne est une activité économique, car elle est dissociable de son activité principale² – solution remise en cause par la CJCE en 2009³ !

Une même entité peut se voir attrait devant l'autorité de concurrence pour ses activités économiques et ne pas l'être à l'égard des activités traduisant l'exercice de prérogatives de puissance publique⁴. Par exemple, un organisme de protection de l'environnement a une mission exclusivement sociale, de nature non économique. Mais ce même organisme se livre à des activités ayant une finalité autre que sociale, de nature économique, par exemple la vente de bois, les baux de chasse et de pêche ou des activités de tourisme. Pour assujettir ces activités aux lois de la concurrence, la jurisprudence vérifie si ces « activités secondaires » sont ou non détachables des fonctions primaires de nature exclusivement sociale⁵.

105. Définition de la prérogative de puissance publique. La prérogative de puissance publique se définit comme l'exercice d'un pouvoir de décision destiné à satisfaire les exigences de l'intérêt général. Les activités mettant en jeu des prérogatives de puissance publique sont des activités d'intérêt général, telles que celui de l'exploitation de lignes aériennes, la distribution d'électricité, le service postal de base, etc. Les activités liées à la sécurité, la justice, la police ou l'éducation sont également visées. Par exemple, « une... activité de surveillance (antipollution dans un port), par sa nature, son objet et les règles auxquelles elle est soumise, se rattache... à l'exercice de prérogatives relatives à la protection de l'environnement qui sont typiquement des prérogatives de puissance publique »⁶ « même si les usagers du port doivent acquitter une redevance destinée à financer une telle activité ».

106. Un critère évolutif et imprécis. Le critère de l'intérêt général est évolutif qui se réduit comme une peau de chagrin. On citera pour seul exemple le service postal qui devient de plus en plus une activité soumise aux lois du marché et de moins en moins une activité se rattachant à un service public.

1. Par ex. : CJCE 19 janv. 1994, *Eurocontrol*, aff. C-364/92, *Rec.* 43 : les « redevances ne sont que la contrepartie... pour la l'utilisation obligatoire et exclusive des installations et services de contrôle de la navigation aérienne ».

2. TPICE 12 déc. 2006, aff. T-155/04.

3. CJCE 26 mars 2009, aff. C-113/07, *Europe* 2009, comm. 198, note L. Idot. Pour la Cour, cette mission n'est donc pas dissociable de la mission de gestion de l'espace aérien et de développement de la sécurité aérienne. Le fait que l'assistance ne soit qu'optionnelle ne modifie pas la solution. Il s'agit bien d'une activité qui se rattache à l'exercice des prérogatives de puissance publique d'Eurocontrol.

4. CJCE 1^{er} juill. 2008, aff. C-49/07, *Motosykletisko omospondia Ellados NPID*.

5. Trib. UE 12 sept. 2013, T-347/09 : les organisations de protection de l'environnement poursuivent un intérêt distinct qui est dissociable de l'objectif exclusivement social de protection de l'environnement. L'exercice des activités secondaires ne saurait donc être assimilé à l'exercice de prérogatives de puissance publique par une autorité publique (pt 41).

6. CJCE 18 mars 1997, aff. C-343/95, *Port de Genova*, *Rec.* 1547.

Section 3

Spécificité française

107. La dualité de juridictions et le critère de la prérogative de puissance publique ou de l'organisation du service. En raison de la dualité de juridiction, il convient de se demander qui de l'Autorité de la concurrence ou de la juridiction administrative est compétente pour apprécier la conformité d'un acte émanant d'une autorité ou entreprise publique au regard du droit de la concurrence.

Le Tribunal des conflits, dans les décisions *Ville de Pamiers*¹, *ADP*² et *Éditions Gisserot*³, a posé les règles suivantes. Si la pratique traduit l'exercice de prérogatives de puissance publique ou porte sur l'organisation même du service public, le juge administratif est exclusivement compétent pour apprécier les pratiques au regard du droit de la concurrence ; si la pratique est détachable de l'exercice de prérogative de puissance publique ou de l'organisation du service, et présente un caractère économique, son appréciation relève de l'autorité de la concurrence.

Cette division du contentieux est source de complexité. En outre, elle n'exclut pas une saisine possible des deux ordres de juridiction. Ainsi, si la pratique est commise dans le cadre d'un contrat administratif, sans traduire l'exercice d'une prérogative de puissance publique ou l'organisation du service, l'Autorité de concurrence est compétente, mais le juge administratif en tant que juge du contrat peut aussi être saisi.

À cet égard, on soulignera une ambiguïté du droit interne qui dispose en son article L. 410-1 que le droit de la concurrence s'applique à toutes les activités, « notamment celles dans le cadre de délégation de service public ». En réalité, ceci ne signifie pas que l'autorité de la concurrence soit compétente pour connaître du contrat de délégation, c'est-à-dire du choix du partenaire. Seule la juridiction administrative peut en connaître. Elle appréciera la conformité de ce contrat au regard du droit de la concurrence.

108. Exemples. Par exemple, l'Autorité de la concurrence (ADLC) ne peut connaître des conditions d'octroi d'une autorisation d'exercice d'une activité dans l'enceinte aéroportuaire car la délivrance d'une autorisation relève de la police administrative et traduit donc l'exercice de prérogatives de puissance publique⁴. De même, dans une décision contestée par une fraction de la doctrine, a-t-il été admis que le Conseil de la concurrence (devenu l'ADLC) était incompétent pour apprécier le refus de commercialiser des informations météorologiques, opposé par un service d'un ministère, la direction météorologique nationale, à une entreprise privée⁵.

1. T. confl. 30 juin 1988, *Ville de Pamiers*, *AJDA* 1989. 46 : « l'organisation du service public de la distribution de l'eau à laquelle procède un conseil municipal n'est pas constitutive d'une telle activité » ; « l'acte juridique de dévolution de l'exécution de ce service n'est pas, par lui-même, susceptible d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur le marché » ; « l'allégation de pratiques anticoncurrentielles ressortit aux juridictions de l'ordre administratif ».

2. T. confl. 18 oct. 1999, *Aéroports de Paris c/ TAT*, *RJDA* 2/00, n° 214.

3. T. confl. 4 mai 2009, *Stés éd. J.P. Gisserot*, n° C-3714.

4. CE 3 juill. 2009, *ADP*, n° 3235954 ; ADLC n° 12-D-21 du 18 oct. 2012, *ADP* ; v. aussi, ADLC n° 11-D-15 du 16 nov. 2011, *Sté park and Fly c/ Aéroport de Lille* : refus d'accès à une voie réservée aux professionnels opposés par le concessionnaire de l'aéroport de Lille à la société Park and Fly ; l'ADLC décline sa compétence au motif que le refus était pris sur la base d'un arrêté préfectoral portant règlement de police générale sur l'aéroport.

5. Com. 12 déc. 1995, *Bull. civ.* IV, n° 301 : « la DNM gère le service public de la météorologie aérienne et réservait aux seuls usagers de l'aviation civile des messages propres à assurer leur sécurité et celle des passagers, et, sans qu'il ait été constaté une commercialisation auprès du grand public, des informations recueillies dans le cadre de sa mission ».

En revanche, l'Autorité de la concurrence retrouve sa compétence pour apprécier les conditions dans lesquelles la sélection d'un prestataire de services a été exercée. La mise en œuvre de la consultation publique par une entreprise publique et le traitement des candidatures, avec l'allégation d'une discrimination, sont dissociables de la condition d'autorisation et de ses conditions de délivrance¹.

De même, l'Autorité de la concurrence est-elle compétente pour apprécier la conformité au droit de la concurrence du contenu d'un contrat conclu entre une société concessionnaire d'une mission de service public et un opérateur privé².

Ou autre exemple, il a été jugé en droit interne que la décision prise par le CSA d'attribuer ou renouveler une fréquence hertziennes³ ou encore le refus d'une autorité universitaire de donner l'accès une société d'assurance (alors que l'accès est donné aux mutuelles d'étudiants⁴) n'entre pas dans le champ d'application de l'article L. 410-1 du Code de commerce.

109. Difficultés. La répartition de compétence est une question difficile aux réponses incertaines. Il n'est pas aisé de déterminer si une activité économique est ou non détachable de la mission de service public⁵. Il est des contradictions de jurisprudence. Par exemple, la décision prise par une entreprise concessionnaire d'installer dans la zone qui lui est affectée des distributeurs automatiques est considérée comme un acte de gestion du domaine public, dont le Conseil de la concurrence (devenu l'Autorité de la concurrence) ne peut connaître⁶. Pareillement, le Conseil s'est déclaré incompétent pour connaître de l'autorisation d'occupation du domaine public accordée par la chambre de commerce et d'industrie de la Réunion (CCIR), concessionnaire de l'aéroport de Saint-Denis, à dix loueurs de véhicules⁷. Au contraire, dans une affaire comparable, le Conseil s'est reconnu compétent, par une formule alambiquée, pour apprécier une autorisation d'accès à des emplacements du domaine public⁸. Il importe peu à cet égard qu'il existe un régime spécial de la domanialité publique, et que les conventions soient des conventions d'occupation du domaine public.

1. ADLC n° 12-D-21 du 18 oct. 2012, *ADP*.

2. Par ex. : ADLC n° 12-D-28 du 20 déc. 2012, *Consortium Stade de France* : l'éventuel caractère déséquilibré d'un contrat publicitaire concerne « les conditions d'exploitation commerciale du stade et sont étrangères à toute organisation du service public ou de mise en œuvre de prérogatives de puissance publique ».

3. Paris, 3 juin 1993 (*BOCC* 1993. 168).

4. Cons. conc. n° 94-D-46 du 12 juill. 1995, *Sté RDV* (*BOCC* 1994. 431).

5. Par ex. : à propos de l'activité de desserte par bateaux par une régie départementale pendant la période touristique : saga des vedettes vendéennes : Paris, 20 déc. 2012, *CCC* 2013, comm. 60, obs. G. Decocq : une telle activité de desserte est détachable de la mission de service public.

6. Com. 16 mai 2000, *Chambre syndicale nationale de vente et de services automatiques*, *CCC* 2000, n° 112, et nos obs. *RJDA* 12/00, n° 1172.

7. Cons. conc. n° 02-D-73 du 10 déc. 2002, *Secteur de la location de véhicules sans chauffeur à l'aéroport de St-Denis*, *CCC* juin 2003, comm. 90, et nos obs. : « les décisions par lesquelles la CCIR a attribué, dans le cadre de conventions d'autorisation d'occupation temporaire du domaine public, des emplacements destinés à des loueurs de véhicules... dans le périmètre de l'aéroport, se rattachent à la gestion du domaine public, mettent en œuvre des prérogatives de puissance publique et relèvent de l'appréciation de la juridiction administrative ».

8. Décis. n° 95-MC-16, *Rec. Lamy*, n° 664 : « si la régularité de l'octroi ou du retrait d'une autorisation du domaine public ne peut être appréciée que par le juge administratif, il est constant que la chambre de commerce... donne par ces autorisations accès à des emplacements du domaine public aéroportuaires à des sociétés de location... ; que ces activités constituent une activité de services au sens de l'article 53... » ; v. aussi, Cons. conc. n° 91-D-51 du 19 nov. 1991, *ODA* (*BOCC* 1991. 388).

De même, il a été jugé que la décision prise par l'établissement public de réorganiser le trafic, de regrouper toutes les liaisons d'Air-France à Orly Ouest et le refus opposé à TAT d'ouvrir une liaison dans cette aérogare relève de l'exercice de prérogatives de puissance publique¹. Au contraire, sont détachables de l'appréciation de la légalité d'un acte administratif les pratiques d'un établissement public (ADP) obligeant les compagnies aériennes d'utiliser ses services d'assistance en escale en substitution aux personnels des compagnies, au motif que lorsque ADP gère les infrastructures aéroportuaires, et notamment les conditions d'activité des prestataires d'assistance en escale, ADP doit être qualifié d'entreprise².

Ou enfin, les conditions de mise en œuvre d'un appel d'offres par une personne publique donnent lieu à des distinctions subtiles. Si la personne publique lance un appel d'offres, selon les règles de la commande publique, pour acquérir un bien ou une prestation nécessaire à l'exercice de sa mission de service public, une telle décision échappe à l'ADLC car elle met en œuvre une prérogative de puissance publique. On peut même considérer qu'une telle décision n'est pas économique. En revanche, lorsque la personne publique intervient sur un marché comme un offerant, par exemple pour vendre des biens, l'ADLC est compétente³. Mais il est des décisions contraires⁴.

Ces divergences de solutions, au sein de la même autorité, ne se comprennent pas. Pourquoi ne pas réunir au sein d'une même juridiction le contentieux lié à la formation et l'exécution d'un contrat de concession ou d'une convention d'occupation du domaine public (en incluant les contrats conclus avec les tiers) ? Le juge naturel n'est-il pas le juge administratif – d'autant que désormais le Conseil d'État apprécie la régularité d'une autorisation d'occupation du domaine public au regard des exigences du droit de la concurrence.

110. Application du droit de la concurrence par les juridictions administratives. Progressivement, les juridictions administratives ont accepté d'appliquer le droit de la concurrence pour contrôler l'action administrative ou l'action des entreprises privées chargées d'une mission de service public.

Les juridictions administratives ont intégré le droit de la concurrence dans leur bloc de légalité : d'abord, le droit européen⁵, puis avec l'arrêt *Million et Marais*⁶, le droit interne. Dans l'arrêt *Million*, le juge a vérifié si les clauses du contrat de concession de service public (portant sur le service extérieur des pompes funèbres) « ne peuvent légalement avoir pour effet de placer l'entreprise dans une situation où elle contreviendrait aux prescriptions de l'article 8 » (devenu C. com., art. L. 420-2) (théorie de l'abus automatique, v. ss 116), pour donner une réponse négative.

1. T. confl. 18 oct. 1999, *ADP c/ TAT*, *RJDA* 2/00, n° 214, préc.

2. T. confl. 18 oct. 1999, préc. ; Com. 7 janv. 2004, *ADP*, *Bull. civ.* IV, n° 5 : « l'activité en cause consiste dans la mise à disposition de moyens de signalisation à des opérateurs privés..., il ne s'agit pas pour ADP d'autoriser l'occupation du domaine public, mais d'offrir un service à des opérateurs en vue de l'exercice de leur activité économique..., la cour d'appel, en retenant que cette activité ne relevait pas de prérogatives de puissance publique, a pu statuer comme elle a fait ».

3. Par ex. : Cons. conc. n° 05-D-75 du 22 déc. 2005, *Monnaie de Paris* (à propos de la commercialisation de médailles).

4. ADLC n° 12-D-13 du 15 mai 2012, *Centres de contrôle technique de véhicules* (cession par l'État, après mise en concurrence, des anciens centres techniques).

5. CE 8 nov. 1996, *Féd. franç. des Stés d'assurance, Lebon* 441 ; CE 7 juill. 2000, *Féd. franç. des Stés d'assurance (FFSA)*, *Europe* 2001, n° 27, obs. L. Idot.

6. CE 3 nov. 1997, *Sté Million et Marais*, *Rec.* 406, concl. J.-M. Stahl, *AJDA* 1998. 247, note O. Guézou : le Conseil d'État s'est reconnu compétent pour apprécier la légalité d'une convention de délégation de service public au regard de l'ordonnance de 1986.

La solution du Conseil d'État est conforme à la position de la Cour de justice affirmée dans le célèbre arrêt *Bodson*¹.

Puis, le contrôle de l'action administrative s'est renforcé, par exemple, en matière de gestion du domaine public : avant l'arrêt *Eda*, le Conseil d'État interdisait à l'administration d'édicter des actes ou d'adopter une attitude susceptible de conduire une entreprise à un abus automatique, mais sans examiner concrètement si, par son comportement, l'entreprise violait le droit de la concurrence. Avec l'arrêt *Eda*², il soumet directement l'action de l'administration au respect des règles de concurrence, en l'espèce une autorisation délivrée par l'établissement public Aéroport de Paris d'occuper le domaine public permettant le stationnement de voitures de location.

Désormais, la jurisprudence administrative délaisse la notion d'abus automatique, trop restrictive (v. ss 116), et préfère énoncer que tout acte administratif ne doit pas avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché³.

Par exemple, il a été jugé que l'autorité chargée de la gestion du domaine public peut autoriser une personne privée à occuper une dépendance de ce domaine en vue d'y exercer une activité économique, à la condition cependant de prendre en compte le principe de la liberté du commerce ou celui de la liberté de la concurrence – ce qui signifie une mise en concurrence préalable et une convention avec une durée non excessive⁴.

Cette exigence de soumission de l'action des entreprises publiques aux exigences de concurrence a été admise également par la Cour de justice. Par exemple, elle a affirmé que tout contrat à titre onéreux conclu par une collectivité territoriale doit être précédé d'une procédure de publicité et de mise en concurrence⁵.

111. Une conciliation entre les exigences de l'intérêt général et les exigences du marché. Les règles de concurrence doivent néanmoins se combiner avec la gestion du domaine public ou plus généralement, avec l'intérêt et l'affectation du domaine public et l'intérêt général. Pour le Conseil d'État, il n'est pas souhaitable de voir se développer une banalisation de l'intervention publique marchande⁶. Le principe de spécialité des personnes publiques demeure, même assoupli. Ce qui est sanctionné, c'est une rupture de l'égalité. Ainsi, saisie d'un recours en annulation, une cour administrative peut-elle annuler un arrêté

1. CJCE 4 mai 1988, *Bodson*, C-30/87, *Rec.* 2479.

2. CE 26 mars 1999, *D.* 2000. 204, note J.-P. Markus, *AJDA* 1999. 427, note M. Bazex, *RD publ.* 1999. 1545, note S. Manson : « il appartient au juge de l'excès de pouvoir d'apprécier la légalité des actes juridiques de gestion du domaine public, de s'assurer que ces actes ont été pris compte tenu de l'ensemble de ces principes et de ces règles ».

3. Par ex. : CE, sect., 30 avr. 2003, Syndicat professionnel des exploitants indépendants des réseaux d'eau et d'assainissement, *Lebon* 189, *AJDA* 2003. 1150, chron. Donnat F. et Casas, *Dr. soc.* 2003. 999, note Antonmattéi P.-H. et Destours ; CE, ass., 24 mars 2006, *Société KPMG*, *AJDA* 2006. 1028, chron. C. Landais et F. Lenica.

4. CE 23 mai 2012, n° 348909, *RATP* (à propos de la présence de présentoirs de journaux gratuits dans le métro) : « l'autorité chargée de la gestion du domaine public peut autoriser une personne privée à occuper une dépendance de ce domaine en vue d'y exercer une activité économique, à la condition que cette occupation soit compatible avec l'affectation et la conservation de ce domaine ; que la décision de délivrer ou non une telle autorisation, (...) n'est pas susceptible, par elle-même, de porter atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie ; la personne publique ne peut toutefois délivrer légalement une telle autorisation lorsque sa décision aurait pour effet de méconnaître le droit de la concurrence, notamment en plaçant automatiquement l'occupant en situation d'abuser d'une position dominante, contrairement aux dispositions de l'article L. 420-2 du code de commerce [...] ».

5. CJCE 7 déc. 2000, aff. C-324/98, *Telaustria et Telefonadress*, *Rec. CJCE* I-10745 ; CJCE 6 avr. 2006, aff. C-410/04, *ANAV*, *Rec. CJCE* I-3303.

6. Rapport CE, 2002, p. 265.

au motif que la réglementation « porte atteinte aux principes d'égalité et de liberté du commerce et de l'industrie »¹. De même a pu être annulée une décision d'attribution d'un marché à une entreprise si une collusion a été établie entre celle-ci et l'attributaire².

Même les autorités de police sont tenues de respecter le principe de la liberté du commerce et de l'industrie³.

En bref, la jurisprudence administrative a confronté les besoins de création de services publics au regard de la liberté du commerce et de l'industrie, a contrôlé l'exercice des pouvoirs de police, la ratification d'accords ou pratiques professionnels, l'égalité des concurrents devant les délégations de service public ou dans la passation des marchés publics ou dans la commande publique, ou a statué sur les conditions d'occupation du domaine public ou sur l'octroi de droits exclusifs.

Les juridictions de l'ordre administratif ne pourraient cependant attaquer une pratique de l'administration qui aurait été adoptée en conformité avec une loi ou un règlement pris pour son application, car l'article L. 420-4 du Code de commerce déclare justifiées de telles pratiques.

1. Nantes, 28 juin 2002, *D.* 2002. Somm. 900, obs. G. Gonzalez.

2. TA Bastia, 6 févr. 2003, *SARL Autocars Mariani*, *DA* mai 2003, n° 104.

3. CE, Ord., 9 févr. 2007, *RLC*. oct.-déc. 2007, p. 62, un arrêté municipal interdisant la circulation des poids lourds porte une atteinte excessive à la liberté du commerce et de l'industrie ; avis, CE 22 nov. 2000, *SARL L. & P Publicité*, *D.* 2001. 2110, note N. Albert, Somm. 1235, obs. Gonzalez : « dès lors que l'exercice de pouvoirs de police administrative est susceptible d'affecter des activités de production, de distribution et de services, la circonstance que les mesures de police ont pour objectif la protection de l'ordre public... n'exonère pas l'autorité... de l'obligation de prendre en compte... la liberté du commerce et de l'industrie » (à propos d'une réglementation municipale sur l'affichage).

Intervention exclusive de l'État (monopole, droit exclusif ou droit spécial d'exploitation)

112. À première vue, le monopole ou un droit exclusif d'exploitation est contraire à la liberté de la concurrence. Néanmoins, il n'est pas systématiquement condamné. L'article 37 TFUE (ex art. 31 Traité UE) Traité prévoit un aménagement, mais non une suppression des monopoles commerciaux (Section 1), et l'article 106 TFUE (ex art. 86) affirme le principe de soumission des entreprises publiques et des entreprises titulaires de droits spéciaux ou exclusifs aux lois de concurrence (Section 2).

Section 1

Article 37 du Traité

113. Le traité de fonctionnement de l'Union européenne exige en son article 37 TFUE l'aménagement des monopoles à caractère commercial pour que soit assurée « l'exclusion de toute discrimination entre les ressortissants ». Le champ d'application de cette disposition est limité aux :

– *monopoles nationaux*, ce qui exclut les monopoles s'exerçant sur une zone territoriale plus réduite ;

– *monopoles commerciaux* ; sont donc exclus de l'article 37 les monopoles de production sans élément d'échange. Seules la commercialisation et l'importation sont considérées comme ayant un caractère commercial. Sont aussi exclus les monopoles qui mettent en œuvre des prérogatives régaliennes¹ ; les monopoles non étatiques, confiés à une profession (pharmaciens, opticiens...) ne sont également pas visés, comme les monopoles dont l'objet est administratif ou social. Exclus du champ d'application, ils demeurent soumis au principe de libre circulation des marchandises et peuvent être condamnés s'ils discriminent les produits importés en favorisant les produits d'origine nationale (art. 34 et 35 TFUE) ;

– *monopoles portant sur des marchandises*² ; l'article 37 ne s'applique pas aux monopoles de services, qui sont les plus fréquents, tel le monopole portant sur la publicité commerciale à la télévision³ ;

– *monopoles susceptibles d'affecter les échanges entre les États membres.*

1. CJCE 27 oct. 1993, *Langauche*, aff. C-46-90 et 93-91, *Rec.* 5267, organisant la police du domaine public hertzien et l'attribution de fréquences en matière de télécommunications.

2. CJCE 30 avr. 1974, *Sacchi*, *Rec.* 409.

3. CJCE 30 avr. 1974, *Sacchi*, *Rec.* 409.

L'article 37 oblige les États à aménager et non à supprimer. Les conditions d'exercice du monopole peuvent être remises en cause si elles conduisent à des discriminations. Par exemple, des taxes qui frappent les produits importés ne doivent pas avoir pour effet de les soumettre à des charges plus lourdes que le produit national similaire¹. Dans certains cas, l'obligation d'aménager les discriminations conduit à la disparition du monopole. La jurisprudence *Manghéra* a ainsi condamné les droits exclusifs d'importation qui représentent à l'égard des exportateurs étrangers une discrimination prohibée². Mais dans la mesure où le monopole n'opère aucune discrimination à l'égard des produits étrangers, il est licite. Pour tenir compte de l'article 37 TFUE, la France a aménagé ses principaux monopoles français (tabacs, alcool, produits pétroliers, poudres...). Par ailleurs, des droits exclusifs à l'importation peuvent subsister s'ils sont nécessaires à la mission d'intérêt général du titulaire du monopole par application de l'article 106, § 2, TFUE.

L'article 37 est d'effet vertical, en ce qu'un particulier peut invoquer la disposition contre l'État.

Section 2

Article 106 du Traité

L'article 106, § 1, TFUE oblige les États membres à respecter les règles de concurrence européenne (§ 1), tandis que l'article 106, § 2, prévoit une dérogation fondée sur la mission particulière impartie à l'entreprise dotée de droits exclusifs ou spéciaux (§ 2).

§ 1. ARTICLE 106, § 1

114. Licéité des monopoles légaux et des droits exclusifs. Une jurisprudence constante affirme que l'octroi d'un droit exclusif ou spécial à une personne physique ou morale ne constitue pas en soi un abus de position dominante en droit européen³. Les monopoles légaux sont donc licites : « L'existence d'un monopole dans le chef d'une entreprise à qui un État membre accorde des droits exclusifs n'est pas, en tant que telle, incompatible avec l'article 86 (devenu art. 102 TFUE) »⁴. En effet, l'exclusivité peut être nécessaire à l'accomplissement de la mission exercée par l'entreprise. Par exemple, le droit exclusif d'exploiter une invention protégée par un brevet récompense l'effort créateur de l'inventeur⁵, comme le droit d'auteur récompense l'auteur d'une œuvre⁶ par l'octroi de droits spéciaux qui ne contraignent pas en tant que tel le droit européen⁷.

115. Respect des règles de concurrence. En vertu de l'article 106, § 1, TFUE, « Les États membres, en ce qui concerne les entreprises publiques et les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs, n'édicent ni ne maintiennent aucune

1. CJCE 16 déc. 1970, *Cinzano*, Rec. 1089.

2. CJCE 3 févr. 1976, *Manghéra*, Rec. 100.

3. CJCE 23 mai 2000, *Entreprenorforeniongens Affalds, Miljosektion (FFAD) et Kobe, havns Kommune*, aff. C-209/98, CCC 2000, n° 147, obs. S. Poillot-Peruzzetto ; CJCE 17 mai 2001, *TNT Traco SpA*, aff. C-340/99, *Europe* 2001, n° 228, obs. L. Idot.

4. CJCE 30 avr. 1974, aff. 155/73, *Sacchi*, Rec. 409 ; CJCE 23 mai 2000, *FFAD*, aff. C-209/98, CCC 2000, n° 147, obs. S. Poillot-Peruzzetto.

5. CJCE 31 oct. 1974, aff. 15/74, *Centrafarm c/ Sterling*, Rec. 1147.

6. TPICE 10 juill. 1991, aff. T-69/89, *RTE Guides TV*, Rec. 491.

7. CJCE 29 févr. 1968, aff. 24/67, *Parke-Davis*, Rec. 81.

mesure contraire aux règles des traités, notamment (aux règles de concurrence) ». L'article 106, § 1, assujettit l'État dans son sens large – incluant les collectivités publiques territoriales¹ – aux règles de concurrence. En conséquence, une entreprise publique ou privée peut être condamnée sur le fondement de l'article 106, § 1, combiné avec l'article 102 TFUE dès lors que la réglementation qui a octroyé un droit spécial ou exclusif conduit l'entreprise à abuser automatiquement de sa position.

116. Théorie de l'abus automatique². L'État peut consentir à des entreprises (publiques ou privées) un droit exclusif ou spécial. Mais il ne peut favoriser l'exploitation abusive d'une situation de position dominante. Si l'entreprise bénéficiaire du droit spécial ou exclusif est automatiquement amenée, par le simple exercice de son exclusivité, à exploiter sa position dominante de manière abusive, l'État peut être condamné sur le fondement de l'article 106, § 1. L'abus est présumé. La doctrine a parlé à ce titre d'abus automatique³. En consacrant la théorie de l'abus automatique, la Cour de justice a autorisé la Commission européenne à contrôler les monopoles légaux et droits exclusifs.

La théorie de l'abus automatique a été consacrée par l'arrêt *ERT* (monopole accordé à une entreprise grecque de télévision)⁴ et l'arrêt *Höfner* (monopole accordé à une entreprise allemande de placement de demandeurs d'emploi)⁵. Elle a ensuite été étendue à diverses hypothèses, mettant en cause des entreprises publiques⁶, ou des entreprises liées aux industries de réseaux (télévision, électricité...).

Ainsi, l'abus est-il présumé – lorsque l'entreprise se voit conférer un droit exclusif alors qu'elle ne peut manifestement pas répondre à la demande : théorie du monopole défaillant⁷ ;

– ou en cas de conflit d'intérêts (par ex. : la loi autorise l'entreprise à cumuler une fonction de réglementation et de prestation – ce qui peut conduire l'entreprise à réglementer dans un sens qui lui est favorable⁸) ;

– ou lorsque l'État autorise une extension injustifiée du monopole⁹.

En revanche, le simple fait qu'une mesure étatique conduise à favoriser un opérateur ne suffit pas à établir l'abus automatique¹⁰.

1. CJCE 4 mai 1988, *Bodson*, aff. 30/87, *Rec.* 2507.

2. R. Kovar, « La « peau de chagrin » de chagrin ou comment le droit communautaire opère la réduction des monopoles publics », *Europe* 1992, étude n° 7.

3. N. Charbit, « L'entente ou l'abus automatique », *Concurrences* n° 2-2006, p. 44–60.

4. CJCE 18 juin 1991, *ERT*, aff. C-260/89, *Rec.* 5941 : l'article 90, § 1, du TCE (devenu art. 106 TFUE) s'oppose à l'octroi d'un droit exclusif de diffusion et d'un droit exclusif de retransmission d'émissions de télévision à une seule entreprise, lorsque ces droits sont susceptibles de créer une situation dans laquelle cette entreprise est amenée à enfreindre l'article 86 par une politique d'émission discriminatoire en faveur de ses propres programmes.

5. CJCE 23 avr. 1991, *Höfner*, *Rec. CJCE* I-1979 : « l'office public pour l'emploi n'est manifestement pas en mesure de satisfaire la demande que présente le marché pour ce genre d'activités » (pt 34).

6. N. Charbit, *Droit de la concurrence et secteur public*, L'Harmattan, 2002.

7. CJCE 23 avr. 1991, *Höfner* ; 11 déc. 1997, C-55/96, *Job Centre*, *Europe*, comm. 66, obs. L. Idot.

8. Par ex. : CJCE, gde ch., 1^{er} juill. 2008, C49 07, *RTDE* 2009. 473 et 775 : la Cour condamne une réglementation nationale attribuant à une association à but non-lucratif le pouvoir de donner un avis conforme sur l'autorisation administrative des courses motocyclistes, alors que l'association organise et exploite elle-même de telles courses.

9. CJCE 13 déc. 1991, *RTT*, C-18/88, p. 33-35 : l'extension, sans justification objective d'un monopole est constitutive d'un abus en tant que elle.

10. Trib. UE 20 sept. 2012, aff. T-169/08 et 421/09, *Dimosia Epicherisi Ilecktrismou*, *Europe* 2012, comm. 44, obs. L. Idot : il convient de démontrer l'abus de position dominante auquelle la mesure étatique conduit nécessairement.

117. Conditions de mise en œuvre. Pour que s'applique la théorie de l'abus automatique, il faut prouver qu'en raison de circonstances particulières, l'entreprise dotée d'un monopole ou d'un droit spécial ou privilégié est placée dans une situation d'abus. Ces circonstances particulières relèvent des hypothèses de conflit d'intérêts, de monopole défaillant ou d'extension injustifiée du monopole (v. ss 116). Il faut prouver que le droit spécial ne se justifie pas par des considérations d'intérêt public.

Les autorités de concurrence vérifient si la mesure étatique a amené ou pouvait amener l'entreprise à abuser automatiquement de son droit. L'abus peut avoir été commis ou être simplement potentiel¹.

118. Sanctions. L'État peut être condamné en cas d'incompatibilité entre la loi nationale et les articles 102 et 106 TFUE, par le recours en manquement². La Cour de justice oblige le juge national à écarter la loi ou la disposition réglementaire prise en application³.

L'entreprise peut être également condamnée sur le fondement conjugué des articles 106, § 1, et 102 TFUE s'il est prouvé qu'elle ne dispose d'aucune marge de manœuvre.

119. Consécration des solutions européennes par les autorités internes. La théorie de l'abus automatique a été consacrée par la jurisprudence administrative. La décision *FFSA* du Conseil d'État sera citée à titre d'exemple : un organisme gestionnaire du régime d'assurances vieillesse, la CNAVMA, cumulait les fonctions de réglementation du secteur et une activité de prestation, et, en outre, il était seul à disposer d'un avantage fiscal. L'entreprise ne put se réfugier derrière la loi ayant conféré le droit exclusif. La réglementation à l'origine de l'abus fut annulée⁴. De même, le Conseil d'État a annulé l'arrêté fixant les tarifs des publications de l'INSEE au motif que cet arrêté plaçait l'INSEE en situation d'abuser automatiquement de sa position dominante sur le marché de certains fichiers de prospection commerciale⁵.

120. On a vu que les règles de libre circulation peuvent aussi être invoquées pour écarter une réglementation nationale susceptible de créer une entrave à la libre circulation, notamment en conférant à une entreprise un droit exclusif non justifié par des considérations d'intérêt général (v. ss 7).

§ 2. ARTICLE 106, § 2

121. Dérogation fondée sur la mission particulière de l'entreprise dotée d'un droit exclusif. L'État comme les entreprises doivent respecter les règles de concurrence. Ce principe est assorti de dérogations pour les entreprises chargées de la gestion d'un service d'intérêt économique général (SIEG) par application de l'article 106, § 2, TFUE. Cette disposition prévoit que les entreprises chargées de la gestion d'un service d'intérêt économique général (SIEG) – ou présentant un caractère fiscal – peuvent échapper aux règles

1. CJCE 12 févr. 1998, *Raso*, aff. C-163/96, *Rec.* 533.

2. TPICE 18 nov. 1992, *Rendo*, aff. T-16/91, *Rec.* II, p. 2420.

3. CJCE 12 févr. 1998, *Sylvano Raso*, aff. C-163/96, *Rec.* I. 533 ; CJCE 9 sept. 2003, *CIF*, aff. C-198/01, *Europe* 2003, comm. 366, obs. L. Idot.

4. CE 8 nov. 1996, *FFSA*, *Europe* 1996, 468, *D.* 1997. 281, note F.-H. Briard.

5. CE 29 juill. 2002, *Sté Cegedim*, *Dr. adm.* 2002, n° 173, obs. M. Bazex, et S. Blazy, *CCC* 2003, n° 39, et nos obs. ; v. cependant, pour une analyse restrictive de l'abus, CE 16 juin 2004, *Mutualité fonction publique*, *CCC* 2004, comm. 155, et nos obs.

de concurrence si ces dernières font obstacle à leur mission d'intérêt économique général¹. L'entreprise doit gérer un service d'intérêt général en vertu d'un acte de la puissance publique. Une telle habilitation peut résulter d'une loi, d'un règlement et même d'un contrat². Une simple surveillance administrative de l'activité ne suffit pas³ ; par ailleurs, l'entreprise ne peut elle-même s'arroger une telle mission⁴.

Il n'est pas nécessaire que la viabilité de l'entreprise soit menacée pour que l'article 106, § 2, TFUE puisse s'appliquer. Il suffit que le maintien de droits exclusifs soit nécessaire pour l'accomplissement de la mission impartie dans des conditions économiquement acceptables⁵.

122. Notion. La notion a été précisée par les arrêts *Corbeau* et *Commune d'Almélo*⁶. L'entreprise chargée d'un SIEG est tenue de desservir l'ensemble des usagers à tout moment, sur l'ensemble du territoire, à des conditions de qualité similaires, à des tarifs uniformes dépendant de critères objectifs. Une entreprise gérant un SIEG assure cette mission indépendamment des conditions de rentabilité de celui-ci⁷. En conséquence, par dérogation aux règles de concurrence, une entreprise gérant un service universel peut pratiquer un tarif élevé (largement au-dessus du prix du marché), afin de permettre une compensation entre les zones bénéficiaires et celles qui sont déficitaires⁸. De même, est-il admis qu'un service d'intérêt général peut être financé en partie par un service plus rentable pour assurer un équilibre économique : par exemple, un service de transport de malades d'urgence, d'intérêt général, peut être financé par un service de transport non urgent – l'entreprise chargée de la mission de transport d'urgence peut alors disposer d'un droit exclusif pour le transport non urgent afin de financer ses charges⁹ ; ou encore, des prestataires de services postaux ne relevant pas du service universel (ex : les services de courrier exprès) peuvent être obligés de contribuer au financement du service universel, par le paiement d'un droit postal au gestionnaire du service universel pour lui permettre de le gérer « dans des conditions économiquement équilibrées »¹⁰.

Néanmoins, l'entreprise ne doit pas profiter de sa mission particulière pour réclamer des taxes ou frais indus¹¹ ou pour se réserver une exclusivité à des fins uniquement commerciales¹².

1. Parmi une bibliographie abondante : J.-V. Louis et S. Rodrigues, *Les services d'intérêt économique général et l'Union européenne*, 2006, Bruylant.

2. Par ex. : CJCE 27 avr. 1994, aff. C-393-92, *Commune d'Almélo*, Rec. 1477 (contrat de concession) ; CJCE 19 mai 1993, aff. C-320-91, *Corbeau*, Rec. 2583.

3. CJCE 14 juill. 1981, *Züchner c/ bayerische Vereinsbank*, RTD com. 1982. 741, obs. Gavaldà.

4. CJCE 21 mars 1974, aff. 127/73, *BRT c/ SABAM*, Rec. 313.

5. CJCE 21 sept. 1999, *Fonds de pension néerlandais* ; CJCE 17 mai 2001, *TNT Traco SpA*, aff. C-340/99, *Europe* 2001, n° 228, obs. L. Idot.

6. CJCE 19 mai 1993, *Corbeau*, aff. 320-91, Rec. 2533 ; CJCE 27 avr. 1994, *Commune d'Almélo*, aff. 393-92, Rec. 1477 : « L'obligation, pour le titulaire de cette mission, d'assurer dans des conditions d'équilibre économique présuppose la possibilité d'une compensation entre des secteurs d'activité rentables et des secteurs moins rentables et justifier, dès lors, une limitation de la concurrence de la part d'entrepreneurs particuliers, au niveau des secteurs rentables ».

7. CJCE 17 mai 2001, *Poste italienne*, C-340/99.

8. CJCE 18 juin 1998, *Corsica Ferries*, CCC 1998, n° 167.

9. CJCE 25 oct. 2000, *Ambulanz Glöckner et autres*, CCC 2002, n° 13, obs. S. Poillot-Peruzzetto.

10. CJCE 17 mai 2001, *TNT Traco SpA*, et *Poste italienne*, aff. C-340/99, *Europe* 2001, n° 228, obs. L. Idot.

11. CJCE 10 févr. 2001, *Deutsche Post AG*, aff. C-147/97 et C-148/97, *Europe* 2001, n° 110, obs. L. Idot.

12. TPICE 10 juill. 1991, *RTE*, T-69/89.

123. SIEG et aides d'État. Les activités d'intérêt économique général font souvent l'objet d'aides d'État. Divers textes européens adoptés en 2011 et 2012 sous forme d'un « paquet »¹ précisent la notion de SIEG, dans leurs relations avec les aides publiques. Un guide relatif à la gestion des SIEG a été élaboré par la Commission européenne².

124. Exemples. Les services économiques d'intérêt général portaient traditionnellement sur des activités considérées comme vitales et essentielles pour la communauté nationale, tels les télécommunications, l'énergie, les transports, ou les services postaux.

La jurisprudence européenne a eu à connaître de la surveillance antipollution dans un port exercée sur la base d'une concession exclusive conférée à un opérateur privé par un organisme public³, des activités d'Eurocontrol⁴, du service de courrier des plis ordinaires, l'obligation de traitement du courrier transfrontalier⁵, ou du transport d'urgence de personnes malades ou blessées⁶; mais, une évolution est toujours possible, vers une plus grande mise en concurrence. La Commission a cité pour exemple la fourniture de base, accessible à tous, d'énergie, de télécommunications, de services postaux, de transport, d'eau et de services d'élimination des déchets⁷.

Mais la notion est fort évolutive. Mais sous l'influence du droit européen, un certain nombre de ses activités, surtout celles liés aux transports et télécommunications, ont été ouvertes progressivement à la concurrence. La notion de SIEG se réduit comme une peau de chagrin.

Par exemple, la Poste échappe aux exigences du marché pour le courrier de moins de 50 grammes, et le reste du courrier est ouvert à la concurrence⁸.

125. L'article 106, § 2, TFUE est d'interprétation stricte : 1° la notion est d'interprétation restrictive. Par exemple, les services de manutention dans un port ne sont pas des activités de SIEG⁹ (cependant, en France, une telle activité relève généralement de contrat de concession de service public); et 2° l'exclusion des règles de concurrence doit être strictement limitée à ce qui est nécessaire à l'accomplissement de la mission d'intérêt général, par application du principe de proportionnalité. Le juge européen vérifie que l'entreprise assure sa mission d'intérêt général pour satisfaire en permanence, à des tarifs uniformes et à des conditions de qualité similaires. Si l'activité n'était pas assurée de façon satisfaisante, l'entreprise ne serait pas en droit de revendiquer une dérogation aux règles de concurrence. Comme le relève un auteur, la qualité est au cœur du raisonnement du juge européen¹⁰.

1. Le nouveau paquet adopté par la Commission le 20 décembre 2011 et le 25 avril 2012 (v. IP/11/1571, MEMO/11/929 et IP/12/402) comprend quatre instruments encadrant les aides d'États.

2. Guide sur les services d'intérêt économique général (SIEG), IP/13/123 du 18 févr. 2013.

3. CJCE 18 mars 1997, *Diego Cali c/ Figli SRL*, aff. 343/95, Rec. I-1580.

4. CJCE 19 janv. 1994, *Eurocontrol*, aff. C-364/92, Rec. 43.

5. CJCE 10 févr. 2000, *Deutsche Post AG*, aff. C-14/97 et C-148/97, *Europe* 2000, n° 110, note L. Idot.

6. CJCE 25 oct. 2000, *Ambulanz Glöckner et autres*, CCC 2002, n° 13, obs. S. Poillot-Peruzzetto.

7. Glossaire établi par la Commission (disponible sur son site internet), cité par M.-A Frison-Roche et M.-S. Payet, *Droit de la concurrence*, n° 71, note 5.

8. Communiqué Comm. du 18 oct. 2006, CCC déc. 2006. Des options seront laissées aux États pour financer ces activités, avec notamment la possibilité de créer un fonds de compensation alimenté par tous les opérateurs actifs sur ce marché.

9. CJCE, *Port de Gênes*, 10 déc. 1991, C-179/90.

10. S. Rodriques, préc., *Europe* févr. 2002, chron., spéc. p. 9.

Par ailleurs, l'article 106, § 2, ne peut jouer qu'à la condition que les pratiques du SIEG n'affectent pas les échanges dans une mesure contraire à l'intérêt de l'UE (ex : affecte les échanges une activité postale autorisant le service à intercepter des courriers transfrontaliers) ¹.

Une entreprise chargée d'une mission d'intérêt général peut également développer une activité soumise au jeu concurrentiel. À cet égard, cette activité est soumise aux exigences du marché.

126. La Cour de justice a reconnu aux juges nationaux le pouvoir d'écarter l'article 106, § 2, s'ils ne constatent pas une mission d'intérêt général ². À l'inverse, si les conditions de l'article 106, § 2, sont réunies, les autorités ou juridictions nationales doivent refuser d'appliquer une législation ou réglementation interne contraire, au nom de la primauté du droit européen ³.

127. Soumission des organismes gérant une mission d'intérêt général à la directive de 2005 sur les pratiques commerciales déloyales. La Cour de justice a admis en 2013 qu'un organisme gérant un régime légal d'assurance maladie, qui relève d'une mission d'intérêt général, est assujéti à la directive du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs ⁴.

128. Règles comparables en droit interne ? Il n'existe pas, en droit interne, de règle comparable à celle de l'article 106 § 2 TFUE. Mais l'article L. 420-4-1-1° du Code de commerce prévoit que ne sont pas condamnées les pratiques qui résultent de l'application d'un texte législatif ou d'un texte réglementaire pris sur son application. Ainsi, les autorités de contrôle de concurrence se déclarent incompétentes pour apprécier la régularité d'un acte de délégation de service public qui confère à une entreprise privée un monopole ou des droits spéciaux. De même, le Conseil d'État se retranche-t-il derrière la mission de service public conférée par la loi ⁵. En revanche, sont vérifiées les conditions dans lesquelles sont exploités le monopole et sa conformité avec les exigences du droit de la concurrence.

1. Comm. n° 2001-892 du 25 juill. 2001, *Deutsche Post AG* (interception de courriers transfrontières).

2. CJCE 21 mars 1974, *BRT c/ Sabam*, aff. 127-73, *Rec.* 51.

3. Paris, 7 févr. 1994, *France Telecom*, *CCC* 1994, n° 55, obs. L. Vogel.

4. CJUE 3 oct. 2013, C-59/12, *BKK Mobil Oil*.

5. CE 3 nov. 1997, *Million et Marais*, préc.

La soumission de toute activité économique aux lois de la concurrence

129. Toute activité présente sur un marché est assujettie au droit de la concurrence. On peut parler d'impérialisme de ce droit (Chapitre 1). Le droit de la concurrence a donc une vocation de principe à s'appliquer – ce qui n'est pas sans susciter des difficultés (Chapitre 2).

L'impérialisme du droit de la concurrence

130. *Toute entreprise présente sur un marché est soumise aux lois de la concurrence.* Les notions d'entreprise (Section 1), de marché (Section 2) et d'atteinte au marché (Section 3) sont donc essentielles. La théorie de la territorialité objective, comme fondement du domaine d'application *rationae loci*, est aussi une manifestation de l'impérialisme du droit de la concurrence (Section 4).

Section 1

Notion d'entreprise

131. Le droit européen vise expressément, en ses articles 101 et 102 TFUE, le comportement d'« entreprises ». Le droit interne ne retient la notion d'entreprise qu'à propos de l'abus de position dominante¹. Mais bien que l'article 420-1 du Code de commerce ne mentionne pas la notion d'entreprise, la jurisprudence interne la retient².

L'entreprise fait l'objet d'une analyse économique³. L'entreprise au sens du droit de la concurrence est définie comme une « organisation, qui dispose de moyens personnels, matériels, immatériels, poursuivant de façon durable un but économique déterminé, même si du point de vue juridique, cette unité économique est constituée de plusieurs personnes physiques ou morales »⁴.

En bref, une entreprise exerce une activité économique (§ 1) en toute autonomie (§ 2) sur un marché (§ 3).

§ 1. UNE ACTIVITÉ ÉCONOMIQUE

132. *Pragmatisme du droit de la concurrence.* La jurisprudence européenne affirme régulièrement depuis l'arrêt *Höfner* que « la notion d'entreprise comprend toute entité

1. L'article L. 420-2 du Code de commerce vise l'exploitation abusive par une entreprise.

2. Paris 29 févr. 2000, *Syndicat du livre*, CCC 2000, n° 95, et nos obs. ; approuvé par Com. 15 janv. 2002, *Bull. civ. IV*, n° 15, *D.* 2002. 720, obs. Chevrier, *RTD com.* 2002. 287, obs. E. Claudel, CCC 2002, comm. 61, et nos obs.

3. L. Arcelin, *L'entreprise en droit de la concurrence français et communautaire*, Litec, 2003 ; L. Idot, « La notion d'entreprise en droit de la concurrence, révélateur de l'ordre concurrentiel », in *Mélanges Pirovano*, Frison-Roche, p. 523 ; J.-Y. Chérot, « Le droit communautaire de la concurrence fonde-t-il un ordre concurrentiel ? Essai sur la notion d'entreprise et d'activité économique dans la jurisprudence de la cour », in *Mélanges Piraovano*, *op. cit.*, p. 563.

4. Trib. UE 17 mai 2013, aff. T-146/09, *Parker ITR Srl, Parker-Hannifin Corp.*, pt 84.

exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement, et constitue une activité économique toute activité consistant à offrir des biens ou des services sur un marché donné »¹.

Dans l'arrêt *Hofner*, il a été décidé que l'office fédéral allemand de placement des salariés est une entreprise, alors que son financement est exclusivement public et qu'il ne poursuit aucun but lucratif². Dès lors que l'entité à but non lucratif offre des services qui sont en concurrence avec celle d'autres opérateurs qui poursuivent un but lucratif, l'entité est une entreprise au sens du droit de la concurrence³.

En bref, toute entité exerçant une activité « à but lucratif ou non, qui implique des échanges économiques »⁴ est assujettie aux exigences de concurrence.

Le droit de la concurrence est indifférent aux structures juridiques et au statut juridique (entreprise publique ou privée), comme à l'absence de but lucratif⁵.

Ainsi par exemple, a été qualifié d'entreprise un organisme d'État dépendant d'un ministère⁶, ou une administration⁷ dans la mesure où l'entité exerce une activité économique – l'existence ou non d'une personnalité juridique distincte de celle de l'État, attribuée par le droit national, est sans pertinence pour décider si un organe peut être considéré comme entreprise.

Par exemple, est une entreprise au sens du droit de la concurrence une personne physique – un avocat ou cabinet de conseil qui recommande des comportements anticoncurrentiels et dissimule des preuves⁸, un médecin, ou une personne morale, de droit privé ou public.

Il n'est même pas nécessaire que l'entreprise ait la personnalité morale. Il ne faut pas assimiler entreprise et personne morale.

133. Marchés complètement administrés. La soumission de l'entreprise à une réglementation particulière n'est pas exclusive de l'application du droit de la concurrence. Par exemple, les entreprises de presse, soumises à la loi du 29 juillet 1881 sur la presse, sont assujetties à la prohibition des ententes, abus de position dominante et du contrôle des concentrations.

Pour autant, si la réglementation étouffe toute possibilité de concurrence, par exemple, par une fixation autoritaire des prix (ex : honoraires des médecins du secteur 1), alors les règles de concurrence sont écartées⁹. Les marchés complètement administrés ne sont pas soumis au droit des pratiques anticoncurrentielles.

1. CJCE 23 avr. 1991, *Höfner*, aff. C-41/90, *Rec.* 1979 ; TPICE 12 déc. 2000, *Aéroports de Paris*, aff. T-128/98, *Europe* 2001, n° 62, obs. L. Idot ; CJCE 15 nov. 1995, *FFSA*, aff. C-244/94, *Rec.* 4013.

2. CJCE 23 avr. 1991, *Höfner*, préc.

3. CJUE 28 févr. 2013, aff. C- 1/12, *Orden dis Technicos de contás* (ordre national d'expert-comptables).

4. Cons. conc. n° 05-D-14 du 6 avr. 2005, *RLC* 2005. 74, obs. Debroux.

5. En droit européen, pour une association : CJCE 29 oct. 1980, *Van Landwick c/ Comm.*, *Rec.* 3125 ; en droit interne, pour une décision de boycott prononcée par un Conseil de l'ordre régional des pharmaciens, *Com.* 10 mars 1998, *D.* 1998. IR 111.

6. CJCE 16 juin 1987, *Italie*, aff. C-118/85, *Rec.* 2599 : la Cour a pris en compte « des activités économiques de caractère industriel ou commercial consistant à offrir des biens ou des services dans le marché... l'existence ou non d'une personnalité juridique distincte de celle de l'État, attribuée par le droit national, est sans pertinence pour décider si un organe peut être considéré comme entreprise ».

7. Décision de la Commission n° 1999/98 du 10 février 1999 (*JOCE* n° L-69) : l'administration de l'aviation civile finlandaise dont l'activité principale est la fourniture aux compagnies aériennes, de services liés à l'accès aux infrastructures aéroportuaires civiles en contrepartie de redevances.

8. TPICE 8 juill. 2008, T-99/04, *Treulhand* ; CJCE 19 févr. 2002, *Wouters*, aff. C-309/99, *Rec.* 1577 ; Paris, Pôle 5, Ch. 5-7, 6 juin 2013, *Le Géfil*, *CCC* 2013, comm. 219, obs. G. Decocq.

9. *Com.* 7 avr. 2010, *Bull. civ.* IV, n° 71, *CCC* 2010, comm. 162, et nos obs. : à propos de recommandation émanant de différents syndicats de médecins conventionnés : « cette modalité de leur activité professionnelle (fixation des honoraires) échappe à toute concurrence et... il ne peut donc être

Pour qu'une entreprise régulée puisse néanmoins être soumise au droit des ententes ou de l'abus de position dominante, il faut qu'elle dispose d'une marge de manœuvre suffisante pour être en mesure de conclure une entente ou de commettre un abus.

134. Abus automatique et absence de marge de manœuvre de l'entreprise. Pareillement, une entreprise qui dispose d'un droit exclusif ou d'un monopole en vertu d'un acte de puissance publique, ne peut être poursuivie pour abus automatique de position dominante si elle démontre qu'elle ne disposait d'aucune marge de manœuvre et donc d'aucune autonomie.

135. Imputation de la pratique anticoncurrentielle à l'entreprise. Une pratique anticoncurrentielle sera imputée à une entreprise, même si elle a été initiée ou mise en œuvre par des salariés ou des dirigeants ou des associés majoritaires¹. En sa qualité d'acteur économique sur un marché, l'entreprise est seule responsable des comportements anticoncurrentiels adoptés². Pour imputer le comportement litigieux, il suffit qu'une personne ait été autorisée à agir pour le compte de l'entreprise, même comme salarié³.

136. Indifférence de la bonne foi. Le droit de la concurrence est objectif. Il est indifférent à la bonne ou mauvaise foi, à l'ignorance du caractère anticoncurrentiel du comportement. L'imputation d'une infraction aux articles 101 ou 102 TFUE ne suppose pas une action ou même une connaissance des associés ou des gérants principaux de l'entreprise concernée par cette infraction⁴.

La responsabilité personnelle, pénale, des dirigeants peut être engagée s'ils ont participé sciemment à la pratique anticoncurrentielle, dans les conditions de l'article L. 420-6 du Code de commerce doivent être réunies.

137. Tout est économique. Le droit de la concurrence est hégémonique. Il a vocation à appréhender toute activité de production, de distribution ou de service, pourvu que celle-ci soit « économique », c'est-à-dire puisse être présente sur un marché où se rencontrent l'offre et la demande, même si l'offre peut être réduite à un seul opérateur en cas de monopole. Les exceptions aux lois du marché sont fort réduites. Aucun secteur d'activité n'échappe au droit de la concurrence : une activité civile, relevant d'une profession libérale, agricole, culturelle, sportive, etc.

138. Exemples. Par exemple, des associations nationales de football, propriétaires des droits exclusifs de diffusion et transmission des manifestations sportives qu'elles ont

retenu que les agissements reprochés aux syndicats aient eu pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché, en particulier de faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché ; qu'en l'état de ces constatations et énonciations faisant ressortir que les marchés des consultations, actes techniques et chirurgicaux des médecins spécialistes libéraux du secteur I sont soumis à une réglementation des prix excluant toute possibilité d'une concurrence susceptible d'être empêchée, restreinte ou faussée par les pratiques incriminées, c'est à juste titre que la cour d'appel a dit inapplicables les dispositions de l'article L. 420-1 du Code de commerce ».

1. CJCE 28 juin 2005, *Dansk Rorindustri*, C-189/02, *Europe* 2005, comm. 306, obs. L. Idot.

2. Par ex. : ADLC n° 10-D-03, *Marchés publics passés par la communauté urbaine de Lille*.

3. CJCE 7 juin 1983, aff. 100/80 à 103/80, *Musique Diffusion française e. a.*, *Rec. CJCE* 1983. 1825 ; TPICE 20 mars 2002, aff. T-15/99, *Brugg Rohrsysteme*, *Rec. CJCE* 2002. II. 1613.

4. CJCE 7 juin 1983, aff. 100/80 à 103/80, *Musique Diffusion française e. a.*, *Rec. CJCE* 1983. 1825 ; TPICE 20 mars 2002, aff. T-15/99, *Brugg Rohrsysteme*, *Rec. CJCE* 2002. II. 1613.

organisées, sont des entreprises au sens du droit de la concurrence¹. De même, l'édition par des instances sportives d'une réglementation antidopage par un organisme sportif doit satisfaire aux exigences de concurrence². Le fait que l'activité échappe à l'application des dispositions relatives à la liberté d'établissement et de services ne signifie pas qu'elle échappe aussi automatiquement à l'application des règles de concurrence.

Ou encore, un organisme de protection de l'environnement peut être considéré comme une entreprise, pour partie de ses activités, comme la vente de bois ou la conclusion de baux. De telles activités sont dissociables de sa mission d'intérêt général de défense de l'environnement et ont une nature économique³.

§ 2. EXERCÉE EN TOUTE AUTONOMIE⁴

La règle sera exposée (A). Elle suscite des difficultés en cas de groupe de sociétés (B) ou de restructurations d'entreprises (C).

A. Principe d'autonomie

139. L'entreprise, au sens du droit de la concurrence, doit disposer d'une autonomie dans la détermination de son comportement sur le marché pour se voir imputer un comportement anticoncurrentiel.

Par exemple, en droit européen, il a été admis que des ouvriers portuaires salariés ne constituent pas des entreprises au sens du droit européen, faute d'indépendance des salariés⁵. De même, une organisation représentative de salariés n'est pas une entreprise au sens du droit de la concurrence⁶.

140. *Différents établissements d'une entreprise (succursales, agences, etc.) et droit des pratiques anticoncurrentielles.* Dès lors que l'entreprise est dotée d'une autonomie, elle est responsable de ses comportements anticoncurrentiels. En conséquence, au regard des autorités internes⁷ et européennes⁸, de simples succursales ou des directions locales peuvent être considérées comme des entreprises si elles sont autonomes – ce qui suppose qu'elles disposent d'une autonomie commerciale et financière en dépit de leur intégration. Pour autant, n'ayant pas de personnalité juridique distincte, l'établissement est présumé sous la dépendance économique de la société principale. Celle-ci peut renverser cette présomption pour échapper à toute responsabilité pour des comportements émanant de sa succursale ou agence en prouvant l'autonomie du pouvoir de décision de son établissement secondaire⁹.

1. TPICE 26 janv. 2005, *Piau*, T-193/02 ; v. C. Roda, « Sport et droit de la concurrence, l'exemple du football professionnel », *Concurrences* n° 3-2012, p. 71.

2. CJCE 18 juill. 2006, aff. C-519/04, *Meca-Medina et Madjcen*, CCC 2006, comm. 228, et nos obs. crit. : la Cour conclut, néanmoins, qu'en l'espèce, les règlements anti-dopage ne tombent pas sous le coup de l'article 81 (devenu art. 101) lorsqu'ils sont proportionnés à leur objectif.

3. Trib. UE 12 sept. 2013, T-347/09.

4. Pour une étude complète, L. Idot, « La responsabilité pénale des personnes morales, les leçons du droit européen de la concurrence », *Concurrences* n° 2-2012, p. 55 s. (la responsabilité pénale est entendue comme la responsabilité devant les autorités de concurrence).

5. CJCE 16 sept. 1999, *Bécu*, aff. C-22/98, *Rec.* 5682.

6. CJCE 16 sept. 1999, *Bécu*, aff. C-22/98, *Rec.* I-5665, CCC 2000, n° 12, obs. S. Poillot-Peruzzetto.

7. Cass., ass. plén., 14 mars 1997, *GTIE et Batignolles*, *Bull. civ.*, n° 3 ; Com. 13 nov. 2003, *Ste Colas-Rhône-Alpes* (BOCC 12 mars 2004, p. 169).

8. Comm. du 9 juin 1972, *Raymond-Nagoya* (JOCE n° L-143 du 23 juin 1972).

9. Cass., ass. plén., 14 mars 1997, deux arrêts, CCC 1997, n° 102, obs. L. Vogel.

L'autonomie doit permettre à la structure locale de définir sa propre stratégie commerciale, financière et technique lui permettant de s'affranchir du contrôle hiérarchique du siège social. Si l'entité a une liberté d'action dans le domaine technique et juridique mais non financier, elle n'est pas autonome¹. De même si elle ne dispose que d'une simple délégation de pouvoir², ou d'une simple immatriculation au registre du commerce et des sociétés³, elle n'est pas autonome. En pratique, il est exceptionnel qu'une simple agence ou succursale se voie reconnaître une véritable autonomie.

141. Accord de représentation. Une entente suppose une pluralité de parties à l'entente. Un contrat d'agence commerciale peut donc relever du droit des ententes – à la condition que les deux parties disposent d'une autonomie permettant de conclure en l'existence de deux entreprises au sens du droit de la concurrence. Or, en droit civil, le contrat de mandat (d'agence) est un contrat de représentation en vertu duquel l'agent agit pour le compte et au nom du mandant. L'agent n'a pas d'autonomie d'action et agit dans les limites des pouvoirs et instructions données par son mandant. Il en va différemment en droit de la concurrence qui appréhende la réalité économique. Si le représentant (agent commercial, par ex.) n'est pas intégré à l'entreprise du mandant et constitue une entreprise autonome, le droit de la concurrence considère les deux entreprises, celle du mandant et celle de l'agent comme deux entités distinctes. À l'inverse, si un agent, même doté d'une personnalité juridique distincte, ne se comporte pas sur le marché de façon autonome, mais applique les instructions de son commettant, l'article 101 du TFUE ou l'article L. 420-1 du Code de commerce est inapplicable, faute d'une pluralité de parties. La réalité économique l'emporte sur la qualification juridique.

Pour caractériser l'autonomie de l'agent, l'essentiel tient en l'existence ou non de risques commerciaux. Comme le souligne la jurisprudence, « la question du risque doit être analysée au cas par cas et en tenant compte de la réalité économique »⁴. Il faut vérifier si l'agent a ou non une autonomie de comportements, non pas tant par rapport à l'agent, mais par rapport aux clients. En revanche, il est indifférent de savoir si l'agent opère pour un ou plusieurs commettants ou en partie pour lui-même.

Parmi les critères retenus pour admettre que le mandant et son mandataire constituent une unité économique unique, sont relevés l'absence d'autonomie dans la fixation du prix, l'absence d'obligation pour l'agent de constituer un stock de véhicules, les termes du contrat unilatéralement déterminés par le constructeur, l'absence d'achat pour revente par l'agent, la fonction de l'agent étant limitée à la sollicitation de clients potentiels, le transfert de propriété des marchandises, la contribution aux coûts de la distribution ou la réalisation d'investissements spécifiques à la vente de marchandises...

En revanche, « si le représentant ne supporte aucun des risques résultant des contrats négociés pour le commettant et opère comme auxiliaire intégré à l'entreprise du commettant », il n'est pas une entreprise indépendante au sens de l'article 81 (devenu art. 101 TFUE)⁵.

1. Paris, 23 juin 1993 (BOCC 1^{er} juill. 1993, p. 179).

2. Cass., ass. plén., 14 mars 1997, préc. ; Com. 13 nov. 2003, *Ste Colas-Rhône-Alpes* (BOCC 12 mars 2004, p. 169).

3. Com. 13 févr. 2001, *Sté Synergie* (BOCC 31 mars 2001, p. 212).

4. CJCE 14 déc. 2006, *Confederacion espanola de empresarios...*, aff. C-217/05, *Rev. contrats* 2007. 763 ; TPICE 15 sept. 2005, *Daimler Chrysler*, aff. T-325/01, *Concurrences* n° 4-2005, p. 63, obs. E. Claudel, *Europe* 2005, n° 391, obs. L. Idot (point 16 de l'arrêt) ; CJCE 16 déc. 1975, *Suiker Unie*, aff. 40 à 48 et a/73, *Rec.* 1663.

5. CJCE 24 oct. 1995, *Volkswagen*, aff. C-266/93, *Rec.* 3477.

Les lignes directrices complétant le Règlement n° 330 d'exemption sur les restrictions verticales comportent des développements importants sur la question.

142. Contrat de sous-traitance. De même, l'article 101 TFUE est inapplicable aux contrats de sous-traitance quand le sous-traitant « n'apparaît pas comme un offreur indépendant sur le marché »¹. Si le sous-traitant utilise des droits de propriété intellectuelle, des connaissances ou des procédés techniques détenus par le donneur d'ordre, il n'est pas indépendant.

B. Groupe de sociétés

143. Un groupe de sociétés est composé de plusieurs sociétés, société mère et filiales, elles-mêmes parfois détenues par une holding. En fonction du degré d'autonomie, le groupe peut être appréhendé comme une entité unique ou comme une pluralité d'entreprises.

Une telle solution est lourde de conséquences, car si une unité économique est reconnue, cela signifie que la société mère pourra être déclarée responsable des agissements anticoncurrentiels de sa filiale – ce qui est contraire aux principes d'autonomie des personnes morales et de responsabilité personnelle. Et le montant de l'amende sera calculé sur le chiffre d'affaires global du groupe, composé de la mère et de ses filiales.

La jurisprudence européenne a admis qu'une société mère puisse être responsable d'un agissement de sa filiale (entente) dans l'arrêt des matières colorantes en 1972² : « la circonstance que la filiale ait une personnalité juridique distincte ne suffit pas à écarter la possibilité que son comportement soit imputé à la société mère ; tel peut être le cas lorsque la filiale... ne détermine pas de façon autonome son comportement sur le marché, mais applique pour l'essentiel les instructions qui lui sont imparties par la société-mère ». La solution a ensuite été étendue aux abus de position dominante dans les affaires *Continental Can* et *Zoja*³.

Ainsi, un groupe de sociétés, composé de plusieurs personnes morales distinctes, peut être appréhendé comme une seule et même entreprise dès lors qu'il constitue une « unité économique ».

144. Condition de la reconnaissance d'une unité économique : l'influence déterminante. Pour imputer un comportement d'une filiale à la société-mère, la preuve d'une unité économique doit être rapportée. Il faut alors prouver l'absence d'autonomie de sa filiale – ce qui est le cas lorsque celle-ci n'est pas en mesure de définir sa propre stratégie commerciale, financière et technique, et ne peut s'affranchir du contrôle hiérarchique du siège dont elle dépend. Ce qui importe pour caractériser l'entité unique, c'est que la société mère exerce une influence déterminante sur sa filiale. Il est indifférent que la société mère soit une simple fondation ou même qu'elle ne soit pas une entreprise au sens du droit de la concurrence dès lors que le comportement anti-concurrentiel est imputé au groupe, caractérisé comme une unité économique⁴.

1. V. précisions données par la Communication 2000/C 291/01 sur les restrictions verticales (*JOCE* n° C-291 du 13 oct. 2000, p. 12 s.).

2. CJCE 14 juill. 1972, *Imperial Chemical Industries Ltd*, C-48/69 (matières colorantes).

3. CJCE 21 févr. 1973, *Europemballage Corporation et Continental Can Company Inc*, C- aff. 6-72 ; CJCE 6 mars 1974., *Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A. et Commercial Solvents Corporation*, aff. jtes C-6 et 7-73 ; Trib. UE 27 oct. 2010, *Alliance One International*, T-24/05.

4. CJUE 11 juill. 2013, C-429/11, *Gosselin Group NV*.

Il convient de prendre en considération l'ensemble des éléments relatifs, aux liens économiques, organisationnels, et juridiques qui unissent l'entreprise à sa société mère ou la société contrôlante (composition du conseil d'administration, choix des directeurs, qui prend les décisions stratégiques, etc.) pour déterminer l'influence déterminante. Par exemple, la filiale peut être considérée comme dépendante si la société mère, par son poids sur le marché et par les postes d'administrateurs dont elle dispose dans sa filiale, est en mesure de contrôler les décisions de gestion importantes¹. Il faut alors vérifier si la société mère ou contrôlante exerce une influence déterminante sur l'entreprise contrôlée.

La notion d'influence déterminante est appréciée largement : elle s'applique pour de simples activités de *reporting*, de consultation ou « de supervision ».

Cependant, une simple prise de participation, même conférant une majorité de contrôle, dans le capital d'une société ne suffit pas². Cette participation dans le capital doit conférer à l'actionnaire « une influence déterminante ».

145. Présomption capitalistique. Depuis la jurisprudence *Akzo*³, confirmée par une jurisprudence postérieure⁴, lorsque la totalité du capital d'une filiale est détenue par sa société mère, la Commission peut présumer que cette dernière exerce une influence déterminante sur la politique commerciale de sa filiale. Dans une telle situation, la Commission peut infliger une amende à la société mère sans avoir à établir préalablement l'implication personnelle de cette dernière dans l'infraction. Cette présomption dite « capitalistique » dispense les autorités de concurrence de vérifier si la société mère a effectivement exercé son pouvoir d'influence déterminante sur sa filiale.

Toutefois, même en présence d'un contrôle à 100 %, la Commission peut toujours caractériser l'exercice effectif d'une influence déterminante de la société mère sur sa filiale par des preuves supplémentaires permettant d'établir l'effectivité du contrôle de la société mère sur sa filiale (méthode qualifiée sous un vocable fort peu élégant et d'une horrible technicité, dite de la « double base »).⁵ Qui peut le plus peut le moins !

L'arrêt *Gosselin* a admis que la présomption capitalistique est simple et peut être renversée par la société mère en prouvant que, malgré les liens capitalistiques, la filiale s'est comportée de façon autonome, car la société mère n'a pas exercé son pouvoir de direction⁶ – preuve extrêmement difficile à rapporter.

La théorie de l'unité économique a été critiquée (par les avocats des groupes) comme ne répondant pas à la réalité des marchés, les filiales même intégrées agissant souvent de

1. Avis, Comm. conc. du 13 déc. 1983, *Secteur du béton...*, *BOSP* 23 oct. 1984.

2. CJUE 10 janv. 2006, C-222/04, *Ministero delle Economica e delle Finanze* : « la simple détention de participations, même de contrôle, ne suffit pas à caractériser une activité économique de l'entité détentrice de ces participations, lorsqu'elle ne donne lieu qu'à l'exercice des droits attachés à la qualité d'actionnaire ou d'associé, ainsi qu'à... à la perception de dividendes, simple fruits de la propriété d'un bien ; en revanche, une entité qui, détenant des participations de contrôle dans une société, exerce effectivement ce contrôle en s'immisçant directement ou indirectement dans la gestion de celle-ci doit être considérée comme prenant part à l'activité économique exercée par l'entreprise contrôlée » ; CJUE 11 juill. 2013, C-429/11, *Gosselin Group NV*.

3. CJCE 18 sept. 2009, *Akzo*, C-07/08, *RTDE* 2010. 647, obs. J.-B. Blaise.

4. CJUE, gde ch., 29 mars 2011, *Arcelor Mittal*, C-201/09 et 216/09 (aff. des poutrelles), *RTDE* 2012. 834, obs. J.-B. Blaise, *Europe* 2011, comm. 182, obs. L. Idot ; Trib. UE 19 sept. 2013, *Areva*, aff. jtes, C-253/11.

5. CJUE 26 sept. 2013, C-668/11 et C-679/11, *Tabac brut espagnol*.

6. Trib. UE 16 juin 2011, aff. T-208/08 et T-209/08, *Gosselin Group*, *RLDA* 2011/63, n° 3605, obs. C. Mathonnière.

façon opportuniste sur les marchés¹. La jurisprudence n'a pas tenu compte de ces critiques pour remettre en cause la théorie de l'unité économique.

146. Étendue de la responsabilité de la société-mère. En l'absence d'autonomie de sa filiale, la société mère sera responsable solidairement des agissements de sa filiale, mais dans la limite de la responsabilité retenue contre sa filiale².

Dès lors que la filiale est considérée comme dépourvue d'autonomie, on sera surpris que la société mère soit solidairement responsable des agissements de sa fille. En toute rigueur, elle devrait être responsable à titre exclusif.

En revanche, l'entente est imputée à la filiale si celle-ci détermine sa propre stratégie et est donc autonome. Pour autant, la société mère peut être aussi condamnée solidairement si elle a approuvé ou participé au comportement anticoncurrentiel de sa filiale³.

147. Droit interne. L'autorité française de concurrence et les juridictions de recours, appliquant le droit européen de la concurrence, ont également retenu la présomption capitalistique, notamment dans l'affaire *Orange-Caraïbes*⁴.

La solution a été récemment étendue au seul droit interne de la concurrence⁵. La présomption d'imputabilité peut être renversée⁶.

148. Fraude. Si des entreprises ont dissimulé leur appartenance à un groupe, lors d'un appel d'offres, en se présentant comme des entreprises indépendantes, elles ne peuvent ensuite invoquer le groupe, pour faire porter la responsabilité sur la société mère⁷.

149. Application de la théorie de l'unité économique aux accords intra-groupe : l'affaire *Viho*⁸ : La filiale est dépourvue d'autonomie lorsque la société la mère exerce

1. S. Völcker et P. Sarnin, « Rougj Justice ? An analysis of the European's Commisison's new fining guidelines », (2007) 44 *Common Market law review*, p. 1285 s., spéc. p. 1317.

2. CJUE 22 janv. 2013, C- 286/11, *Tompkins*.

3. Par ex. : Cons. conc. du 5 nov. 1991, *Secteur des granulats et du béton prêt à l'emploi* (BOCC 3 janv. 1992).

4. Cons. cons. n° 09-D-36 du 9 déc. 2009, pt 423, relative à des pratiques mises en œuvre par Orange Caraïbe et France Télécom sur différents marchés de services de communications électroniques dans les départements de la Martinique, de la Guadeloupe et de la Guyane : Orange Caraïbe étant une filiale détenue indirectement en totalité ou quasi-totalité par France Télécom au moment des faits « en application de la jurisprudence communautaire, il doit être présumé que France Télécom et Orange Caraïbe constituent une entité économique unique et, dès lors, une entreprise au sens du droit communautaire » ; Com. 31 janv. 2012, pourvoi n° 10-25.772, D. 2012. 429, note É. Chevrier, *RTDE* 2012. 453, obs. L. Idot.

5. ADLC n° 11-D-02 du 26 janv. 2011, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la restauration des monuments historiques : « Même lorsqu'elle fait application des seules dispositions de droit interne, l'Autorité est fondée, dans un cas comme celui de l'espèce, où une société mère détient la totalité ou la quasi-totalité du capital de sa filiale auteur d'un comportement infractionnel, à présumer l'exercice par la société mère d'une influence déterminante sur la politique commerciale de sa filiale, et à la tenir solidairement responsable pour le paiement de l'amende infligée à sa filiale ».

6. ADLC n° 13-D-12 du 28 mai 2013, *Produits chimiques* : doit être prouvé que (i) dès l'origine la société mère avait acquis la société pour ses activités spécifiques de transport et logistique avec pour volonté de céder la partie « produits chimiques » (cession intervenue deux ans après l'acquisition) ; (ii) l'exclusion de la filiale du périmètre de consolidation de la société mère, motivée par cette volonté de revente rapide ; (iii) l'absence de mandataire social commun entre les organes de gouvernance respectif ou d'intervention dans la nomination du dirigeant de la filiale ; ADLC n° 10-D-21 du 30 juin 2010, *Neopost*.

7. Par ex. : ADLC n° 10-D-04 du 26 janv. 2010, *Secteur des tables d'opération*.

8. CJCE 24 oct. 1996, *Viho*, C-73/95.

une influence déterminante sur sa fille (v. ss 144). La jurisprudence a appliqué la présomption capitalistique dans l'affaire *Viho* (la société mère détenait 100 % du capital de ses filiales).

En l'espèce, un accord avait été conclu entre la mère et la fille ayant pour objet de cloisonner le marché. Toute filiale recevant des commandes de clients (opérateurs économiques) situés hors de son territoire national devait renvoyer la commande à la filiale située sur le territoire du client. Un client, la société Viho, néerlandaise, souhaitant profiter des prix plus bas pratiqués par la filiale allemande, s'était vu opposer un refus et un renvoi devant la filiale néerlandaise. Aussi, la société Viho a-t-elle agi devant la Commission en invoquant une violation de l'article 101 TFUE. Sa demande fut rejetée au motif que le capital des filiales étant entièrement détenu par la mère (présomption capitalistique), elles ne jouissaient d'aucune autonomie. En conséquence, fille et mère constituaient une unité économique.

Faute d'une pluralité de parties autonomes, l'article 101 TFUE est inapplicable à un accord intra-groupe lorsque mère et filiale constituent une unité économique. On a pu parler de l'immunité du groupe.

Cette immunité en l'absence d'autonomie est également admise en droit interne¹.

150. Appartenance à un groupe de sociétés et sanction. Même si la filiale est indépendante, l'appartenance à un groupe n'est pas indifférente dans l'évaluation de la sanction infligée par les autorités de concurrence, en cas de pratiques anticoncurrentielles (v. ss 619).

C. Restructuration d'entreprises

151. Imputabilité d'une pratique anticoncurrentielle et restructuration d'entreprises. La vie des sociétés, notamment lorsqu'elles appartiennent à un groupe, est agitée. Le capital d'une filiale peut être cédé en tout ou partie (prise de contrôle), comme peuvent l'être leurs actifs (cession d'actifs en totalité ou en partie, cession d'entreprises, fusion-absorption, etc.). En cas de restructuration d'entreprises², la question est de savoir quelle entreprise sera poursuivie. Cette question est extrêmement sensible et nourrit un contentieux abondant.

152. Principe de responsabilité personnelle de l'entreprise. Les solutions ont été dégagées dans l'affaire dite du polypropylène³ puis dans l'affaire du carton⁴. Elles sont les mêmes en droit interne et droit européen. Le principe est celui de la responsabilité personnelle⁵. Une pratique anticoncurrentielle doit être imputée à l'entreprise propriétaire des actifs ayant contribué à la pratique pendant la période de l'infraction, sauf si les conditions d'une continuité économique sont réunies (v. ss 153).

En principe, c'est à la personne qui dirigeait l'entreprise à la date de l'infraction de répondre de celle-ci, même si, au jour de la décision, l'exploitation de l'entreprise n'est

1. Com. 12 mars 1996, *Bull. civ.* IV, n° 84.

2. C. Masquéfa, *La restructuration*, LGDJ, coll. « Bibl. dr. privé », 2000.

3. CJCE 8 juill. 1999, *Anic*, C-49/92.

4. CJCE 16 nov. 2000, *Cascades*, C-279/98, *RTDE* 2002. 103, obs. L. Idot ; Trib. UE 16 juin 2011, *Edison*, T-195/06, *RTDE* 2012. 834, obs. J.-B. Blaise.

5. Par ex. : Trib. UE 16 juin 2011, T-195/06, *Solvay*, pts 306 s. : la cessation de l'activité économique est indifférente.

plus placée sous sa responsabilité et que les moyens matériels et humains ayant concouru à l'entente ont été repris par un tiers ¹.

Il importe peu que l'entreprise ait cessé toute activité. Est donc, en principe, responsable celui qui exploite l'entreprise au moment de la commission des faits, même si ont été transférés à une autre personne les moyens matériels et humains ².

L'entreprise qui poursuit son activité après son acquisition par une société tierce, reste responsable de ses comportements anticoncurrentiels ³.

153. Exception : le principe de continuité économique. Afin d'éviter qu'une entreprise puisse échapper à une sanction par le jeu d'un changement d'identité résultant d'une disparition d'entreprise liée à une restructuration, la jurisprudence a élaboré la théorie de la continuité économique. Dans « des circonstances exceptionnelles, » il est possible de « sanctionner une personne morale autre que celle qui a commis l'infraction, mais avec laquelle elle partage des liens structurels » ⁴. La société qui a repris l'activité peut se voir imputer un comportement illicite antérieur auquel elle n'a pas participé.

Le principe de la responsabilité personnelle est écarté à titre exceptionnel et la responsabilité de la pratique anticoncurrentielle est imputée au nouvel exploitant s'il continue à exploiter l'entité impliquée dans l'entente. On applique alors le principe de la continuité économique. Il en est ainsi en cas de transmission universelle du patrimoine, par exemple en cas de fusion-absorption : la société absorbante pourra être poursuivie pour des comportements anticoncurrentiels auxquels elle n'a pas pris part ⁵. De même, en cas de scission, la société disparaît et ses actifs sont partagés entre plusieurs sociétés. Sera responsable la société qui continue l'activité économique sur le marché qui avait été affecté par une pratique anticoncurrentielle, même si cette pratique était antérieure à la scission (principe de la continuité d'exploitation économique des actifs).

En cas de transfert d'activités au sein d'un groupe d'entreprises, la règle de la continuité économique s'applique également ⁶. Ainsi, si plusieurs entités constituent une même entité économique et, donc, une entreprise au sens de l'article 101 TFUE, le fait que celle ayant commis l'infraction existe encore n'empêche pas que soit sanctionnée l'entité à laquelle elle a transféré ses activités économiques ⁷.

Il a été admis que le principe de la continuité économique puisse être invoqué lorsque l'entreprise qui a commis l'infraction a été cédée à un tiers dans des conditions abusives, à savoir des conditions qui ne sont pas celles du marché, dans l'intention d'échapper aux sanctions du droit de la concurrence ⁸.

154. Restructuration et groupe de sociétés. En cas de changement de contrôle au sein d'un groupe de société, la société mère, qui exerçait une influence déterminante sur une

1. 17 mai 2013, aff. T-146/09, *Parker ITR Srl, Parker-Hannifin Corp*, pt. 86 s.

2. Com. 20 nov. 2001, *Sté Bec*, CCC 2002, n° 28, et nos obs. ; Com. 28 févr. 2006, *Établissement français du sang*, CCC 2006, comm. 88, obs. G. Decocq ; TPICE 28 avr. 1994, *AWS Benelux*, CJCE 16 nov. 2000, *SA Cascades*, aff. C-279/98 P, *Rec. I*, 9693, *Europe* janv. 2001, comm. 30, obs. L. Idot ; TPICE 13 déc. 2001, *Krupp-Thyssen*, aff. jtes T-45 et 47/98, *Europe* 2002, n° 62, obs. L. Idot.

3. Trib. UE 3 mars 2011, aff. T-122/07 à T-127/07, *RLC* 2011/28, n° 1843, obs. C. Robin.

4. Trib. UE 17 mai 2013, aff. T-146/09, préc., pt 94.

5. Par ex. : Trib. UE 16 juin 2011, *Salvay*, T-194/06, *RTDE* 2012. 834, obs. J.-B. Blaise.

6. Pour plus de développements, v. L. Idot, « La responsabilité pénale des personnes morales », préc., *Concurrences* n° 1-2012, spéc. n° 58 s.

7. CJUE 8 mai 2013, *Versalis SpA*, C511/11 P, *Concurrences* n° 3-2013, p. 65.

8. Trib. UE 17 mai 2013, aff. T-146/09, préc.

filiale, restera responsable des agissements de sa filiale, mais dans la limite de son influence déterminante— ce qui signifie qu'à compter du jour où la mère n'exerce plus d'influence déterminante, elle ne sera plus responsable des agissements de sa filiale. Si le cartel se poursuit après la cessation des liens capitalistiques, la société mère ne sera pas responsable des agissements postérieurs à son désengagement capitalistique. La solution permet de limiter l'étendue de la responsabilité de la société-mère. Le contentieux est, on le devine, âpre !

155. Incidence des procédures collectives. Le droit des procédures collectives peut avoir une incidence sur la question de l'imputation d'un comportement anticoncurrentiel. En droit européen, le comportement anti-concurrentiel de l'entreprise en faillite peut être imputé à la société repreneuse¹.

Au regard du droit interne, si le tribunal de commerce entérine un plan de continuation dans le contexte d'une procédure de redressement judiciaire, c'est la même société qui, poursuivant son activité, doit être tenue pour responsable de la pratique prohibée². En cas de liquidation judiciaire « tant que la personne morale subsiste juridiquement, parce que les opérations de la liquidation ne sont pas terminées, c'est à elle que doivent être imputées les pratiques qui peuvent être relevées à son encontre, mais le Conseil a généralement considéré, en opportunité, qu'en raison de la mise en liquidation judiciaire, il n'y avait pas lieu de prononcer de sanction. Si les opérations de liquidation sociale sont terminées et que la personne morale a disparu, les griefs ne peuvent être imputés au cessionnaire eu égard aux dispositions de l'article L. 621-63, alinéa 3, du Code de commerce »³. En pratique, une société qui fait l'objet d'une procédure collective échappe souvent à toute sanction financière⁴.

§ 3. SUR UN MARCHÉ

A. Une activité sur un marché

156. Absence de marché. L'entreprise doit exercer une activité économique sur un marché. L'autorité de la concurrence a ainsi décidé que n'est pas une entreprise un syndicat réunissant des ouvriers du livre (ayant entravé l'activité d'une imprimerie), car un tel syndicat n'exerce pas une activité économique sur le marché de l'impression et de l'édition, ni même sur celui du marché connexe du placement des travailleurs⁵.

De même, l'auto-production n'est pas une activité économique, faute de marché. *Sur les marchés régulés*, v. ss 133 et 134.

1. L. Idot, « Entreprises en difficulté et concurrence, la position du droit communautaire », *RIDE* 1995, n° 6.

2. Décis. n° 05-D-47 du 28 juill. 2005, Décis. n° 05-D-51 du 21 sept. 2005.

3. Décis. n° 05-D-47 du 28 juill. 2005.

4. Décis. n° 04-D-03 du 18 févr. 2004, Décis. n° 04-D-15 du 28 avr. 2004, Décis. n° 09-D-03 du 21 janv. 2009.

5. Com. 15 janv. 2002, *Bull. civ.* IV, n° 15, *D.* 2002. 720, obs. É. Chevrier ; en faveur de la solution : P.-H. Antonmattéi, « Droit social, droit de la concurrence : rencontre d'un autre type », *Lamy dr. éco.* déc. 1999, p. 1 ; critique la solution : B. Edelman, « Où la concurrence sera le genre humain », *D.* 2000. Chron. 261 ; on remarquera que le syndicat avait un rôle dans le placement des ouvriers et que dans l'arrêt *Höfner* (CJCE 23 avr. 1991, préc.), la CJCE a admis que l'office allemand de placement des cadres est une entreprise, car exerçant une activité.

157. L'achat de biens pour soi-même. Selon une définition donnée par l'arrêt *Fenin*, l'activité économique consiste à offrir des biens ou des services sur un marché¹. Comme l'a affirmé le TPICE, « dès lors qu'une entité achète un produit, quand bien même elle le ferait en grande quantité, non pas pour offrir des biens ou des services dans le cadre d'une activité économique, mais pour en faire usage dans le cadre d'une autre activité, par exemple, une activité de nature purement sociale, elle n'agit pas en tant qu'entreprise du seul fait de la qualité d'acheteur sur le marché »². L'achat de biens n'est pas par nature une activité économique. Il ne le devient que si le bien est offert sur un marché.

En l'espèce, dans l'affaire *Fenin*, il a été jugé que l'acte d'achat de matériel médical n'était pas économique car l'utilisation ultérieure consistait en prestation de soins médicaux. Il faut donc au cas par cas examiner si l'utilisation ultérieure est une vente ou une prestation de service.

De même, l'auto-production n'est pas une activité économique, faute de marché (v. ss 153).

De même, en droit interne, une activité exercée en milieu fermé, afin de satisfaire les propres besoins d'un organisme, ne constitue pas une activité économique, faute de marché³.

158. La protection de la concurrence entre offreurs. Le marché se détermine par référence à l'offreur. Le droit de la concurrence a pour objet de maintenir une concurrence efficace entre offreurs⁴. Le droit de la concurrence n'a pas pour objet de contrôler les conditions dans lesquelles il est fait usage de la liberté des acheteurs ou plus généralement des demandeurs⁵. De son côté, la Cour de cassation a élevé la liberté, pour un distributeur, de choisir son fournisseur de « liberté fondamentale »⁶. La liberté des acheteurs, comme la liberté de choisir son cocontractant est un des ressorts majeurs du droit de la concurrence.

159. Évolution. Une évolution se dessine. Certains comportements d'achat, surtout lorsque les acheteurs sont des intermédiaires, peuvent fausser la concurrence entre offreurs : par exemple, si un acheteur abuse d'une position dominante ou s'il s'entend avec l'un des offreurs pour évincer un concurrent. Ce qui devrait faire l'objet d'un examen, ce n'est pas le choix de son fournisseur (ce choix est libre) ou plus généralement le choix de son partenaire, mais les *circonstances qui entourent ce choix*. Ainsi, en droit interne, un grief d'entente a été retenu à l'encontre d'un centre hospitalier qui s'était

1. TPICE 4 mars 2003, *Fenin*, aff. C-205-03.

2. TPICE 4 mars 2003, *Fenin*, préc.

3. Par ex. : Cons. conc. n° 2000-D-55 du 8 févr. 2001, *Situation de la concurrence dans le secteur de la désourisation et de la dératisation du département de l'Orne* : « l'activité d'achat du bromadiolone, de fabrication et de mise à disposition des appâts pour la destruction des ragondins et des campagnols terrestres que [la Fédération départementale des groupements de défense contre les ennemis des cultures de l'Orne] exerce en vertu de l'exclusivité conférée à ses adhérents pour l'application des missions d'intérêt collectif qui lui sont confiées et qui ne comportent aucune finalité de profit, ne peut être considérée comme s'exerçant dans le cadre d'un monopole sur un marché au sens du droit de la concurrence ».

4. Par ex. : Cons. conc. n° 02-D-65 du 28 oct. 2002, *LMCA c/ EDF*, CCC 2003, n° 42, et nos obs. : « la libre expression des choix par les demandeurs joue un rôle crucial dans l'économie de marché en ce qu'elle oriente, si elle n'est pas mise en échec par des pratiques anticoncurrentielles émanant des offreurs, les ressources vers les emplois qui sont les plus appréciés et permet ainsi d'obtenir l'efficacité du système ».

5. Par ex. : Rapp. Cons. conc. 1991, P. XXVII ; Rapp. 1988, IX ; Rapp. 1993, p. 12 : « les pratiques soumises à l'ordonnance sont celles mises en œuvre dans le cadre d'activité d'offre ou susceptibles d'affecter les conditions de l'offre sur un marché ».

6. Com. 5 juill. 1994, *JCP* 1994. II. 22323, note Léonnet.

prêté aux exigences anticoncurrentielles formulées par des entreprises à l'occasion de l'attribution d'un marché de transport sanitaire¹.

De même, le Conseil de la concurrence (devenu l'Autorité de la concurrence), incompétent pour se prononcer sur la régularité des procédures de dévolution de délégations de service public (il s'agit du choix d'un prestataire de services), est en revanche compétent pour examiner le comportement d'entreprises candidates à l'attribution de lots dans le cadre de ces délégations (échanges d'informations)² ; de même s'est-il reconnu compétent, dans une formule alambiquée, pour apprécier une autorisation d'accès à des emplacements du domaine public³.

B. Lien entre l'activité économique et le marché

160. Entente. Tant en droit interne qu'en droit européen, l'entente n'implique pas pour autant que tous les participants à l'entente exercent une activité économique sur le marché affecté par l'entente : par exemple, une société organisant des salons professionnels peut être condamnée pour une entente conclue avec des entreprises de manutention⁴.

161. Abus de position dominante. Depuis l'arrêt *Continental Can*, il est affirmé qu'« aucun lien de causalité n'est requis entre la position dominante et son exploitation abusive »⁵.

L'abus peut ainsi être commis sur un marché non dominé mais connexe. Ce qui est reproché à l'entreprise est un « effet de levier »⁶ : l'entreprise utilise sa puissance écono-

1. Com. 16 déc. 1997 (*BOCC* 1998. 423).

2. Cons. conc. n° 02-D-58 du 23 sept. 2002, *Secteur des transports routiers des voyageurs dans le Rhône*, (*BOCC* 28 nov. 2002).

3. Décis. n° 95-MC-16, *Rec. Lamy*, n° 664 : « si la régularité de l'octroi ou du retrait d'une autorisation du domaine public ne peut être appréciée que par le juge administratif, il est constant que la chambre de commerce... donne par ces autorisations accès à des emplacements du domaine public aéroportuaires à des sociétés de location... ; que ces activités constituent une activité de services au sens de l'article 53... » ; *contra* : Décis. n° 02-D-73 du 10 déc. 2002, *Secteur de la location de véhicules sans chauffeur à l'aéroport St Denis*, CCC 2003, n° 90, et nos obs.

4. Com. 13 févr. 1996, *Bull. civ.* IV, n° 48 : « si une entente... suppose l'existence d'actions concertées ou de conventions expresses ou tacites... en vue d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché déterminé, elle n'implique pas pour autant que les auteurs de ces actions prohibées exercent une activité économique sur le marché en cause ; ... la cour d'appel ayant constaté que la convention d'exclusivité conclue par la société SEPIC, société ayant pour objet social d'organiser des salons professionnels, avec six entreprises de manutention avait eu pour effet de créer « artificiellement » une barrière à l'entrée du marché pertinent, qu'elle avait délimité comme étant celui de la manutention des salons, a caractérisé l'existence de l'entente litigieuse... » ; CJCE 17 oct. 1989, *Dow Chemical Iberica*, aff. jtes 97 à 99/87, *Rec.* 3165 ; Trib. UE 8 sept. 2010, *Deltafina*, T-29/05 : « la Commission n'excède pas les limites de l'interdiction à l'article 81, § 1, CE en établissant la responsabilité d'une entreprise pour une infraction à cette disposition, lorsque celle-ci, bien qu'étant active sur le marché immédiatement en aval de celui sur lequel les pratiques restrictives de concurrence ont été mises en œuvre, participe activement et de propos délibéré à une entente entre producteurs actifs sur un marché distinct de celui sur lequel elle opère elle-même. En effet, une entreprise est susceptible de violer l'interdiction prévue à l'article 81, § 1, CE lorsque son comportement, tel que coordonné avec celui d'autres entreprises, a pour but de restreindre la concurrence sur un marché pertinent particulier à l'intérieur du marché commun, sans que cela présuppose nécessairement qu'elle soit elle-même active sur ledit marché pertinent ».

5. CJCE 21 févr. 1973, C-6-72, *Continental Can*, pt 27.

6. La théorie de l'effet de levier est aujourd'hui controversée aux USA : « The troublesome leverage theory », in Hovenkamp, *Federal antitrust policy : the law of competition and its practice*, p. 317, cité par C. Prieto, *J.-Cl. Europe*, fasc. 1423, 2005, n° 74.

mique détenue sur le marché dominant pour adopter un comportement prédateur (remises, clause d'exclusivité, vente liée...) destiné à évincer la concurrence sur le marché connexe. Par exemple, il a été reproché à l'entreprise Aéroports de Paris, en position de monopole sur le marché de la gestion des aéroports parisiens, un abus de position dominante sur le marché connexe de l'assistance en escale (ADP privilégie les opérateurs usant de ses propres services d'assistance à escale et désavantage par des tarifs discriminatoires, les opérateurs qui s'adressant à des concurrents¹).

La preuve du rapport de connexité est établie par des présomptions : par exemple, lorsque les pratiques consistent en l'application sur le marché concurrentiel de prix bas rendus possibles par des transferts de ressources provenant de la situation de domination, l'existence de la relation de causalité est établie².

L'atteinte à la concurrence peut aussi avoir lieu sur un marché verticalement relié à son marché de base.

Section 2

Le marché pertinent

Le marché pertinent doit être délimité (§ 1). S'y rencontrent un offreur et un demandeur (§ 2).

§ 1. DÉLIMITATION DU MARCHÉ PERTINENT

162. *Une importance capitale ?* Le marché pertinent³ se définit comme le lieu de rencontre entre l'offre et la demande de produits ou services substituables. La détermination du marché pertinent est une condition de fond retenue par les droits interne et européen de la concurrence. Mais la délimitation de ce marché ne joue pas le même rôle selon qu'il s'agit d'une entente ou d'un abus de position dominante⁴. La définition du marché pertinent est une condition préalable et essentielle pour l'abus de position dominante. En revanche, pour certaines ententes horizontales considérées comme injustifiables (ex. : fixation des prix, cloisonnement territorial des marchés), la pratique est jugée anticoncurrentielle par son objet, sans qu'il soit procédé à une délimitation du marché pertinent. Le

1. TPICE 12 déc. 2000, aff. T-128/98, *ADP*, *Rec.* 3929, spéc. pt 164 ; v. aussi, TPICE 7 oct. 1999, *Irish Sugar*, aff. T-228/97, *CCC* 2000, n° 28, obs. S. Poillot-Peruzzetto ; sur l'effet de levier dans le contrôle des concentrations, v. ss 697 et 753.

2. Com. 17 mars 2009, *Laboratoire Glaxo*, *D.* 2009. 867, obs. É. Chevrier, *CCC* 2009, comm. 144, obs. D. Bosco, *RTD eur.* 2009. 473, note L. Idot, *RTD com.* 2010. 86, note E. Claudel : l'article 82 CE (devenu art. L. 102 TFUE) peut « trouver application notamment lorsque l'autorité de concurrence démontre l'existence de « circonstances particulières » établissant que c'est pour renforcer sa position dominante sur un marché qu'une entreprise a mis en œuvre une pratique abusive sur un marché distinct qu'elle ne domine pas, ou en démontrant que des marchés présentent des liens de connexité si étroits qu'une entreprise se trouve dans une situation assimilable à la détention d'une position dominante sur l'ensemble des marchés en cause » ; CJCE 14 nov. 1996, *Tetra Pak*, aff. C-333/94, pts 21 à 33.

3. Parmi une bibliographie abondante L. Bidaud, *La délimitation du marché pertinent en droit français de la concurrence*, Litec, 2001 ; S. Canivet et C. Champalaune, « La notion de marché dans la jurisprudence de la chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation », in *Mélanges Bézard*, Montchrestien, 2002, p. 257.

4. TPICE 4 juill. 2000, *Volkswagen AG*, *CCC* 2000, n° 179, obs. S. Poillot-Peruzzetto ; TPICE 30 mars 2000, *Kish Glass & co Ltd*, aff. T-65/96, *CCC* 2000, n° 129, obs. S. Poillot-Peruzzetto.

TPUE a ainsi affirmé qu'« en principe, la qualification d'entente... n'impose pas une délimitation du marché concerné, à la différence de la qualification d'un comportement visé à l'article 82 (devenu 102 TFUE¹) ». En revanche, la délimitation du marché pertinent est utile pour déterminer si le marché entre États membres est affecté².

L'autorité française de concurrence admet aussi apprécier avec moins de rigueur le marché pertinent quand est en cause une entente³.

Si l'entreprise est poursuivie sur les deux fondements, la même définition du marché peut être retenue, en l'absence de contestation des intéressés⁴.

163. Le pouvoir de marché de l'entreprise. Sous l'influence des théories économiques, les autorités de concurrence vérifient si l'entreprise détient ou non un pouvoir de marché⁵.

Le pouvoir de marché est défini comme « la capacité de pratiquer pendant une durée significative des prix supérieurs au niveau qui résulterait du jeu de la concurrence ou de maintenir pendant une durée significative la production en termes de quantité, qualité, diversité des produits ou en terme d'innovation à un niveau inférieur à celui qui résulterait du jeu normal de la concurrence », sans perte de clientèle. Le prix de concurrence est défini par référence au coût marginal.

La théorie économique s'est appuyée sur une méthode mathématique (indice de Lerner⁶) qui permet de mesurer le pouvoir de marché : ce critère est critiqué, car il ne tient pas compte des performances des entreprises.

La notion de pouvoir de marché est retenue en droit de l'abus de position dominante, en jurisprudence⁷ et dans un texte de *soft law*⁸.

La notion de pouvoir de marché est également retenue en droit des ententes. Ainsi, les Règlements d'exemption nouvelle génération, intégrant l'analyse économique, subordonnent le bénéfice de l'exemption catégorielle à des parts de marché (les entreprises parties à l'entente ne doivent pas détenir plus de 30 % de parts de marché). Au-delà des seuils fixés, les entreprises sont considérées détenir un pouvoir de marché et ne peuvent prétendre au bénéfice de l'exemption catégorielle.

La notion de pouvoir de marché est également retenue dans le contrôle des concentrations et la méthode classique de détermination du marché par référence à la substituabilité est souvent délaissée au profit d'analyses exclusivement économiques.

1. TPICE 29 nov. 2005, T-64/02, *De Hans Heucach GmbH & co.*

2. Trib. UE 27 sept. 2012, T-359/06, *Heijmans Infrastructuur BV* : « il n'est pas nécessaire de définir les marchés géographiques en cause de manière précise, dès lors que la concurrence actuelle ou potentielle sur les territoires concernés a nécessairement été restreinte, que ces territoires constituent des marchés au sens strict ou non » (pts 89 et 90).

3. Par ex. : ADLC n° 11-D-17 du 8 déc. 2011, *Secteur des lessives* : « il n'est pas nécessaire de définir le marché avec précision, comme en matière d'abus de position dominante, dès lors que le secteur a été suffisamment identifié... ».

4. Comm. CE du 11 mars 1998, *Van den Berg Foods*, n° 255 (*JOCE* n° L-246/1 du 4 sept. 1998, p. 1).

5. C. Montet, « Marché pertinent, pouvoir de marché : quelles définitions retenir ? », *RLC* janv. 2000, Chron. 1427.

6. L'indice de Lerner est établi à partir d'une comparaison entre les prix effectivement effectués par l'entreprise et son coût marginal (représente l'accroissement de son coût total (coûts fixes et variables) en raison de la production d'une unité supplémentaire). Cet indice permet de mesurer la capacité de l'entreprise d'augmenter son prix au-delà de son coût marginal de façon durable, significative et profitable ; v. N. Petit, *Droit européen de la concurrence*, Domat-Montchrestien, n° 334 s.

7. Par ex. : CJCE 23 mai 1978, aff. C-102/77, *Hofmann-La Roche*, pt 38.

8. Comm. orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 Traité CE aux pratiques d'éviction des entreprises en position dominante (*JO* n° C-045 du 24 févr. 2009).

Le pouvoir de marché est déterminé par référence au test du monopoleur hypothétique, qualifié de test SSNIP (v. ss 165). Il convient de définir le plus petit marché pertinent à l'intérieur duquel un monopoleur hypothétique ou un cartel pourrait imposer une augmentation significative et profitable dans les prix.

164. Contrôle de la Cour de cassation et des juges européens. La délimitation du marché pertinent est une question de droit sur laquelle la Cour de cassation exerce son contrôle¹. Le contrôle assuré par le TPUE est vaste puisqu'il porte sur le respect des règles de procédure et de motivation, ainsi qu'à l'exactitude matérielle des faits, à l'absence d'erreur manifeste de droit et de détournement de pouvoir (v. ss 389).

165. Le critère de la substituabilité. Le marché pertinent se définit comme le lieu de confrontation entre l'offre et la demande de produits substituables entre eux, mais non substituables à d'autres biens et services. Le critère déterminant de délimitation du marché est la substituabilité du produit ou service.

La communication CE du 9 décembre 1997 détermine les critères permettant de délimiter le marché².

Plusieurs méthodes sont utilisées par les autorités de concurrence³ : une méthode *descriptive* (comparaison des caractéristiques du produit ou service) ; une méthode *prospective* : elle cherche à saisir le comportement éventuel du consommateur ; cette méthode se fonde sur les enquêtes et études auprès des agents économiques ; une méthode *empirique* (à partir de données statistiques passées, on recherche le comportement des demandeurs)⁴ ; une méthode *économétrique* appliquée aux décisions passées (traiter les données d'évolution des prix afin de déterminer si l'accroissement ou la baisse du prix d'un produit s'est traduit par un accroissement ou une baisse substantielle de la demande d'un autre produit). Si, malgré l'augmentation du prix, la demande ne se reporte pas sur un autre produit, il y a deux marchés distincts pour les deux produits ; si, on constate un report de la demande, les deux produits sont considérés comme substituables. La méthode est celle de l'élasticité croisée (dit encore « test SSNIP »⁵ !) retenue par la Commission⁶ – méthode inspirée des théories économiques américaines.

166. La substituabilité de la demande. La communication CE relative à la définition du marché du 9 décembre 1997 se place du côté de la demande pour déterminer si un bien est ou non substituable par rapport à un autre⁷. Il s'agit de savoir si un bien (ou

1. Par ex. : Com. 22 mai 2001, *Sté Dectra et autres*, Bull. civ. IV, n° 97, CCC 2001, n° 135, et nos obs.

2. Comm. du 9 déc. 1997 (JOCE n° C-372).

3. L. Bidaut, *La délimitation du marché pertinent en droit français de la concurrence*, op. cit. ; C. Montet, *Rec. Lamy* janv. 2000, p. 9, préc.

4. Par ex. : Com. 18 mai 1999, *SA Pont-à-Mousson c/ SA Biwater* (BOCC 26 sept. 1999, p. 529) ; Comm. du 22 juill. 1992, *Nestlé c/ Perrier* (JOCE n° L-356 du 5 déc. 1992).

5. *Small but Significant Non-transitory Increase in Price*.

6. Comm. CE n° 97/C 372/03 de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, pts 17 s. (JOCE n° C-372, p. 3).

7. Communication de la Commission CE du 9 décembre 1997 (JOCE n° C-372 du 9 déc. 1997) : un marché de produits « comprend tous les produits et/ou services que le consommateur considère comme interchangeables... en raison de leurs caractéristiques, de leur prix et de l'usage auquel ils sont destinés » ; la question est de savoir « si les clients des parties se tourneraient vers des produits de substitution facilement accessibles ou vers de fournisseurs, implantés ailleurs, en cas d'augmentation même légère (de 5 à 10 %), mais permanente, des prix... ».

une prestation) acheté est ou non substituable à un autre. Les études de comportement sont donc importantes pour définir le marché.

L'analyse fondée sur la demande est imparfaite, car, lorsque le prix d'un bien augmente, des réactions peuvent aussi se produire du côté des offreurs de produits voisins. Et pourtant, le critère fondé sur l'*offre* ne joue qu'un rôle secondaire, toujours par référence à la demande. La substituabilité de l'offre n'est retenue que dans la mesure où les offres concurrentes pourront satisfaire rapidement la demande ou plus généralement les besoins constants du consommateur.

La délimitation du marché se fait donc par référence au produit ou au service (A) et par référence à une sphère géographique (B).

A. Délimitation par référence au produit acheté ou au service utilisé

167. Théorie du faisceau d'indices. La substituabilité est appréciée *in concreto* : le train et l'avion peuvent, dans certaines hypothèses, être des produits substituables (par ex. sur le trajet Paris-Lyon), mais pas toujours. La substituabilité s'apprécie en fonction d'un faisceau d'indices.

Les marchés peuvent évoluer très vite. Aussi, tant en droit interne qu'en droit européen, c'est au moment où la pratique est dénoncée qu'il faut se placer pour délimiter le marché¹. La délimitation du marché se fait à partir d'éléments de preuve antérieurs ou concomitants aux pratiques contestées².

168. Les critères³. La substituabilité se définit par un faisceau d'indices tenant notamment compte de :

– *prix moyen*, en ayant parfois recours au test de l'élasticité croisée⁴. Le coût du produit ou du service est un critère important, mais non suffisant à lui seul. Il a par exemple été jugé en droit interne que « le fait que le coût... (d'une prestation de service) soit très inférieur à celui (d'autres prestations susceptibles d'être équivalentes) ne permet pas de subdiviser le marché... selon les techniques employées, les demandeurs étant à même d'arbitrer entre les offres selon leurs intérêts et les contraintes qui sont les leurs, notamment celles liées aux conditions (de la prestation de service) »⁵ ;

– *coûts de transport* ;

– *caractéristiques propres du produit* ; par exemple, il a été jugé en droit européen que la banane avait des qualités spécifiques (apparence, goût, consistance, absence de pépins), répondant aux besoins constants d'une partie importante de la population des enfants, personnes âgées et malades, et permettant de conclure en un marché spécifique distinct

1. Paris, 19 sept. 2000, *Forum Cartes* (BOCC 18 oct. 2000, p. 569).

2. En droit interne : Com. 22 mai 2001, *REP* (BOCC 23 juin 2001, p. 529) : en écartant « la possibilité de prendre en compte des données postérieures aux faits dénoncés, la cour d'appel a légalement justifié sa décision » ; v. Communication CE sur la définition du marché (JOCE n° C-372 du 9 déc. 1997) disposant que la délimitation du marché doit se faire sur la base d'éléments disponibles au moment où est constaté le comportement anticoncurrentiel.

3. V. *Rapport Conseil de la concurrence pour 2003*, spéc. p. 226 s., Doc. fr., 2004.

4. Par ex. : CJCE 21 févr. 1973, *Continental Can*, Rec. 215 (annule la décision de la Commission européenne qui n'avait pas eu recours au test de l'élasticité croisée) ; CJCE 9 nov. 1983, *Michelin*, Rec. 4361 ; en droit interne : *Rapport Conseil de la concurrence pour 1992*, p. 53.

5. Paris, 12 mars 2002, *SA Routière de l'Est Parisien (REP)* (BOCC 24 juin 2002, p. 385).

d'autres fruits¹ ! Ou en droit interne, les tuyaux métalliques ont des qualités esthétiques que ne présentent pas les tuyaux en caoutchouc² !

– *conditions d'utilisation* (homogènes) : ainsi, le mazout et le charbon, aux pouvoirs calorifiques identiques, ne sont pas substituables en raison des différences d'installations de chauffage. À l'inverse, mais plus exceptionnellement, des biens de nature différente, mais d'utilisation identique, sont considérés comme substituables³ ;

– *mode de commercialisation⁴ et/ou caractéristiques de la demande des distributeurs⁵* ;

– la nature de la demande ; par exemple, le marché grand public se distingue du marché professionnel ; le marché en gros se distingue de celui destiné au consommateur final ; mais, pour autant, le marché amont (marché de la production) ou aval (distribution au consommateur final) peut avoir une incidence dans la délimitation du marché. Par exemple, le marché de la commercialisation de la viande en gros dépend de l'accès aux services des abattoirs (marché en amont)⁶ ;

– *études de comportement* (étude psycho-sociologique). Le rôle du consommateur peut, dans certains cas, être déterminant⁷ : par exemple, les autorités de contrôle ont tenu compte du point de vue du consommateur pour distinguer le marché des consoles de celui des logiciels de jeux vidéo électronique⁸ ;

– l'importance du consommateur est néanmoins relative, notamment à l'égard des grandes marques notoires, incontournables. Pour certains produits de haute renommée ou pour des produits qui sont si spécifiques qu'ils n'ont pas d'équivalents, la clientèle est dite captive. Les besoins du consommateur sont alors constants. Il a ainsi été décidé que l'image d'un produit de marque pour une clientèle captive est un élément de distinction du marché⁹. Mais la notoriété n'est pas toujours décisive¹⁰. À tout le moins, elle ne suffit pas à déterminer elle seule un marché¹¹.

En outre, le distributeur peut exercer un rôle déterminant pour orienter le choix du consommateur – même à l'égard de marques notoires, qualifiées pourtant d'« incontournables ». Par

1. CJCE 14 févr. 1978, *United Brands*, Rec. I. 207.

2. Décis. n° 02-D-68 du 14 nov. 2002, *Secteur des tuyaux de gaz flexibles* (BOCC 28 févr. 2003, p. 169).

3. Par ex. : TPICE 8 juin 1995, *Schöller Lebensmittel*, aff. T-9/93, Rec. II, p. 1611, CCC 1995, n° 130, obs. L. Vogel.

4. Par ex. : il existe un marché de la vente de livre par club et correspondance, distinct de celui du marché du livre en général : Cons. conc. n° 89-D-41 du 28 nov. 1989, *Ventes de livres pour club*, décision confirmée par la cour d'appel de Paris mais censurée par la Cour de cassation, Com. 10 mars 1992, D. 1992. 355, au motif qu'il n'y avait pas d'éléments suffisants pour établir la spécificité du marché de la vente de livres par club, mais sur renvoi, la cour d'appel de renvoi a maintenu une conception étroite du marché en raison de la spécificité des méthodes de commercialisation : Paris, 11 mars 1993, *RJDA* 5/93, n° 420. La délimitation du marché est faite au regard de la demande.

5. Com. 26 juin 2007, *Bull. civ.*, n° 175 : cassation de l'arrêt qui s'est abstenu de rechercher si « compte-tenu des qualités respectives de deux (produits), la demande des détaillants (pour l'un des deux produits) était indépendante du prix des (produits) ».

6. Com. 14 mars 2006, *SA Privilèges*, n° 05-13.048 et 05-13.118, *Juris-Data* n° 032755 : « les conditions faites en amont quant à l'accès aux abattoirs sont susceptibles d'affecter les modalités de la concurrence sur le marché aval où se confrontent ces entreprises (de commercialisation de viande en gros) ».

7. Autre ex. : un parfum de luxe n'est pas substituable à un autre parfum de luxe : *YSL Parfums*, 16 déc. 1991 (*JOCE* n° L-12 du 18 janv. 1992).

8. Cons. conc. n° 93-D-56 du 7 déc. 1993 (*BOCC* 9 févr. 1994).

9. Par ex., pour des stylos : TPICE 14 juill. 1994, *Parker Pen*, aff. T-77-92, Rec. 552 ; par ex. : marché spécifique pour certaines pièces de rechange non interchangeables, CJCE 5 oct. 1988, *Maxicar c/ Renault*, aff. 53-87, Rec. 6039.

10. Par ex. : Paris, 12 juill. 1993, *SA Vincent Gosme* (*BOCC* 1993. 265).

11. Com. 29 janv. 2002, *SARL Karcol c/ Sté Emi*, CCC juin 2002, n° 93, et nos obs.

exemple, l'eau d'Évian a été détrônée par Cristaline grâce à l'action des grandes surfaces auprès des consommateurs¹. Aussi, lorsque l'abus s'inscrit dans une relation producteur-revendeur, c'est au niveau des revendeurs (demandeurs du produit) que l'analyse du marché pertinent doit être effectuée.

– La finalité du produit ou du service. Si un « produit est susceptible d'être utilisé à des fins diverses et lorsque ses divers usages répondent à des besoins économiques eux aussi différents, il y a lieu d'admettre que ce produit peut appartenir selon le cas à des marchés distincts »².

169. Facteurs temporels-contestabilité des marchés. La détermination du marché peut tenir compte de *facteurs temporels*. Le marché peut avoir des contours différents selon les moments : le marché peut varier selon les saisons (par exemple pour les fruits), voire selon les heures (par ex., pour le marché de l'énergie, selon les heures de pointe et les heures creuses). Un marché peut évoluer dans le temps, de manière par exemple cyclique³.

Un opérateur en monopole ou quasi-monopole dont les parts de marché sont contestées en raison de l'arrivée de concurrents peut ainsi ne pas être considéré comme en position dominante⁴. Il doit être tenu compte de la dynamique du marché et du degré de différenciation des produits⁵.

170. Une atomisation du marché. Le nombre de critères pris en compte et le rôle attribué au consommateur conduit à une parcellisation du marché – qui a conduit à des solutions aberrantes : par exemple, il a été décidé que le marché de la banane se distingue de celui des autres fruits frais⁶, ou encore, l'essence de géranium Bourbon n'est pas substituable aux autres essences⁷ ; à propos des pistolets de scellement, le TPICE a distingué trois marchés distincts : celui des pistolets eux-mêmes, celui des chargeurs et celui des clos utilisés dans les pistolets⁸.

On parle alors de « sous-marché » ou de « segment de marché » sur lequel une entreprise est dominante.

B. Délimitation géographique

171. Droits interne et européen adoptent la même analyse. La délimitation géographique repose sur des critères liés à la demande et plus subsidiairement à l'offre.

Au regard du droit européen, le marché peut être constitué de plusieurs États⁹ ou un seul État¹⁰ lorsque la concurrence y est suffisamment homogène et que l'État présente des spécificités nationales distinctes. Le marché peut même être régional ou local. Un aéroport¹¹ ou le service de pilotage dans un port¹² peut constituer à lui seul un marché.

1. Exemple cité par L. Bidaut, *op. cit.*, n° 350.

2. CJCE 13 févr. 1979, *Hoffmann-la Roche*, aff. 85/76, *Rec.* 461.

3. CJCE 14 févr. 1978, *United Brands*, aff. 27/76, *Rec.* 207.

4. Par ex. : Cons. conc. n° 97-D-04 du 18 mars 1997, *Sté Établ. Jean Baudret*.

5. Lignes directrices CE févr. 2009 sur les priorités retenues pour l'application de l'article 82 (devenu art. 102 TFUE), pt 13.

6. CJCE 14 févr. 1978, *United c/ Comm.*, aff. 27/76, *Rec.* 207 (bananes et autres fruits).

7. Com. 16 juin 1992, CCC 1992, n° 229, obs. L. Vogel.

8. TPICE 12 déc. 1991, *Rec.* II, p. 1439.

9. Par ex. : CJCE 14 févr. 1978, *United Brands*, préc.

10. TPICE 7 oct. 1999, *Irish Sugar*, préc.

11. CJCE 10 déc. 1991, *Merci*, aff. C-179/90, *Rec.* 5889.

12. CJCE 17 mai 1994, *Corsica ferries*, *Rec.* 1783.

172. Critères. Le critère principal de délimitation géographique tient au coût de transport. Plus le coût de transport est onéreux, plus le marché est réduit¹. Le cloisonnement des marchés peut aussi être le résultat de réglementations relatives aux modalités de commercialisation ou dépendre de spécificités nationales ou locales. Ainsi, une réglementation² ou l'octroi de droits exclusifs ou d'un monopole légal peuvent compartimenter les marchés.

Des considérations subjectives peuvent être retenues par les autorités de concurrence : l'attachement à une marque régionale, à un type de fabrication régionale ou les habitudes régionales sont des facteurs de délimitation du marché³. Par exemple, au regard du droit européen, le marché de l'assurance directe est national, sauf pour certains risques tels le risque spatial ou celui lié à l'environnement. Cependant, un simple particularisme local ne suffit pas à justifier l'existence d'un marché pertinent⁴. Il doit être corroboré par des critères objectifs (coût de la prestation, réglementation...).

173. La délimitation retenue par les autorités internes peut être différente de celle des instances européennes si existent des spécificités nationales. Par exemple, dans l'affaire *Michelin*, la Commission européenne a considéré que le marché géographique pour les pneus de remplacement pour poids lourds est le marché national, car les conditions du marché français diffèrent de celles des autres marchés européens⁵.

§ 2. LIEU DE RENCONTRE ENTRE UN OFFREUR ET UN DEMANDEUR

Le marché est un lieu d'échange de marchandises et de services. S'y rencontrent un opérateur ayant la qualité d'offreur (A) et un opérateur ayant la qualité de demandeur (B).

A. L'offreur

174. L'offreur peut être toute personne, morale ou physique, de droit privé ou de droit public, à but lucratif ou non lucratif...

Il est admis tant en droit interne⁶ qu'en droit européen⁷ que l'entreprise qui auto-produit n'est pas en situation d'offreur (v. ss 145).

1. Par ex. : CJCE 11 juill. 1989, *Belasco*, aff. 246-86, *Rec.* 2117 ; Com. 29 juin 1993, *Briques et tuiles d'Alsace*, *Bull. civ.* IV, n° 276.

2. Par ex. : Cons. conc. n° 02-D-31 du 30 mai 2002, *Sté Pharma-Lab* (BOCC 28 juin 2002, p. 454).

3. Rapport Cons. conc. pour 2001, 2^e partie, étude thématique sur le marché pertinent, Doc. fr., 2002 ; TPICE 17 déc. 2003, *British Airways*, aff. T-219/99, *Rec.* 5917, pt 109.

4. Com. 29 juin 1993, *Briques et tuiles d'Alsace*, *Bull. civ.* IV, n° 276 ; si les particularismes géographiques ne peuvent pas à eux seuls justifier l'existence d'un marché pertinent au sens de l'article 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 sur la libre concurrence, l'arrêt relève que les tuiles et briques fabriquées sur place dans la région alsacienne « ne sont pas substituables ». ; TPICE 6 oct. 1994, *Tetra Pak*, aff. T-83/91, *Rec.* 755, pt 95 : « les habitudes de consommation ne sauraient justifier, à elles seules, l'existence d'un marché géographique distinct ».

5. Comm. CE du 20 juin 2001, confirmée par TPICE 20 juin 2001, aff. T-203/01-30.

6. Paris, 19 mai 1998, *France Telecom c/ Transpac* (BOCC 18 juin 1998).

7. CJCE 21 févr. 1973, *Continental Can*, aff. C-6/72, *Rec.* 215 ; Comm. CE du 8 avr. 1992, *Accor-Wagon lit* (JOCE n° L-204 du 21 juill. 1992).

B. Le demandeur

175. Le demandeur, dans une relation d'échange, peut être l'utilisateur professionnel (il achète ou demande un service pour les besoins de sa profession à des fins de revente sur un marché).

Le demandeur peut aussi être l'usager d'un service public. Ce dernier aspect est controversé¹ puisqu'il conduit à assimiler la relation unissant l'entreprise de service public à l'usager à une relation économique ordinaire – ce qui conduit inévitablement à sa soumission aux exigences de concurrence.

Le marché pertinent est essentiellement tourné vers la demande, selon la Communication du 9 décembre 1997².

Plus exceptionnellement, le marché sera déterminé en fonction de l'offre ou de possibilités d'entrée sur un marché, mais cette analyse est subsidiaire.

Section 3

L'atteinte au marché

La pratique anticoncurrentielle, comme l'opération de concentration, n'est réprimée qu'autant qu'elle affecte le marché (§ 1). Le droit européen ajoute une condition particulière liée à l'affectation du commerce entre États membres (§ 2).

§ 1. AFFECTATION DU MARCHÉ

Seules des ententes ou abus de position dominante ayant pour objet ou effet de nuire au marché sont condamnés (A). Il faut se demander si l'atteinte aux intérêts des consommateurs est prise en compte par le droit des pratiques anticoncurrentielles (B).

A. Objet ou effet anticoncurrentiel

176. *Objet ou effet anticoncurrentiel.* Droits interne et européen précisent que l'entente n'est réprimée que si elle a pour objet ou effet de porter atteinte à la concurrence. La condition est alternative.

La distinction concurrence par objet/concurrence par effet est consacrée dans les textes, avec constance depuis le Traité de Rome de 1957 dans les articles 85 et 86 du Traité CE jusqu'au Traité de Lisbonne avec les articles 101 et 102 TFUE. On la retrouve aussi en droit interne.

À l'origine, la notion d'objet anticoncurrentiel avait une portée probatoire. Les infractions par objet sont celles qui conduisent nécessairement à fausser le jeu de la concurrence. La gravité de certaines ententes est telle que l'effet anticoncurrentiel est présumé. Car pour de tels comportements, les effets anticoncurrentiels sont évidents et ne nécessitent pas la preuve d'une affectation du marché. La notion de concurrence par objet s'applique aux

1. Com. 12 déc. 1995, *Direction météorologie nationale*, Bull. civ. IV, n° 301 ; approuvant la solution : D. Berlin, H. Calvet, note in *JCP E* 1996, n° 810 ; pour une analyse critique, M.-C. Boutard-Labarde, *RJ com.* mars 1996, p. 85.

2. Communication CE sur la définition du marché (*JOCE* n° C-372 du 9 déc. 1997, p. 5).

restrictions caractérisées qui sont des ententes injustifiables (dites encore restrictions flagrantes ou « *hard-core cartels* » : ex. partages de marchés, ententes à l'occasion de marchés publics ou ententes horizontales de prix) visées au point 21 des lignes directrices concernant l'application de l'article 81, § 3¹, ainsi que par les travaux de l'OCDE.

177. Puis la jurisprudence ne s'est pas limitée aux restrictions flagrantes et a étendu cette notion. Par exemple, il a été jugé qu'un accord de limitation de la production entre producteurs pour parer à une crise conjoncturelle² ou un accord d'échange d'information³ ou encore un accord vertical entre compagnies d'assurances et concessionnaires automobiles⁴ constitue une restriction de concurrence par objet. La restriction par objet vise toutes les formes de collusion qui peuvent être considérées, par leur nature même, comme nuisibles au bon fonctionnement du jeu normal de la concurrence.

178. La notion de restriction par objet a été également appliquée dans le domaine de la position dominante. Ainsi, dans l'affaire Michelin, la Cour a condamné des pratiques d'achats exclusifs et des remises de fidélités, sans qu'ait été exigée la preuve d'effets nuisibles sur le marché⁵. Cette démarche condamne le comportement d'entreprises dominantes sans évaluation des effets de verrouillage du marché ou sans analyse de l'efficacité économique qui aurait pu justifier un tel comportement. La modernisation voulue par la Communication de 2009 sur les abus des entreprises dominantes avec la consécration de la théorie des effets (v. ss 537) a donc ses limites quand l'existence d'une stratégie d'éviction est démontrée.

1. Comm. CE du 27 avr. 2004, pt 21 : « des restrictions, qui, au regard des objectifs poursuivis par les règles communautaires de concurrence, sont tellement susceptibles d'avoir des effets négatifs sur la concurrence, qu'il est inutile, aux fins de l'application de l'article 81, § 1, de démontrer qu'elles ont des effets concrets sur le marché ».

2. CJCE 20 nov. 2008, *BIDS*, aff. C-209/97, CCC 2009, comm. 16, obs. G. Decocq, pt 21 : « à supposer même qu'il soit établi que les parties à un accord ont agi sans aucune intention subjective de restreindre la concurrence, mais dans le but de remédier aux effets d'une crise sectorielle, de telles considérations ne sont pas pertinentes aux fins de l'application de ladite disposition. En effet, un accord peut être considéré comme ayant un objet restrictif même s'il n'a pas pour seul objectif de restreindre la concurrence, mais poursuit également d'autres objectifs légitimes (arrêt *General Motors/Commission*, précité, point 64 et jurisprudence citée). Ce n'est que dans le cadre de l'article 81, paragraphe 3, CE que des éléments tels que ceux invoqués par la *BIDS* peuvent, le cas échéant, être pris en considération aux fins d'obtenir une exemption de la prohibition énoncée au paragraphe 1 du même article ».

3. CJCE 4 juin 2009, aff. C8/08, *T-mobile Netherlands BV, Europe* 2009, comm. 323, obs. L. Idot : Un accord a un objet anticoncurrentiel « du seul fait que les parties ne se déterminent pas de manière autonome sur le marché » (pt 34).

4. CJUE 14 mars 2013, aff. C-32/11, *Allianz Hungária Biztosító, Europe* 2013, comm. 216, obs. L. Idot, CCC 2013, comm. 120, obs. G. Decocq : « des accords verticaux, même s'ils sont moins nocifs pour la concurrence que les accords horizontaux, peuvent constituer des restrictions de la concurrence « par objet » (pt 43 de la décision) (accords fixant le taux horaire à payer aux réparateurs – taux majoré si le réparateur commercialisait un pourcentage élevé de polices d'assurance. Ce lien artificiel entre réparation et assurance est constitutif d'une restriction par objet car l'indépendance d'un courtier en assurance est nécessaire.

5. TPICE 23 sept. 2003, *Michelin II*, pt 67 : « [...] La requérante ne saurait tirer un argument du fait que ses parts de marché et ses prix ont diminué pendant la période litigieuse. En effet, lorsqu'une entreprise met effectivement en œuvre des pratiques dont l'objet est de restreindre la concurrence, la circonstance que le résultat escompté n'est pas atteint ne suffit pas à écarter l'application de l'article 82 CE [...] En tout état de cause, il est fort probable que la diminution des parts de marché de la requérante et de ses prix de vente aurait été plus importante en l'absence des pratiques dénoncées par la décision attaquée »... ; v. aussi TPICE 17 sept. 2003, *British Airways, T-219/99*.

L'Autorité de la concurrence sanctionne aussi des comportements considérés comme abusifs par leur objet¹.

179. Certes, une restriction de concurrence par objet n'est pas une infraction *per se*. Pour éviter de retenir une conception dite formaliste qui dresserait une liste des pratiques ou clauses anticoncurrentielles *per se*, la jurisprudence tient compte du contexte dans lequel la pratique litigieuse s'inscrit.

Ainsi, la Cour de justice a-t-elle énoncé que l'objet anticoncurrentiel d'une clause doit être établi après examen de la teneur de ladite clause, de ses objectifs et du contexte économique et juridique dans lequel elle s'insère². Doit être tenu compte du contexte. Par exemple, il a été jugé qu'il ne peut y avoir de restriction de concurrence en l'absence de concurrence entre les contractants, même en présence d'une pratique pourtant réputée grave (une restriction flagrante), telle une répartition des marchés³. Pareillement, en droit interne, l'Autorité de la concurrence ne peut faire l'impasse du contexte économique⁴. L'atteinte à la concurrence résulte de la structure du marché, de la position des différents opérateurs, de la vivacité de la concurrence inter-marques.

Pour autant, l'analyse du contexte est le plus souvent très sommaire – tendant à accréditer que la notion de restriction par objet est bien proche de celle d'une infraction *per se*.

Le développement de la notion de restriction par objet est en contradiction avec le renforcement de l'analyse économique. En outre, cette notion, qui conférerait une sécurité juridique aux entreprises, est devenue une notion aussi complexe que celle de restriction par effet.

B. Une atteinte aux intérêts des consommateurs⁵ ?

180. *Propos généraux sur les liens entre le droit de la concurrence et le consommateur*. La référence au consommateur est constante en droit de la concurrence. Le consommateur est intégré dans la définition du marché avec la notion de substituabilité du produit ; il apparaît dans de nombreux textes concurrentiels : par exemple, en droit européen, dans les lignes directrices sur l'application de l'ex article 81, § 3⁶, dans les lignes directrices sur les pratiques d'exclusion par une entreprise dominante, etc. ; en droit interne, dans l'article L. 464-1 du Code de commerce à propos des mesures conservatoires ordon-

1. Par ex. : une offre globale et indivisible pour répondre à un appel d'offre émanant d'une entreprise qualifiée d'incontournable a été considérée comme ayant un objet anticoncurrentiel : ADLC n° 09-D-10 du 27 févr. 2009, *Secteur maritime du transport entre la Corse et le continent*, pt 177.

2. CJUE 14 mars 2013, aff. C-32/11, *Allianz Hungária Biztosító*, pt. 36 ; *Europe* mai 2013, comm. 216, note Idot L. ; CJUE 13 oct. 2011, aff. C-439/09, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique*, pt. 35 ; *RDC* 2012/2, p. 52, note M. Béhar-Touchais ; *RTD eur.* 2012. 442, note J.-B. Blaise ; *Europe* déc. 2011, comm. 471, note L. Idot ; *RDC* 2012/1, p. 111, note C. Prieto ; CJCE 6 oct. 2009, aff. C-501/06, *GlaxoSmithKline*, pt 58.

3. Trib. UE 29 juin 2012, *GDF Suez et EON*, aff. T-370/09, *CCC* 2012, comm. 235, obs. G. Decocq.

4. Par ex. à propos de l'accord interbancaire sur le taux de commission des frais de gestion des chèques : Paris, 23 févr. 2012, *RD banc. fin.* 2012, étude 18, par J. Lucas et T. Schrepel : la cour d'appel de Paris a reproché à l'Autorité de ne pas avoir tenu compte du contexte qui aurait dû conclure en l'absence d'objet anticoncurrentiel ; la cour reproche à l'ADLC de la concurrence de ne pas avoir examiné les effets de l'accord interbancaire intervenu sur le marché de la remise des chèques.

5. M.-S. Payet, *Droit de la concurrence et droit de la consommation*, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », Dalloz, 2001 ; notre article, le bien-être du consommateur, une rencontre possible entre juriste et économiste, *in* « le Concurrentialiste », site en ligne, 31 mai 2013.

6. Lignes directrices 2004/C101/08.

nées par l'Autorité de la concurrence ou encore dans l'appréciation du dommage à l'économie... La rhétorique des autorités de concurrence est la même partout dans le monde : la politique de la concurrence fait fonctionner le marché et protège le consommateur d'une quelconque déception. Sur cet aspect, le droit européen rejoint le droit nord-américain de la concurrence¹. La prise en compte de l'intérêt des consommateurs est une constante de tous les droits de la concurrence.

Cette prise en compte du consommateur est une façon d'humaniser le droit de la concurrence, en intégrant des préoccupations sociales². Pour autant, le consommateur doit jouer le jeu du marché. Il est instrumentalisé ; il est un otage. Il est courtoisé par les droits de la concurrence et de la consommation. Il existe donc une convergence entre les politiques de concurrence et de consommation. Des consommateurs capables de comparer les offres correctement et de prendre des décisions d'achat conformes à leurs préférences peuvent ensuite inciter efficacement les vendeurs à proposer des offres mieux adaptées à leurs exigences. Ainsi, des consommateurs plus efficaces favorisent une concurrence plus efficace³.

Par exemple, en octobre 2013, une association de consommateurs a lancé un appel d'offres pour sélectionner des offres tarifaires susceptibles de rivaliser avec gaz de France. Cette opération à l'initiative de représentants de consommateurs est de nature à faciliter le jeu de la concurrence entre opérateurs, en diffusant une information sur les prix et pourra peut-être inciter à une plus grande concurrence sur les prix.

Mais tout est question d'équilibre. Des normes trop protectrices des consommateurs peuvent être contreproductives pour la concurrence. Par exemple, des normes trop élevées peuvent exclure des produits concurrents mais de qualité inférieure. Il faut protéger mais ne pas surprotéger par trop de règles contraignantes, susceptibles de constituer des entraves à l'entrée sur le marché. Il ne faut donc pas rechercher la norme la plus élevée de protection – logique très différente de la conception française classique du droit de la consommation avec ses nombreux interdits *per se*.

C'est pourquoi, de plus en plus, droit de la concurrence et droit de la consommation se rejoignent. On donnera pour exemple la directive sur les pratiques commerciales déloyales de 2005⁴ permettant de protéger les consommateurs et les entreprises contre des agissements déloyaux.

La prise en compte de l'intérêt du consommateur peut être accusée : – du point de vue institutionnel par la fusion ou un rapprochement des institutions chargées des intérêts des consommateurs et de la concurrence ; – du point de vue procédural par l'introduction d'une *class action* et un accès facilité au dossier de concurrence détenu par les autorités de concurrence ; au fond, par un développement de l'action en réparation du préjudice concurrentiel devant les juridictions nationales.

1. *NCAA v. Bd. Of Regents of Univ. of Okla.*, 468 US.85, 106-07 (1987).

2. *Rapport de synthèse*, C. Jamin, colloque sur droit de la concurrence et droit de la consommation, complémentarités ou divergences, *RLC* oct.-déc. 2006, p. 161, spéc. p. 162.

3. Définition du préjudice concurrentiel lié à une perte du bien-être du consommateur par l'OFT Office of Fair Trading (OFT) (2000) : *Consumer Detriment*. OFT296. : « dégradation du bien-être économique [subie par les consommateurs] s'ils sont induits en erreur pour acheter des biens et services qu'ils n'auraient sinon pas achetés, ou s'ils paient davantage pour des achats que ce n'aurait été le cas s'ils avaient été mieux informés »

4. Directive n° 2005/29/CE du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur.

181. La relativité du critère du bien-être du consommateur. L'objectif principal du droit de la concurrence est de prévenir les dommages causés aux consommateurs en garantissant que le jeu concurrentiel n'est pas faussé. Si la pratique affecte les intérêts des consommateurs, elle est anticoncurrentielle. Les lignes directrices sur les abus d'exclusion d'entreprises dominante retiennent l'atteinte au bien-être du consommateur comme critère d'abus (v. ss 526).

Pour autant, ce critère n'est pas toujours retenu. La fameuse affaire *Glaxo* (liée à une entente cloisonnant des marchés en restreignant l'importation de médicaments) en est une illustration : même si les intérêts des consommateurs ne sont pas affectés par une pratique, celle-ci peut être condamnée si elle porte atteinte aux structures de la concurrence.

Le tribunal de première instance avait considéré qu'un accord restreignant le commerce parallèle ne pouvait pas être considéré comme anticoncurrentiel par son objet, dès lors qu'eu égard au contexte particulier dans lequel s'inscrivait l'accord – secteur où le prix des médicaments était dans une large mesure soustrait au jeu de la libre concurrence du fait de la régulation, il ne pouvait pas être présumé que la restriction réduisait le bien-être du consommateur final. Cette solution fut censurée par la Cour de justice¹. Le Tribunal a commis une erreur de droit, car le critère de l'atteinte au bien-être du consommateur final ne constitue pas une condition de la restriction de concurrence par objet : « l'article 81 vise à protéger non pas uniquement les intérêts des concurrents ou des consommateurs, mais la structure du marché, et ce faisant, la concurrence en tant que telle (pt 63) ». Un accord visant à limiter le commerce parallèle est une « restriction de concurrence par objet », dans le secteur pharmaceutique, même si la preuve est rapportée que l'accord comporte des avantages pour les consommateurs.

Cette solution a été réaffirmée à plusieurs reprises². L'objectif de la concurrence est la protection d'un ordre concurrentiel.

§ 2. AFFECTATION DU COMMERCE ENTRE ÉTATS MEMBRES

182. Le droit européen ajoute une condition supplémentaire par rapport au droit interne : l'affectation du commerce entre États membres. Cette condition est une question de droit soumise au contrôle des juridictions européennes ou internes lorsque ces dernières appliquent le droit européen³.

183. Mise en œuvre. À l'évidence, affecte le commerce entre États membres une pratique qui affecte les échanges transfrontaliers, par exemple en cas d'entente entre un fournisseur et son distributeur destinée à limiter des importations ou des exportations ou en cas de cloisonnement territorial absolu.

Il en est de même lorsque la pratique affecte plusieurs États de l'Union, par exemple par l'établissement d'un prix uniforme sur plusieurs États⁴.

1. CJCE 6 oct. 2009, aff. jtes C-501/06 P, C-513/06, C-515/06 et C-519/06, CCC 2009, comm. 291, obs. D. Bosco.

2. CJCE 15 mai 2007, 95/04, pt 106 : à propos de pratiques de rabais accordés par une entreprise dominante à ses partenaires susceptibles de profiter aux consommateurs, la CJCE a énoncé, dans l'affaire *British Airways*, que « l'article 82 CE ne vise pas seulement les pratiques susceptibles de causer un préjudice immédiat aux consommateurs, mais également celles qui leur causent préjudice en portant atteinte à une structure de concurrence effective ».

3. TPICE 15 sept. 1998, aff. jtes T-374/94, T-375/94, T-384/94 et T-388/94, *European Night Services Ltd, Rec.* 3141.

4. Décis. n° 85/202 du 19 déc. 1984, *Pâte de bois* (JOCE n° L-85 du 26 mars 1985, p. 1).

184. Une interprétation large de la notion de commerce entre États membres¹. Des pratiques qui n'affectent qu'un territoire national ou une partie de ce dernier peuvent entraîner l'application du droit européen². Dans ses lignes directrices, la Commission prévoit que des pratiques d'exclusion peuvent affecter le commerce. Sont donc visées des pratiques qui n'impliquent pas nécessairement un élément transfrontalier. L'article 101 ou 102 TFUE englobe toute atteinte *aux structures de la concurrence* dans le Marché commun³. Comme l'affirme un arrêt, « il est indifférent de savoir si ce comportement concerne les échanges entre États membres »⁴ dès lors que la pratique a ou aura des répercussions sur la structure de la concurrence.

Ainsi, une pratique qui tend à cloisonner le marché d'un État membre est, par nature, susceptible de cloisonner le marché entre États membres (ex : interdiction d'exporter adressée à des distributeurs d'un seul État ; ou pratiques tarifaires discriminatoires à l'égard de produits importés...). Il peut aussi s'agir d'une pratique portant sur les exportations hors UE si les répercussions sur la structure de la concurrence apparaissent certaines⁵ : par exemple, une clause imposée par un fabricant à ses distributeurs situés dans des États tiers à l'UE de ne pas vendre sur le marché commun peut affecter le commerce dans l'Union⁶.

De même, une pratique, même si elle ne met en cause que des partenaires d'un seul État, est par nature susceptible d'affecter les échanges au sein de l'Union si elle porte sur des activités de transport ou de télécommunications, par nature transfrontalières.

De même, affecte le commerce entre États membres une pratique conduisant à renforcer une position dominante sur le marché européen en nuisant à des opérateurs hors Union : par exemple, une entreprise britannique accordait des ristournes à ses clients s'ils s'engageaient à lui accorder une exclusivité d'approvisionnement – mesure destinée à nuire au concurrent espagnol (hors Union européenne à l'époque des faits) et renforcer la position dominante de l'entreprise⁷.

185. Une interprétation large de la notion d'affectation du commerce. La jurisprudence affirme, en effet, que l'atteinte peut n'être qu'indirecte ou potentielle. Il suffit de démontrer que la pratique est susceptible d'affecter ces échanges.

Par exemple, dans l'affaire *Orange-Caraïbes*, la Cour de cassation a censuré l'arrêt d'appel qui avait considéré que les échanges n'étaient affectés que de façon hypothétique, car en l'espèce, le seul opérateur non français qui s'était manifesté sur le marché concerné n'était pas ressortissant de l'Union, mais jamaïcain. Pour la Cour de cassation, il suffit de prouver avec un degré de probabilité suffisant que la pratique puisse « exercer une influence directe ou indirecte, actuelle ou potentielle, sur les courants d'échanges entre États membres, sans que soit exigée la constatation d'un effet réalisé

1. V. L. Idot, « Pour une lecture modernisée de l'affectation du commerce entre États membres », *Europe* 2011, comm. 26 et D. Bosco, *CCC* 2011 comm. 120.

2. Par ex. : Paris, 24 nov. 2009, *Chevron Products Cny*, *Juris-Data* n° 2009-017472.

3. CJCE 14 févr. 1979, *United Brandts*, *Rec.* 207.

4. CJCE 25 oct. 1979, *Greenwich Film Productions*, aff. 22/79, *Rec.* 3275.

5. CJCE mars 1974, aff. 6 et 7/73, *Commercial solvents corp.*, *Rec.* 223.

6. CJCE 28 avr. 1998, aff. C-306/96, *Javoco International et Yves Saint-Laurent*, *Rec.* 1983.

7. Par ex. : TPICE 1^{er} avr. 1993, T-65/89, *BPB Industries plc* ; en revanche, des pratiques uniquement destinées à l'exportation (par ex. : interdiction d'exporter vers des États hors UE) n'affectent pas le commerce intra-européen s'il est probable que ces produits n'auraient jamais été réimportés en Europe en raison des coûts excessifs de la réimportation.

sur le commerce intracommunautaire ». ¹ Il suffit qu'aucun opérateur européen ne puisse pénétrer, même potentiellement, le marché européen ².

L'appréciation de l'affectation se fait de façon globale et prend en compte des éléments qui, pris isolément, ne sont pas nécessairement déterminants ³.

Section 4

Domaine d'application *rationae loci* du droit de la concurrence

La question de l'applicabilité *rationae loci* est subordonnée à la théorie des effets et la mise en œuvre de la pratique anticoncurrentielle (§ 1). Un problème d'articulation entre les différents droits de la concurrence est également posé en raison du principe *non bis in idem* (§ 2).

§ 1. THÉORIE DES EFFETS

ET MISE EN ŒUVRE DE LA PRATIQUE ANTICONCURRENTIELLE

186. Le droit de la concurrence appréhende des comportements. Il devrait s'appliquer même si les entreprises sont situées hors du territoire de l'Union européenne et même si la pratique anticoncurrentielle a été conclue hors de l'Union, sans qu'il soit nécessaire que les entreprises aient un établissement dans l'Union européenne. Cette extra-territorialité du droit de la concurrence est dangereuse. Dès lors qu'un comportement est susceptible d'avoir un effet sur le territoire de l'Union, fût-il simplement potentiel, le droit des pratiques anticoncurrentielles aurait vocation à s'appliquer, alors même que les parties n'y sont pas localisées.

La fameuse affaire *Pâte de bois* semble consacrer la théorie de l'effet : toutes les entreprises condamnées pour entente étaient situées hors de l'Union européenne et n'avaient aucune filiale à l'intérieur de celle-ci. Pour autant, la Cour de justice a relevé l'existence de pratiques concrètes sur le marché européen par la conclusion de contrats conclus en Europe. Le simple effet, fût-il potentiel, d'une pratique sur l'Union ne suffit pas pour déclencher l'application du droit de la concurrence. Il faut que la pratique ait été mise en œuvre sur l'Union ⁴.

Le critère de mise en œuvre suppose qu'il y ait « un point de rattachement matériel sous forme de participation active aux pratiques litigieuses qui justifie la poursuite des comportements d'origine extérieure » ⁵. Il faut, par exemple, à défaut de filiale ou

1. Com. 31 janv. 2012, *France Télécom et Orange Caraïbes*, D. 2012. 429, note É. Chevrier, RTDE 2012. 453, obs. L. Idot.

2. Com. 1^{er} mars 2010, D. 2011. 813, obs. É. Chevrier, RTDE 2011. 420, obs. L. Idot.

3. CJCE 29 avr. 2004, aff. C-359/01, *British Sugar*, préc. ; v. aussi communication relative à la notion d'affectation du commerce entre États membres, 27 avr. 2004 (JOUE n° C-101, p. 81, spéc. p. 14).

4. CJCE 27 sept. 1988, *Pâte de bois I*, Rec. 5193.

5. CJCE 14 nov. 1996, *Tetra Pack*, aff. C-333/94, Rec. 5951 ; Trib. UE 18 juin 2013, aff. T-404/08, *Fluorsid SpA et Mimmot financing Co* et Trib. UE 18 juin 2013, aff. T-406/08, *Industries chimiques du Fluor (ICF)*, CCC 2013, comm. 243, obs. G. Decocq : le droit de la concurrence de l'Union est applicable à une entente qui produit ses effets sur le territoire du marché intérieur, indépendamment du

d'établissements en Europe, que les entreprises aient opéré directement dans l'Union ; ou qu'elles aient agi par l'intermédiaire d'un agent et donc que ces entreprises aient une activité économique dans l'Union.

Lorsque le comportement anticoncurrentiel peut être imputé à la filiale européenne d'une société mère étrangère à l'Union, la responsabilité solidaire de la filiale et de la société mère peut être engagée si le comportement est caractérisé par une unité d'action résultant de l'absence d'autonomie de la filiale (v. sur la question des groupes, ss 143 s.).

Si la pratique est destinée à produire des effets hors de l'Union, telle une entente à l'exportation, elle ne relève pas du droit européen de la concurrence, sauf si la pratique a des conséquences indirectes sur le marché commun, notamment en raison d'une réimportation vers l'Union européenne.

187. Pouvoirs de sanctions des autorités de concurrence. Même si le droit européen de la concurrence est applicable pour appréhender des comportements d'entreprises situées hors UE (dès lors que la pratique est mise en œuvre dans l'espace européen), la Commission de Bruxelles a des pouvoirs limités à l'UE. Pareillement, chaque autorité nationale a des pouvoirs d'investigation et de sanction limités à son territoire national.

Les accords de courtoisie positive¹ et la création d'un réseau international de concurrence (*International Competition Network*) ont précisément pour objet de résoudre ces difficultés de pluralité d'Autorités de concurrence saisies d'une même pratique développant des effets sur le monde entier. Le réseau européen de concurrence a le même objectif de résolution des conflits (v. ss 56).

188. Droit interne et pratiques anticoncurrentielles. Le droit des pratiques anticoncurrentielles peut s'appliquer dès lors que le comportement litigieux est susceptible d'affecter le territoire national². La loi du 15 mai 2001 le précise en l'article L. 420-1 du Code de commerce : les ententes anticoncurrentielles sont interdites même lorsqu'elles sont conçues ou mises en œuvre « par l'intermédiaire direct ou indirect d'une société du groupe implantée hors de France ». La loi a consacré le principe de territorialité objective.

Cette solution est retenue par la Cour de cassation : il convient de rechercher quel est le marché affecté ou susceptible de l'être dont la loi doit être appliquée³.

Même si l'opération est destinée à produire des effets hors de France, elle peut néanmoins affecter le marché français, car les entreprises françaises peuvent souffrir du comportement de leur rivale. Ainsi, la cour d'appel s'est-elle déclarée compétente pour se prononcer sur des pratiques qui, « en ayant leur origine sur le territoire français, ne produisent pas d'effet sur le marché national »⁴. Certes, les autorités de concurrence ne

fait que l'une des entreprises participant à un accord est située dans un pays tiers ; Trib. UE 18 juin 2013, aff. T-404/08, *Fluorsid SpA et Mimmet financing Co*, Trib. UE 18 juin 2013, aff. T-406/08, *Industries chimiques du Fluor (ICF)*.

1. La courtoisie positive consiste à demander aux autorités d'un autre État d'appliquer efficacement leur droit national dans les affaires sensibles pour l'État demandeur. Par ex. : accord entre USA et UE, IP/95/393 du 20 avr. 1995 ; par ex. : accord de courtoisie conclu entre USA et le Canada.

2. Paris, 15 sept. 1993, *Sté Brasseler*, CCC 1993, n° 53 et 199, obs. L. Vogel ; Cons. conc. du 13 juin 1989, *Sté Phinelec* (BOCC 29 juin 1989, p. 160).

3. Com. 27 mars 2001, CCC 2002, comm. 91, à propos de discrimination tarifaire. La Cour de cassation visait l'article L. 442-6 du Code de commerce mais l'abus de position dominante étant évoqué, elle aurait pu appliquer l'article L. 420-2 du Code de commerce.

4. Paris, 16 juill. 2002, *Pharmajet* (BOCC 21 oct. 2002, p. 959) (pratiques émanant de laboratoires installés en France ayant pour objet et effet de limiter les exportations parallèles sur le territoire des autres États).

peuvent pas enquêter hors de leur territoire. Mais depuis le Règlement n° 1/2003 du 16 décembre 2002, la Commission et les autorités nationales de concurrence ont désormais le pouvoir de communiquer et d'utiliser comme moyen de preuve tout élément de fait ou de droit découvert par l'une d'entre elles.

§ 2. PRINCIPE *NON BIS IN IDEM*

La règle *non bis in idem* est consacrée à l'article 50 de la Charte des droits fondamentaux. Elle suppose une triple identité de faits, de contrevenants et d'intérêt juridique protégé.

189. *Rapports États tiers et Union européenne.* La jurisprudence refuse d'appliquer *non bis in idem* dans les rapports entre *droit européen et droits d'États tiers* pour des comportements de dimension mondiale, car les différents droits ont des finalités distinctes (protégeant des marchés distincts) et que la sanction prononcée par une autorité tierce à l'Union européenne ne prend pas en compte les effets de la pratique sur le territoire européen¹.

190. *À l'intérieur de l'Union, la question de l'application du principe non bis in idem est délicate*². Dans les rapports entre autorités de concurrence et juridictions, le principe *non bis in idem* ne s'applique pas, car le « *private* » et le « *public enforcement* » poursuivent des finalités différentes (v. ss 54).

Dans les *rapports entre droit national et droit européen* de la concurrence, le fameux arrêt *Walt Wilhelm* admet une concurrence des droits et refuse de faire jouer la règle car les finalités de deux droits sont différentes³. Cette solution pourrait être critiquée, puisque le principe d'équivalence conduit à une convergence des droits de la concurrence (v. ss 51).

Dans les rapports entre autorités nationales de concurrence, on sait que depuis le Règlement n° 1/2003 du 16 décembre 2002, les autorités nationales peuvent appliquer le droit européen dans leur cadre procédural et dans les limites de leur territoire. Si une pratique affecte deux États, deux procédures parallèles sont engagées. Les autorités nationales ne peuvent pas faire cesser la pratique hors de leur territoire. Le principe *non bis in idem* n'a pas à s'appliquer, car les autorités de concurrence n'ont pas reçu une délégation complète pour appliquer le droit européen, dès lors que leurs pouvoirs sont territorialement limités⁴.

1. CJCE 29 juin 2006, *SGL Carbon*, aff. C-301/04, *Showa*, aff. C-289/04, *Concurrences* n° 3-2006, p. 85, obs. M. Derbroux ; CJCE 29 juin 2006, trois arrêts, *Europe* août-sept. 2006, comm. 250, obs. L. Idot ; CJCE 18 mai 2006, aff. C-397/03, *Archer Daniels Midland*, *Europe* 2006, comm. 217, obs. L. Idot ; TPICE 9 juill. 2003, quatre arrêts, *Cartel de la Lysine*, aff. T-224/00, 220/00, 223/00, 230/00, *Europe* 2003, comm. 326, obs. L. Idot, CCC 2003, comm. 144, obs. S. Poillot-Peruzzetto.

2. E. Paulis et C. Gauer, « Le Règlement n° 1/2003 et le principe *non bis in idem* », *Concurrences* n° 1-2005 ; L. Idot, « Réflexions sur l'application de certains principes et notions de droit pénal en droit des pratiques anticoncurrentielles », in *Mélanges B. Bouloc*, Dalloz, 2006.

3. CJCE 13 févr. 1969, C-14/68.

4. Les autorités sont tenues d'un devoir de coopérer. La Commission et les autorités peuvent communiquer et utiliser comme moyen de preuve tout élément de fait ou de droit découvert lors des enquêtes.

De quelques difficultés

Quelques exemples sensibles seront présentés. Le premier est lié à la nature sociale des organismes sociaux l'activité (Section 1) ; le second aux rapports entre le droit de la concurrence et le droit du travail (Section 2).

Section 1

Organismes sociaux

191. La finalité sociale des organismes sociaux¹ n'exclut pas l'influence sur le marché. On a vu que toute activité, même non lucrative, est assujettie aux lois de la concurrence (v. ss 132 s.). L'activité de ces organismes sociaux est économique, mais une concurrence est susceptible de mettre en péril l'exercice de la mission. La réponse est donc nuancée et repose sur des distinctions.

192. *Arrêt Poucet*. La Cour de justice, dans la fameuse affaire *Poucet*, a considéré qu'un organisme chargé de la gestion de sécurité sociale n'est pas une entreprise au sens des articles 81 et 82 (devenus art. 101 et 102 TFUE) et peut donc échapper aux lois de la concurrence en imposant ainsi une affiliation obligatoire à un organe de sécurité sociale². La Cour de cassation s'est alignée sur cette jurisprudence³. L'analyse procède d'une analyse du mode de fonctionnement et des finalités poursuivies par l'organisme.

193. La finalité sociale d'un régime d'assurance n'est pas en soi suffisante pour exclure que l'activité concernée soit qualifiée d'activité économique⁴. Il faut également que, d'une part, ce régime puisse être considéré comme mettant en œuvre le principe de solidarité et, d'autre part, qu'il soit soumis au contrôle de l'État qui l'a instauré.

Par exemple, la Cour de justice, dans l'affaire de la FFSA, sur recours préjudiciel en interprétation, a considéré que la caisse nationale d'assurance vieillesse mutuelle agricole, organisme à but non lucratif gérant un régime complémentaire facultatif,

1. L. Dríguez, *Droit social et droit de la concurrence*, thèse, Bruylant, 2006.

2. CJCE 17 févr. 1993, aff. jtes, C-159/91, *Poucet et Pistre*, JCP 1993. I. 3702, obs. M.-C. Boutard-Labarde ; récemment, TPICE 4 mars 2003, aff. T-319/99, *Fenin*, *Europe* 2003, n° 175, dos. L. Idot (à propos des organismes gérant le système national de santé publique espagnol).

3. Com. 6 avr. 1993, six arrêts, CCC 1993, n° 151, obs. L. Vogel ; Soc. 22 juin 2000, *Institut Pasteur c/ Argic et Perron c/ CARMF*, à propos de la Caisse autonome de retraite des médecins.

4. CJCE 22 janv. 2002, *Cisal di Battistello Venanzio & Co*, aff. C-218/00, *Rec.* 691 (pt 37) ; CJCE 21 sept. 1999, *Albany international*, aff. C-67/96, *Rec.* 5751.

fonctionnant selon le principe de la capitalisation, peut être qualifiée d'entreprise au sens des articles 101 et 102 TFUE (ex art. 81 et 82)¹.

À l'inverse, ne sera pas considéré comme une entreprise un organisme dont le mode de fonctionnement est basé sur les principes de la solidarité sociale², comme par exemple organisme chargé par la loi de la gestion d'un régime d'assurance contre les accidents du travail et les maladies professionnelles³.

Il a même été admis qu'en fonction des circonstances dans lesquelles un organisme est désigné pour assurer la gestion d'un régime de remboursement complémentaire de frais de soins de santé et de la marge de négociation dont il dispose quant aux modalités de son engagement, un organisme, bien que n'ayant pas de but lucratif et agissant sur le fondement du principe de solidarité, pourrait être qualifié d'entreprise exerçant une activité économique s'il a été choisi par les partenaires sociaux, sur la base de considérations financières et économiques, parmi d'autres entreprises avec lesquelles il est en concurrence sur le marché des services de prévoyance⁴.

194. Organisme social et droit des ententes ou de l'abus de position dominante⁵. La question des organismes sociaux peut être analysée sous l'angle de l'effet utile du droit européen. Une convention collective prévoyant une affiliation obligatoire à un fonds de pension est-elle de nature à porter atteinte à l'effet utile de l'article 85 Traité CE (devenu art. 101 TFUE) ? La réponse de la Cour, dans les affaires *Brentjens-Albany*⁶, est que « les accords conclus dans le cadre de négociations collectives entre partenaires sociaux destinés à améliorer les conditions d'emploi et de travail doivent être considérés, en raison de leur nature et de leur objet, comme ne relevant pas de l'article 85, § 1^{er}, du traité » (devenu art. 101 TFUE). Des arrêts postérieurs ont confirmé cette solution⁷. La même question peut être posée sous l'angle de l'article 102 TFUE.

1. CJCE 16 nov. 1995, *Féd. française des stés d'assurance*, aff. C-244-94, *Rec.* 4013, *CCC* 1995, n° 206, obs. L. Vogel.

2. Il en est ainsi, par exemple, lorsque les prestations allouées sont indépendantes du montant des revenus : les plus riches financent les prestations sociales des plus démunis.

3. CJCE 5 mars 2009, aff. C-350/07, *Kattner Stahlbau GmbH*, *CCC* 2009, comm. 139, obs. G. Decocq : une caisse professionnelle contre les accidents du travail et les maladies professionnelles ne constitue pas une entreprise au sens des articles 81 et 82 du Traité CE, mais est une entité qui remplit une fonction à caractère exclusivement social à condition qu'elle opère dans le cadre d'un régime qui met en œuvre le principe de solidarité et qui est soumis au contrôle de l'État ; CJCE 22 janv. 2002, *Cisal et Inail*, aff. C-218/00 : l'organisme italien chargé par la loi d'un mécanisme d'assurance contre les accidents du travail n'est pas une entreprise (montant des prestations et cotisations fixé par la loi).

4. CJUE 3 mars 2011, *AG2R Prévoyance*, aff. C-437/09, pts 41-42, 44-46, 64-65.

5. Ph. Coursier, « Des dangers du recours aux clauses de désignation et de migration pour généraliser une couverture complémentaire santé », *RLC* 2013, n° 36.

6. CJCE 21 sept. 1999, *Albany*, C-67/96, *Brentjens*, C-115/97 à C-117/97, et *Drijvende Bokken*, C-219/97, *CCC* 2000, n° 11, obs. S. Poillot-Peruzzetto, *Dr. soc.* 2000, 106, note X. Prétot.

7. Par ex. : question préjudicielle posée par le TGI Périgueux : « l'organisation d'un dispositif d'affiliation obligatoire à un régime complémentaire... prévoyant l'affiliation à un organisme unique, désigné pour gérer un régime complémentaire de soins de santé, sans aucune possibilité pour les entreprises du secteur d'être dispensées d'affiliation, est-elle conforme aux articles 81 et 82 CE (devenus art. 101 et 102 TFUE), ou est-elle de nature à faire occuper par l'organisme désigné une position dominante susceptible d'abus ? » : CJUE 3 mars 2011, *AG2R Prévoyance*, C-437/09 *CCC* 2011, comm. 124, obs. G. Decocq, *RTDE* 2012, 829, obs. J.-B. Blaise : l'accord collectif conclu entre partenaires sociaux prévoyant de rendre obligatoire l'adhésion à l'organisme de gestion pour le remboursement complémentaire de dépenses de santé ne relève ni par sa nature ni par son objet de l'article 101, § 1, TFUE ; v. aussi, CJCE 21 sept. 2000, *van der Woude*, aff. C-222/98.

L'octroi de droits exclusifs n'est pas en lui-même anticoncurrentiel dès lors que l'exclusivité est nécessaire au fonctionnement et à une juste répartition des risques, car la suppression du droit exclusif aurait entraîné le départ progressif de « bons risques » vers les compagnies d'assurance privées et n'aurait laissé à l'organisme que la gestion des « mauvais risques », provoquant une augmentation du coût des pensions pour les affiliés¹.

195. Organismes sociaux et mission d'intérêt économique général. Si les partenaires sociaux ont choisi un organisme social même dépourvu de but lucratif, parmi d'autres entreprises en concurrence, sur la base de considérations financières, il peut être assujéti au droit de la concurrence. Pour autant, même si l'activité est qualifiée d'économique, l'article 106, § 2, TFUE permettant une dérogation aux règles de concurrence peut être invoqué. Ainsi, a-t-il été jugé que les articles 102 et 106 TFUE ne s'opposent pas à ce que les pouvoirs publics investissent un organisme de prévoyance du droit exclusif de gérer ce régime, sans aucune possibilité pour les entreprises du secteur d'activité concerné d'être dispensées de s'affilier audit régime, afin d'accomplir les missions d'intérêt économique général qui lui ont été imparties dans des conditions économiquement acceptables².

196. La jurisprudence fait généralement une distinction entre les régimes de base qui sont considérés comme pouvant échapper aux règles de concurrence, et les régimes complémentaires, obligatoires ou facultatifs : les organismes gérant ces régimes complémentaires peuvent être considérés comme des entreprises au sens du droit de la concurrence ; la question étant alors de savoir s'il y a abus ou si leur activité est susceptible de relever du régime dérogatoire prévu par l'article 106, § 2, TFUE.

197. Opérations d'assurance. Toutes les entreprises effectuant des opérations d'assurance (gestion de risques aléatoires), quel que soit leur statut, sont soumises aux règles de la concurrence. Il en est ainsi des mutuelles pour toutes leurs activités d'assurance qui ne sont pas liées à la gestion d'un régime obligatoire de sécurité sociale³. C'est surtout sur le terrain de la protection sociale complémentaire, notamment pour l'assurance-maladie, que les mutuelles sont en concurrence avec les compagnies d'assurances. En conséquence, la prohibition des ententes s'applique, par exemple en cas de répartition de marchés : sont anticoncurrentielles des conventions conclues entre des unions de mutuelles et des syndicats d'opticiens pour la mise en place de système de délégation de paiement et l'aménagement de conditions de remises de prix⁴.

198. Activités diversifiées. Par ailleurs, lorsque l'opérateur exerce à la fois une activité concurrentielle (par exemple une activité dans les assurances) et une mission de service public, le risque est, notamment par le jeu de subventions croisées, celui d'une imbrication entre les deux activités, permettant à l'opérateur d'abuser de sa position monopolistique procurée par les droits exclusifs sur le marché ouvert à concurrence. De même, un opéra-

1. CJCE 21 sept. 1999, *Brentjens*, préc.

2. CJUE 3 mars 2011, *AG2R Prévoyance*, aff. C-437/09, pts 80-81.

3. Com. 21 oct. 1997, *Chambre syndicale des pharmaciens c/ Sté Mutualité de l'Anjou*, Bull. civ. IV, n° 270, *D. Affaires* 1997. 1386.

4. Cons. conc. n° 91-D-04 du 29 janv. 1991, *RTD com.* 1992. 274 ; Com. 21 oct. 1997, *Chambre syndicale des pharmaciens du Maine-et-Loire c/ Mutualité de l'Anjou*, Bull. civ. IV, n° 270 : « le régime juridique des mutuelles comme le caractère non lucratif de leur activité n'est pas de nature à les exclure du champ d'application de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 dès lors qu'elles procèdent... par la commercialisation de médicaments, à une activité de production, de distribution et de services ».

teur, tels une maison de retraite ou un exploitant de bains thermal peut exercer une mission de service public soumis au Code de la sécurité sociale (soins médicaux) et des prestations soumises au droit de la concurrence (soins complémentaires et de confort)¹. Un auteur considère qu'il est dangereux de « traiter des questions relevant du domaine de l'économie administrée comme s'il relevait du droit de la concurrence », car « c'est s'exposer à être instrumentalisé au service d'objectifs qui ne sont pas du droit de la concurrence »².

Ainsi, dans un avis du Conseil de la concurrence (devenu l'Autorité de la concurrence), le Conseil a souligné que, les mutuelles, qui gèrent des systèmes obligatoires de retraite complémentaire en vertu d'un droit exclusif et, tout à la fois, des systèmes facultatifs, soumis à la concurrence, ne doivent pas utiliser les facilités liées à leurs droits exclusifs pour le fonctionnement de leur activité concurrentielle³. L'impact du droit de la concurrence a d'ailleurs été tel que toutes les mutuelles qui relèvent du Code de la mutualité ont été conduites à opérer une séparation comptable de leurs différentes activités. Les comptes des mutuelles étaient, en effet, parfois opaques. Il n'était guère aisé de distinguer entre activités relevant de la solidarité et celles qui relèvent du marché. Or, de très nombreuses mutuelles sont subrogées dans les droits des assurés vis-à-vis de la sécurité sociale. Comment dès lors distinguer entre dépenses remboursées par la sécurité sociale et prestations mutualistes ? Une séparation comptable s'impose donc.

Section 2

Droit de la concurrence et droit du travail

§ 1. CONVENTIONS COLLECTIVES ET DROIT DE LA CONCURRENCE

200. *Accords conclus dans le cadre d'une convention collective*⁴. Un accord collectif entre organisations représentatives des employeurs et salariés dont l'objet est d'améliorer la situation de ces derniers (par exemple créer un fonds de gestion d'un régime complémentaire) n'a pas d'objet anticoncurrentiel (sur le problème des arrêtés d'extension, v. ss 91). En conséquence, dans l'affaire *Brentjens*⁵, la Cour de justice a admis que les conventions collectives échappent à l'emprise du droit de la concurrence dans la mesure où les accords conclus sont destinés à améliorer les conditions d'emploi et de travail. À l'inverse, est assujettie au droit européen de la concurrence la convention collective qui porte sur des matières qui ne relèvent pas de l'essence des négociations collectives ou visent à affecter directement les rapports entre les employeurs et les tiers, tels les clients, les fournisseurs, ou employeurs concurrents⁶.

1. Par ex. : ADLC n° 09-D-39 du 18 déc. 2009, relative à des pratiques mises en œuvre par le Conseil national des exploitants thermaux dans le secteur du thermalisme, CCC 2010, comm. 51, obs. G. Decocq : le conseil national a été condamné pour avoir diffusé une consigne à ses adhérents visant à facturer aux curistes un supplément pour frais de dossier non remboursables par l'assurance-maladie.

2. G. Decocq, *op. cit.*, in CCC 2010, comm. 51.

3. Avis n° 98-A-03 sur les assurances (BOCC 25 août 1999, p. 415).

4. P.-H. Antonmattéi et S. Destours, « Convention collective et droit de la concurrence : nouvelle rencontre », *Dr. soc.* 2003. 999.

5. CJCE 21 sept. 1999, *Brentjens, Albany et autres*, aff. C-115-97 à C-117/97, CCC 2000, n° 11, obs. S. Poillot-Peruzzetto ; CJCE 21 sept. 2000 ; *Van der Woude*, Europe 2000, comm. 355, comm. L. Idot (mise en place d'un régime d'assurance contribue à l'amélioration des conditions de travail).

6. CJCE 12 sept. 2000, *Pavlov*, aff. C-180-98, Rec. 6451.

Pareillement, en droit interne, dans le cas particulier des régimes complémentaires de retraite, c'est une convention collective qui désigne l'organisme auquel les cotisations doivent être versées. La Cour de cassation a admis la licéité de ces clauses de désignation insérées dans la convention collective. Une telle exclusivité n'est pas contraire au droit de la concurrence en raison de la nature de l'activité des organismes. La solution a été consacrée par la loi du 8 août 1994 (CSS, art. L. 912-1)¹.

201. Accords conclus hors le cadre d'une convention collective. Ces accords relèvent du droit des ententes : par exemple, est une entente un accord conclu entre des médecins regroupés en une organisation professionnelle en vue de confier leur régime de retraite complémentaire à un fonds de pension (dont l'adhésion au fonds avait été rendue obligatoire par les pouvoirs publics à tous les membres de la profession), car l'affiliation obligatoire n'était pas le résultat d'une négociation collective ayant un objet non économique – les avantages étant réservés aux membres de la profession et non à la communauté tout entière².

§ 2. CONTRAT DE TRAVAIL ET DROIT DE LA CONCURRENCE

202. Les autorités de concurrence peuvent appréhender les clauses d'un contrat de travail au regard du droit de la concurrence. Ainsi, sur le fondement de l'article L. 420-2 du Code de commerce, le Conseil de la concurrence (devenu l'Autorité de la concurrence) a suspendu un avenant au contrat de travail qui comporte des clauses anticoncurrentielles destinées à entraver le bon fonctionnement de la concurrence lors d'un appel d'offres³ – la suppression définitive de l'avenant supposant un accord des salariés puisqu'une telle disparition relève du régime de la modification du contrat de travail⁴.

1. CSS, art. L. 912-1 : « lorsque des accords professionnels ou interprofessionnels prévoient une mutualisation des risques dont ils organisent la couverture auprès d'un ou plusieurs organismes... auxquels adhèrent obligatoirement les entreprises relevant du champ d'application de ces accords »... ; Soc. 10 mars 1994, *D.* 1994. Somm. 302, obs. Ph. Langlois.

2. CJCE 12 sept. 2000, *Pavel Pavlov*, aff. C-180/98 à C-184/98, *Rec.* 6451.

3. Cons. conc. n° 06-MC-02 du 27 juin 2006 relative à des *mesures conservatoires présentées par la commune de Bouc Bel Air*, CCC 2006, comm. 163, obs. G. Decocq, et comm. 236, avec nos obs.

4. C. Neau-Leduc, « Contrats de travail et pratiques anticoncurrentielles : liaisons dangereuses », *RLC* oct.-déc. 2006, p. 23 s.

Titre 2

Protection des concurrents

La liberté du commerce et de l'industrie peut être nuisible à soi-même par la stipulation d'un engagement de non-concurrence déraisonnable (Chapitre 1). Elle peut aussi être exercée abusivement contre son contractant et même contre tout tiers concurrent – le droit français édicte alors des règles spécifiques (Chapitre 2).

Protection contre soi-même : l'engagement de non-concurrence

203. Le principe de la liberté du commerce et de l'industrie autorise quiconque à exercer une activité économique – sous réserve de respecter les obligations afférentes au statut du commerçant ou les obligations professionnelles.

Une restriction à cette liberté ne peut résulter que de la loi, sous la forme d'une obligation légale de non-concurrence (Section 1) ou d'une convention par le jeu d'une clause de non-concurrence (Section 2).

Section 1

Obligation légale de non-concurrence¹

204. *Les sources de l'obligation de non-concurrence.* Certains textes spéciaux prévoient expressément une obligation de non-concurrence : à titre d'exemple, on citera l'article 4 de la loi du 29 novembre 1966 selon lequel « tout associé ne peut être membre que d'une seule société civile professionnelle et ne peut exercer la même profession à titre individuel » ; ou encore, le décret du 25 mars 1993 relatif aux sociétés d'exercice libéral de la profession d'avocat met à la charge de l'associé membre d'une des sociétés visées une obligation légale de non-concurrence ; l'article 1843-3, *in fine*, est interprété comme obligeant l'associé qui fait un apport en industrie, à ne pas concurrencer sa société...

En dehors de ces textes, dans certains domaines, la jurisprudence a découvert, comme l'y invite l'article 1135 du Code civil, des obligations légales de non-concurrence : par exemple, l'obligation de fidélité à laquelle est tenu le salarié en cours d'exécution du contrat de travail est interprétée comme incluant une obligation de non-concurrence ; de même, la garantie du fait personnel oblige le cédant à ne pas concurrencer le cessionnaire.

L'obligation légale de non-concurrence est liée à l'exécution du contrat (§ 1), plus rarement à son expiration (§ 2).

§ 1. EXÉCUTION DU CONTRAT

Les exemples caractéristiques d'obligations légales de non-concurrence relèvent du contrat de travail (A) et de la location-gérance (B). La question est plus discutée dans les relations qui unissent associés et société (C) ou dans les contrats de distribution (D).

1. Y. Serra, *La non-concurrence en matière commerciale, sociale et civile*, coll. « Droit usuel », Dalloz, 1991 ; Y. Picod, « L'obligation de non-concurrence de plein droit et les contrats n'emportant pas transfert de clientèle », *JCP E* 1994. I. 349 ; C. Auguet, *Concurrence et clientèle. Contribution à l'étude critique du rôle des limitations de concurrence pour la protection de la clientèle*, LGDJ, 2000.

A. Contrat de travail

205. L'obligation de fidélité de l'employé. L'employé ne doit pas, pendant la durée du contrat de travail, concurrencer son employeur. Cette obligation se rattache à l'obligation de bonne foi dont le salarié est tenu (C. trav., art. L. 1222-1).

L'obligation persiste jusqu'à l'extrême fin du contrat de travail¹. Mais cette obligation n'interdit pas au salarié de préparer, en cours de contrat, une future activité concurrente, dès lors qu'il ne commet pas un acte de concurrence déloyale². Si le salarié a été dispensé d'exécuter le préavis, il a la faculté d'entrer pendant la durée de ce préavis au service d'une entreprise concurrente³.

L'obligation de loyauté à laquelle est tenu le salarié ne signifie pas nécessairement l'exclusivité. Le salarié peut travailler pour le compte de deux entreprises non concurrentes. Selon l'expression d'un auteur, la fidélité du salarié « n'interdit pas la bigamie »⁴. Cette hypothèse n'est pas rare avec le développement de la pluriactivité.

La transgression de l'obligation de non-concurrence constitue selon les hypothèses une faute lourde engageant la responsabilité du salarié, une faute privative des indemnités du salarié ou une cause réelle et sérieuse de licenciement.

Pour autant, le salarié ne peut être poursuivi pour concurrence déloyale que si sont caractérisés des actes effectifs de concurrence déloyale commis par le salarié avant le terme de son contrat de travail⁵.

Lorsque les actes concurrentiels ne sont pas imputables au salarié lui-même mais à l'un de ses proches (époux, enfant), il est discuté de savoir si le salarié peut être licencié⁶.

B. Contrat de location-gérance

206. Une protection de la clientèle. Lorsque le bail a pour objet le fonds de commerce, et donc la clientèle, le propriétaire du fonds doit garantir son locataire-gérant contre les troubles de jouissance. La jurisprudence en a déduit que le bailleur est tenu de ne pas concurrencer son locataire-gérant⁷. Il ne doit pas se rétablir dans des conditions telles qu'il pourrait reprendre tout ou partie de la clientèle du fonds cédé. La solution se justifie par la protection de la clientèle, élément principal du fonds de commerce loué. Il appartient aux juges du fond d'apprécier si le rétablissement du vendeur dans le même commerce constitue ou non une violation de son obligation.

L'obligation légale de non-concurrence peut subsister au-delà du terme prévu par une clause de non-concurrence insérée dans le contrat (de vente ou de location-gérance). C'est seulement quand la clientèle cédée a disparu que l'obligation cesse, faute d'objet⁸.

1. Com. 9 oct. 2001, CCC 2002, n° 7, et nos obs.

2. Com. 13 mars 2001, CCC 2001, n° 88, et nos obs. : « seul l'exercice effectif d'une activité concurrente de celle de leur employeur par des salariés encore dans les liens du travail constitue une faute de concurrence déloyale » (le salarié peut entrer dans le capital d'une société concurrente ou créer une société concurrente).

3. Soc. 27 nov. 1991, Bull. civ. V, n° 531.

4. J.-E. Ray, « Fidélité et exécution du contrat de travail », *Dr. soc.* 1991. 376, spéc. 377.

5. Soc. 31 oct. 2012, pourvoi n° 11-16.988 : « en se déterminant ainsi, par des motifs ne suffisant pas à caractériser des actes effectifs de concurrence déloyale commis par le salarié avant le terme de son contrat de travail, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ».

6. F. Gaudu, « Le licenciement pour perte de confiance », *Dr. soc.* 1992. 379 ; Y. Picod, *D.* 1995. Somm. 210, sous Soc. 27 janv. 1993.

7. Dijon, 5 mai 1875, S. 1875. 2. 142 ; Colmar, 11 mai 1926, *Gaz. Pal.* 1926. 2. 303.

8. Com. 14 févr. 1992, *Defrénois* 1992. 1358 ; v. ss 211.

Quand le contrat ne porte pas sur la clientèle mais sur le local d'habitation, le bailleur n'est pas tenu d'une telle obligation. Comme l'a affirmé la jurisprudence, « le bailleur a l'obligation légale de garantir au preneur la jouissance de la chose louée mais non pas la jouissance du commerce exercé dans les lieux »¹. Le bailleur peut donc exercer lui-même une activité concurrentielle à celle de son locataire ou donner à bail un autre local en vue de l'exercice d'un commerce concurrent. À l'inverse, le décret de 1953 reconnaît au locataire le droit de demander la déspecialisation partielle de son activité (C. com., art. L. 145-47). Il peut donc étendre son activité à un domaine qui fait concurrence au bailleur ou à tout autre locataire.

C. Contrat de société

207. Le principe de la liberté du commerce et ses limites. En l'absence de textes législatifs spéciaux imposant l'existence d'une obligation de concurrence, ou de dispositions dans le pacte social, le principe est celui de la libre concurrence. Certes, l'*affectio societatis* impose une obligation de bonne foi. Mais l'obligation de non-concurrence ne se présume pas. Cette solution a été mise à l'épreuve dans diverses hypothèses :

Un simple porteur de parts sociales n'exerçant aucun emploi salarié peut s'intéresser à une entreprise concurrente². De même, la Cour de cassation a affirmé en 2011 que « sauf stipulation contraire, l'associé d'une société à responsabilité limitée n'est, en cette qualité, tenu ni de s'abstenir d'exercer une activité concurrente de celle de la société ni d'informer celle-ci d'une telle activité et doit seulement s'abstenir d'actes de concurrence déloyaux »³. En 2013, la solution a été réitérée à propos de l'associé d'une SARL⁴ ou d'une SAS⁵, avec une formulation identique. L'associé d'une société civile, d'une société anonyme, d'une société par actions simplifiée ou d'une société à responsabilité limitée peut exercer une activité concurrente de celle de la société, et n'est pas tenu d'informer celle-ci d'une telle activité.

Le principe de liberté d'exercice d'une activité concurrentielle peut être écarté par la stipulation d'une clause de non-concurrence *ut singuli* ou insérée dans les statuts de la société qui peut interdire ou régir les conditions d'exercice d'une activité concurrente. Plutôt que d'une clause de non-concurrence, il peut s'agir plus simplement d'une clause d'autorisation ou d'une obligation de révélation⁶.

Par ailleurs, l'associé est tenu de respecter les exigences de loyauté dans la concurrence, sous peine d'être poursuivi pour concurrence déloyale.

En revanche, sont assujettis à une obligation de non-concurrence les associés apporteurs en industrie (car ils sont tenus d'apporter alors toute leur industrie à la société en vertu de l'article 1843-3 du Code civil), ou les associés d'une société civile professionnelle (l'associé

1. Civ. 3^e, 16 mars 1976, *D.* 1976. 559, note Serra.

2. Paris, 21 oct. 1957, *JCP CI* 1958. 62793 ; Com. 11 févr. 1964, *Bull. civ.* III, n° 67.

3. Com. 15 nov. 2011, *Bull. civ.* IV, n° 188, *CCC* 2012, comm. 41, *D.* act. 23 nov. 2011, *D.* 2012. 134, note T. Favario, *Rev. sociétés* 2012. 292, note L. Godon, *RTD com.* 2012. 137, note A. Constantin.

4. Cass. 19 mars 2013, pourvoi n° 12-14.40, *Rev. sociétés* 2013. 358, obs. S. Prévost : « sauf stipulation contraire, l'associé d'une société à responsabilité limitée n'est pas, en cette qualité, tenu de s'abstenir d'exercer une activité concurrente de celle de la société et doit seulement s'abstenir d'actes de concurrence déloyale ».

5. Com. 10 sept. 2013, *CCC* nov. 2013 et nos obs. à paraître : « sauf stipulation contraire, l'associé d'une société par actions simplifiée n'est pas, en cette qualité, tenu de s'abstenir d'exercer une activité concurrente de celle de la société et doit seulement s'abstenir d'actes de concurrence déloyale ».

6. T. Favario, *D.* 2012. 134, préc.

ne peut être membre que d'une seule, par application de l'article 4 de la loi du 29 novembre 1966 énonçant le principe d'exclusivité) ou d'une société d'exercice libéral¹.

De même, les dirigeants d'une société qui exercent un pouvoir de représentation à l'égard des tiers, sont tenus, de par leurs fonctions, d'une obligation de loyauté².

Et enfin, le gérant de SARL est tenu d'une loyauté et de fidélité, qui, sauf clause contraire, lui interdit de concurrencer la société qu'il anime³, par application de l'article L. 223-22 du Code de commerce.

La question reste controversée pour l'associé d'une société en nom collectif⁴. La jurisprudence semble évoluer en faveur d'une obligation de non-concurrence, à l'égard des sociétés en nom collectif⁵, des sociétés en participation⁶. Il est raisonnable de considérer qu'une telle obligation ne peut peser que sur l'associé qui exerce un rôle actif sur la clientèle⁷. L'associé non majoritaire, même dans une société de personnes, est libre d'appartenir à une autre société, fut-elle en nom collectif. Il peut aussi exploiter directement un fonds de commerce concurrent de la société à laquelle il appartient.

Il n'y a pas d'obligation de non-concurrence de plein droit des dirigeants et associés au profit des repreneurs en cas de plan de cession⁸.

D. Contrats de distribution

208. Dans les relations établies sur la base d'un lien hiérarchique, le distributeur est tenu d'une obligation de non-concurrence, fondée sur l'obligation de loyauté. Le VRP, s'il peut représenter plusieurs employeurs, ne peut travailler pour un concurrent ; le gérant salarié de succursale est soumis, comme tout salarié, à une obligation de non-concurrence.

En l'absence de liens hiérarchiques, deux critères peuvent être utilisés pour fonder l'obligation de non-concurrence de plein droit : la représentation et l'intérêt commun au développement d'une clientèle commune⁹. Pour l'agent commercial, la solution est légale (C. com., art. L. 134-3)¹⁰. Elle a été étendue par la jurisprudence au mandat d'intérêt commun, qu'il bénéficie ou non du statut de l'agent commercial¹¹.

1. Pour une application, Com. 27 nov. 2012, n° 11-25.628, *D.* 2012. Actu. 2887, obs. A. Lienhard.

2. Com. 18 déc. 2012, n° 11-24.305, *Dalloz actualité*, 8 janv. 2013, obs. A. Lienhard ; *D.* 2013. 288, note T. Favario ; *Rev. sociétés* 2013. 362, note T. Massart ; *RTD com.* 2013. 90, obs. B. Dondero et P. Le Cannu ; v. aussi V. G. Helleringer, « Le dirigeant face aux opportunités d'affaires », *D.* 2012. Chron. 1560 : « en statuant ainsi, alors qu'elle constatait que M. B..., dirigeant de la société CEPS, avait laissé les autres associés dans l'ignorance de l'opération d'acquisition pour son compte personnel d'un immeuble que les associés entendaient acheter ensemble pour y exercer leur activité, ce dont il résultait que ce dirigeant avait manqué à son devoir de loyauté envers eux, la cour d'appel a violé les articles L. 227-8 et L. 225-251, alinéa 1^{er}, du Code de commerce ».

3. Com. 15 nov. 2011, préc. ; Com. 7 juin 1994, *Bull. Joly* nov. 1994, § 336 ; 24 févr. 1998, *D.* 1999. Somm. 101, obs. Y. Picod ; Com. 12 févr. 2002, *D.* 2003. Somm. 1033, obs. Y. Picod.

4. J.-P. Gridel favorable à une obligation de non-concurrence légale en raison du fort *intuitu personae*, *RLDA* 2013, n° 100 ; *contra* : A. Lienhard, *op. cit.*

5. Civ. 3^e, 12 oct. 1971, *Bull. civ.* III, n° 486.

6. Com. 7 oct. 1974, *Bull. civ.* IV, n° 237.

7. En ce sens, L. Godon, *Les obligations de l'associé*, *Economica*, 1999, n° 195 ; « L'obligation de non-concurrence des dirigeants sociaux », *Bull. Joly* janv. 1999, p. 5 ; Com. 11 févr. 1964, *Bull. civ.* III, n° 67 ; Paris, 21 oct. 1957, préc.

8. Com. 17 mars 1998, *D.* 1999. 236, note Y. Picod.

9. Y. Picod, « L'obligation de non-concurrence de plein droit dans les contrats n'emportant pas transfert de clientèle », *JCP E* 1994. I. 349.

10. Paris, 8 mars 2001, *D. Affaires* 2002. Somm. 1263, obs. Y. Picod.

11. Com. 16 mars 1993, *RJDA* 1993, n° 615.

209. La concession. Dès lors qu'une exclusivité est accordée au concessionnaire, le concédant ou un autre concessionnaire ne peut exercer sur le territoire concédé une activité concurrentielle. En l'absence même de clause de non-concurrence, tout manquement à l'exclusivité engage la responsabilité contractuelle du concédant ou des autres concessionnaires. Il en est par exemple si le concédant installe sur sa zone un autre concessionnaire. À l'inverse, si le concessionnaire s'est engagé à ne vendre que les produits de son concédant, il ne peut distribuer des produits concurrents.

Pour prendre l'exemple de la distribution automobile, la jurisprudence a décidé que le concédant manque à l'exigence de bonne foi s'il concurrence le concessionnaire dans la zone concédée¹ ou s'il installe sur le territoire un autre concessionnaire pendant l'exécution du contrat. Elle a également jugé que le concessionnaire, distributeur d'une marque, ne peut vendre en même temps, sans l'accord du concédant, des produits similaires de sa propre fabrication ou d'une marque différente².

210. Une exclusivité qui ne doit pas aboutir à un cloisonnement territorial absolu. Le respect du contrat est infléchi par les exigences du droit de la concurrence. Tant le droit interne que le droit européen condamnent les clauses qui conduisent à un cloisonnement absolu du marché. Toute clause qui confère à un distributeur une exclusivité territoriale absolue entrave nécessairement le jeu de la concurrence et relève de l'article L. 420-1 du Code de commerce ou de l'article 81 Traité UE (devenu art. 101 TFUE). Cela ne signifie pas pour autant que toute clause d'exclusivité est anticoncurrentielle. Seule l'est la stipulation qui conduit à un cloisonnement absolu du marché. Le fournisseur peut interdire au distributeur de se livrer à une concurrence « active » en dehors de sa zone ; en revanche, il ne peut lui interdire de répondre à des commandes de clients situés hors de sa zone (concurrence « passive »). Le concessionnaire doit donc pouvoir exporter, à la demande des acheteurs.

211. La franchise. La situation du franchisé est plus complexe car le contrat de franchise n'est pas nécessairement assorti d'une exclusivité en faveur du franchisé ; en outre, le franchisé a une certaine indépendance (il est un commerçant indépendant), même s'il agit en étroite collaboration avec le franchiseur. Le franchisé est-il tenu d'une obligation légale de non-concurrence envers son franchiseur ? C'est une question d'espèce. Le franchisé n'est tenu d'une obligation légale de non-concurrence que si l'obligation apparaît indispensable à l'économie du contrat afin de protéger le savoir-faire transmis par le franchiseur. Or, tous les savoir-faire ne méritent pas la même protection. Ce n'est que si le savoir-faire présente une spécificité que le franchisé est tenu de ne pas exploiter, directement ou indirectement, une activité concurrente de celle de son franchiseur.

212. Contrat d'intérêt commun. Dans un mandat d'intérêt commun, la bonne foi impose au mandataire de ne pas représenter les produits concurrents de son mandant³. Il peut néanmoins cumuler plusieurs mandats : tenu d'une obligation de non-concurrence, le mandataire n'est pas pour autant tenu d'une exclusivité de représentation, sauf clause contraire. Il lui est simplement interdit d'accepter la représentation d'une entreprise concurrente.

Le mandant est à l'inverse pareillement tenu d'une obligation de non-concurrence⁴.

1. Com. 19 juill. 1965, *Bull. civ.* III, n° 460.

2. Com. 19 juill. 1971, *Bull. civ.* IV, n° 219.

3. Com. 16 mars 1993, *Sté Lothar c/ Sté Down*, *D.* 1994. Somm. 224, obs. Picod.

4. Paris, 10 janv. 1994, *D.* 1995. Somm. 208, obs. Y. Serra ; Y. Picod, « L'obligation de non-concurrence de plein droit dans les contrats n'emportant pas transfert de clientèle », *JCP E* 1994. I. 349.

Lorsque le contrat est un contrat d'intérêt commun, un arrêt a imposé à un contractant fautif une obligation (judiciaire) de non-concurrence¹ en guise de réparation de sa faute : « en conservant le fichier à l'expiration du contrat de mandat d'intérêt commun, la cour d'appel a pu mettre à la charge du mandataire une obligation de non-concurrence limitée dans le temps et l'espace »².

§ 2. EXPIRATION DU CONTRAT

À l'expiration du contrat, une obligation de non-concurrence pèse sur le cédant (A) ; dans les autres contrats, le principe est celui de la liberté de la concurrence (B).

A. Contrat de cession emportant cession de clientèle

213. La garantie du fait personnel. La garantie du fait personnel, dont est tenu tout cédant, est interprétée comme incluant une obligation de non-concurrence. Les exemples jurisprudentiels abondent en matière de cession de fonds de commerce³. On rappelle en effet que la clientèle est un élément essentiel du fonds de commerce. Il importe donc que le cédant ne reprenne pas la clientèle cédée.

214. Cession de parts sociales. Lorsque la cession porte sur des parts sociales, la jurisprudence dominante⁴ considère que le cédant de parts sociales est tenu d'une obligation de non-concurrence à l'égard de son cessionnaire, comme le cessionnaire d'un fonds de commerce. Car la clientèle de la société est cédée en même temps que les parts sociales. Mais une doctrine importante critique cette assimilation de la cession de parts sociales à celle d'un fonds de commerce, car la cession de parts sociales n'entraîne pas de cession de clientèle⁵.

La garantie du fait personnel n'interdit pas pour autant au cédant tout rétablissement, même dans une activité concurrentielle. Il suffit que le cédant s'abstienne, directement ou indirectement, d'actes de nature à récupérer la clientèle⁶.

215. Combinaison entre une clause de non-concurrence et la garantie légale. La clause précise l'étendue de l'engagement de non-concurrence mais ne peut diminuer la garantie légale. Il a été jugé que même si le cédant respecte la clause, il peut être poursuivi sur le fondement de la garantie⁷. Et à l'expiration de la clause, l'obligation légale peut

1. Paris, 17 déc. 1986, *D.* 1988. Somm. 173 ; Com. 16 mars 1993, *JCP* 1993. IV. 1300 ; en ce sens, G. Virassamy, *JCP E* 1992. II. 303, sous Com. 25 juin 1991.

2. Com. 25 juin 1991, *JCP E* 1992. 129.

3. Com. 19 déc. 1960, *Bull. civ.* III, n° 418 ; 24 mai 1976, *Bull. civ.* IV, n° 175.

4. Par ex. : Com. 18 oct. 2011, n° 10-24.808 : cassation de l'arrêt qui n'a pas recherché si l'organisation d'une élection de Miss France ne constitue pas une méconnaissance de la garantie légale d'éviction ; Com. 20 févr. 2007, *CCC* 2007, comm. 123 et nos obs. ; Com. 26 mars 1985, *D.* 1985. IR 480, obs. Serra ; Com. 21 janv. 1997, *D.* 1997. IR 60.

5. J. Amiel-Donat, « Clauses de non-concurrence et cessions de droits sociaux », *Dr. soc.* 1989. 2.

6. Paris, 8 mars 1994, *Béghin Say c/ Ducros*, *BRDA* 1994, n° 8, p. 3 : le cédant est tenu de la garantie ; mais cette garantie ne saurait lui interdire tout rétablissement, même concurrentiel, si le rétablissement n'est pas accompagné d'actes de nature à obtenir la récupération de la clientèle cédée.

7. Paris, 4^e ch., 17 déc. 1999, *Époux Bastad c/ SARL Orélio Beauté*, *LPA* 19 juill. 2000, p. 22, et nos obs.

trouver application ¹. Après l'expiration de la clause de non-concurrence, le cessionnaire des actions de la société demeure fondé à se prévaloir de la garantie légale d'éviction, qui interdit au cédant tout agissement ayant pour effet de l'empêcher de poursuivre l'activité économique de la société et de réaliser l'objet social.

216. Une obligation d'ordre public. L'obligation légale de non-concurrence s'impose indépendamment de stipulations contraires ou restrictives.

Ainsi, il a été jugé que l'expiration du délai conventionnel de non-rétablissement « n'a pas pour effet de le libérer de l'obligation légale de garantie qui est d'ordre public ». C'est seulement quand la clientèle cédée a disparu que l'obligation cesse, faute d'objet ².

B. Autres contrats

217. La liberté du commerce et de l'industrie. En dehors de l'hypothèse de la vente, le principe est celui de la liberté du commerce et de l'industrie. Le franchisé, le concessionnaire, ou le locataire-gérant peuvent exercer à l'issue du contrat une activité concurrentielle ; le salarié peut, en l'absence de clause de non-concurrence, entrer au service d'un nouvel employeur concurrent du précédent et visiter les clients de ce dernier ³.

Mais la liberté d'entreprise a pour limite la concurrence déloyale. Si chacun est libre, à l'issue du contrat, d'attirer la clientèle de ses rivaux, c'est à la condition de respecter les usages loyaux du commerce.

Section 2

Clause de non-concurrence ⁴

218. La liberté contractuelle et ses exceptions. La loi peut interdire l'insertion d'une clause de non-concurrence.

À titre d'exemple, on peut citer la loi du 10 juillet 1965 qui interdit en son article 8 toute stipulation de non-concurrence insérée dans un statut de copropriété.

De même, l'article L. 145-47 du Code de commerce confère au preneur un droit à une déspecialisation partielle, et répute nulle toute clause qui y ferait obstacle.

L'engagement de non-concurrence souscrit par un locataire envers le bailleur de ne pas concurrencer les colocataires déjà installés est nul par application de l'article L. 145-47 s'il résulte d'une stipulation inséparable du bail ⁵. Le locataire peut toujours s'affranchir d'une telle clause pour déspecialiser.

1. Com. 15 déc. 2009, *D.* 2010. AJ 206 : après l'expiration de la clause de non-concurrence, le cessionnaire des actions de la société demeure fondé à se prévaloir de la garantie légale d'éviction, qui interdit au cédant tout agissement ayant pour effet de l'empêcher de poursuivre l'activité économique de la société et de réaliser l'objet social.

2. Com. 15 déc. 2009, *CCC* 2010, comm. 17, obs. L. Leveneur : « après l'expiration de la clause de non-concurrence, le cessionnaire (...) demeurerait fondé à se prévaloir de la garantie légale d'éviction » ; Com. 14 févr. 1992, *Bull. civ.* IV, n° 160, *RTD civ.* 1993. 150, dos. P.-Y. Gautier, *Defrénois* 1992. 1358 ; Civ. 9 févr. 1898, *D.* 1903. 2. 174 ; 16 janv. 2001, *CCC* 2001, n° 42, et nos obs., n° 71, obs. L. Leveneur, *RTD civ.* 2001. 611, note crit. P.-Y. Gautier.

3. Par ex. : Versailles, 31 mars 1994, *D.* 1995. Somm. 207, obs. Y. Serra.

4. Bibliographie : Y. Serra, *La non-concurrence en matière commerciale, sociale et civile*, coll. « Droit usuel », Dalloz, 1991 ; M. Gomy, *L'équilibre de la convention de non-concurrence*, PU Perpignan, 1999 ; Y. Auguet, *Concurrence et clientèle*, préf. Y. Serra, LGDJ, 2000.

5. Cass., ass. plén., 26 janv. 1973, *JCP* 1973. II. 17462, note Boccara.

En revanche, le bailleur peut s'engager à ne pas louer d'autres locaux dans le même immeuble pour l'exercice d'un commerce similaire à celui du locataire. Cette clause est valable si elle est limitée « à la durée du bail et à l'immeuble appartenant au bailleur »¹. Il ne peut être soutenu que la clause a un caractère illimité². De même, les colocataires peuvent toujours conclure des engagements réciproques de non-concurrence, dont la licéité est soumise à la théorie générale et au droit de la concurrence.

Ou encore, l'article 7 de la loi du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, modifiée par la loi du 31 décembre 1990 qui dispose que le contrat de travail de l'avocat salarié ne doit pas comporter de stipulation limitant la liberté d'établissement ultérieure.

En l'absence de ces exceptions d'interprétation étroite³, le principe est celui de la liberté contractuelle.

219. Les personnes assujetties à la clause de non-concurrence. Une seule personne peut être visée par la clause de non-concurrence : par exemple, un médecin qui cède son cabinet s'engage à l'égard de son remplaçant à ne pas lui faire concurrence.

Deux ou plusieurs personnes peuvent s'engager mutuellement : ainsi, deux commerçants s'engagent à ne pas se faire concurrence : la clause s'apparente à une clause de répartition du marché ; une telle clause est illicite au regard des exigences du droit de la concurrence (C. com., art. L. 420-1, et art. 101 TFUE).

220. La transmissibilité de la clause de non-concurrence. Tout ayant cause à titre particulier du débiteur peut être lié : c'est le cas lorsque le débiteur s'engage envers son créancier à imposer à son acquéreur ou plus généralement à son ayant cause la reprise de l'obligation de non-concurrence. La reprise de l'obligation suppose le consentement spécial de l'ayant cause, exprès ou tacite (le consentement tacite résulte de la connaissance de l'obligation).

En l'absence de clause de reprise, la clause de non-concurrence ne se transmet pas passivement à l'ayant cause d'un fonds de commerce – sauf si ce dernier avait participé à l'ancienne exploitation ou s'il existe un risque de confusion entre cédant et cessionnaire.

La clause par laquelle l'acquéreur et tous ses ayants droit s'interdisent d'affecter le bien à une activité déterminée (précisée dans le contrat) est susceptible d'être qualifiée par les juridictions de servitude conventionnelle au motif qu'elle « constitue une charge pour un héritage au profit d'un autre et revêt ainsi le caractère d'une servitude établie du fait de l'homme »⁴. En conséquence, une telle clause a vocation à la perpétuité, ce qui conduit, pour le fonds servant, à la paralysie économique de l'immeuble et, pour le fonds dominant, à la constitution d'un monopole de fait puisque les bénéficiaires de la clause seront garantis contre une éventuelle concurrence du fonds voisin.

La licéité des clauses (§ 1) et leur sanction en cas de nullité ou d'inexécution (§ 2) seront étudiées.

1. Civ. 3^e, 7 avr. 1993, *Bull. civ.* III, n° 52.

2. Civ. 3^e, 7 avr. 1993, *Bull. civ.* III, n° 52.

3. Par ex. : les conventions conclues entre bailleur et locataire commercial sont nulles car contraires à l'article 35 du décret de 1953 mais non celles conclues entre locataires.

4. Civ. 3^e, 24 mars 1993, *Bull. civ.* III, n° 45 ; Com. 15 juill. 1987, *Bull. civ.* IV, n° 184, *D.* 1988. 360, note C. Atias et C. Mouly, *D.* 1988. Somm. 177, obs. Y. Serra ; *contra* : Civ. 3^e, 18 mars 1987, *Bull. civ.* III, n° 59, *D.* 1988. Somm. 177, obs. Y. Serra : « Une telle clause met à la charge de la société... une obligation personnelle » ; v. E. Moreau, « La servitude de non-concurrence, étude critique », *D.* 1994. Chron. 331.

§ 1. LICÉITÉ DES CLAUSES DE NON-CONCURRENCE

221. *L'interprétation de la clause.* Les juges du fond adoptent généralement une interprétation validante de la clause de non-concurrence. Pour sauver la clause de la nullité, le domaine d'application est interprété restrictivement : ainsi, l'interdiction faite au contractant de « se rétablir dans un commerce concurrent » est-elle interprétée comme une prohibition de s'embaucher comme salarié auprès d'un concurrent si l'activité salariée le met en situation de concurrence mais n'interdit pas toute participation dans une entreprise concurrente ; *l'interdiction de faire concurrence* doit s'entendre comme l'interdiction d'exercer une activité concurrentielle active, directement ou indirectement : le cédant d'un fonds de commerce peut ainsi créer une société concurrente et en devenir le salarié si son activité salariée ne le met pas en relation avec la clientèle cédée¹.

La licéité d'une clause de non-concurrence est subordonnée au respect d'exigences fondamentales, relevant de la théorie générale des obligations (A) et du droit de la concurrence (B).

A. Licéité appréciée au regard de la théorie générale des obligations

Dès lors que la clause n'a pas pour objet ou effet de fausser le jeu de la concurrence, la licéité de la clause ne doit être appréciée qu'au regard de la théorie générale des obligations. Pour ne pas contrevenir au principe de la liberté du commerce et de l'industrie, et encourir la nullité fondée sur l'article 6 du Code civil, la licéité des clauses de non-concurrence est subordonnée à une double condition, mettant en cause le débiteur (1°) et le créancier (2°).

1° Condition tenant au débiteur de l'engagement de non-concurrence : le maintien de sa liberté économique

222. *Analyses traditionnelle et contemporaine.* L'analyse traditionnelle exigeait un critère alternatif, géographique ou temporel : « la clause de non-concurrence ne doit pas, pour être valable, être limitée dans l'espace et dans le temps, mais seulement comporter l'une ou l'autre de ces limitations ».

Aujourd'hui, un critère subjectif et une appréciation *in concreto* se substituent au critère objectif. Est nulle la clause de non-concurrence qui supprimerait toute activité économique ou professionnelle. L'atteinte à la liberté du débiteur de l'obligation serait excessive. La jurisprudence, en matière de contrat de travail, se fonde parfois sur l'article L. 1121-1 du Code du travail selon lequel « nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché »².

Par exemple, la clause portant interdiction générale de s'intéresser directement ou indirectement, professionnellement ou financièrement, à une quelconque entreprise de production, de commercialisation des vins et spiritueux souscrite par un salarié titulaire du seul certificat d'études primaires a été annulée, car il a été relevé que « sa vie professionnelle dépendait totalement de ses aptitudes commerciales dans ce secteur spécifique de l'activité économique »³.

1. Com. 23 avr. 1985, *D.* 1985. IR 479, obs. Serra ; Com. 6 juin 1990, *D.* 1990. Somm. 337 ; Com. 22 janv. 1991, *JCP* 1991. IV. 108 ; *contra* : Com. 2 juill. 1985, *D.* 1986. IR 343, obs. Y. Serra.

2. Soc. 18 sept. 2002, *D.* 2002. 3229, note Y. Serra.

3. Soc. 27 juin 1984, *Bull. civ.* V, n° 204.

La clause de non-concurrence ne doit pas mettre le débiteur dans l'impossibilité absolue d'exercer une activité conforme à sa formation professionnelle en l'obligeant à changer d'orientation. Une telle clause, même limitée dans le temps et l'espace, qui n'est pas indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise pourra être réduite¹.

Plus le contractant a une formation spécialisée plus la clause risquera d'être nulle, faute de solution de substitution pour l'intéressé². Elle ne sera valable que si l'intéressé a une formation polyvalente ou si la nature de l'activité permet au débiteur d'exercer le même type d'activité dans un autre secteur économique.

2° Condition tenant au créancier

Une jurisprudence récente subordonne la licéité de la clause à l'existence d'un intérêt légitime du créancier et à un principe de proportionnalité (b) et la subordonne au versement d'une contrepartie dans le contrat de travail (a).

a) Absence de condition tenant au versement d'une contrepartie

223. Exigence d'une contrepartie. Par un revirement de jurisprudence, la chambre sociale de la Cour de cassation, dans trois arrêts rendus en juillet 2002 sur le visa du principe fondamental de libre exercice d'une activité professionnelle et de l'article L. 1121-1 du Code du travail (anc. art. L. 102-2) énonce que la licéité d'une clause de non-concurrence stipulée dans un contrat de travail est subordonnée à l'exigence d'une contrepartie financière³. Cette contrepartie a pour objet d'indemniser le salarié des contraintes subies après la cessation de son contrat. Elle ne peut donc dépendre uniquement de la durée du contrat et ne peut être versée avant la rupture⁴.

L'indemnité pécuniaire n'est due que pendant la période pendant laquelle le salarié a respecté la clause. Elle est due malgré la retraite du débiteur de non-concurrence⁵.

L'indemnité est due sans que ce dernier ait à rapporter la preuve d'un préjudice. En effet, la jurisprudence affirme que « la stipulation d'une clause de non-concurrence nulle cause nécessairement un préjudice au salarié »⁶.

224. Les clauses de non-concurrence contenues dans des pactes d'actionnaire sont soumises à l'exigence d'une contrepartie dès lors que le débiteur de non-concurrence est salarié de la société⁷.

De même, les clauses de non-concurrence stipulées dans les contrats de gérance-succursalistes sont soumises à l'exigence d'une contrepartie pécuniaire⁸, car ces contrats sont assujettis au droit du travail.

1. Soc. 18 sept. 2002, préc.

2. Par ex. : Soc. 25 sept. 1991, *D.* 1992. Somm. 344, obs. J. Amiel-Donat.

3. Soc. 10 juill. 2002, 3 arrêts, *Bull. civ.* V, n° 239, *CCC* 2002, n° 141, et nos obs., *D.* 2002. 2269 et 2491, note Y. Serra, et 3111, obs. J. Pélissier ; 29 janv. 2003, *Bull. civ.* V, n° 27.

4. Soc. 7 mars 2007, *D.* 2007. 945, obs. A. Fabre et *ibid.* 1708, note C. Lefranc-Hamonieux : la contrepartie ne peut donc prendre la forme d'une majoration de salaire.

5. Soc. 3 avr. 2007, *JCP E* 2007. 2153, note L. Arcelin.

6. Soc. 12 janv. 2011, *Bull. civ.* V, n° 15 ; *JCP E* 2012. 1027, obs. Ph. Grignon, *CCC* 2011, comm. 168 et nos obs. ; Soc. 10 mai 2012, pourvoi n° 09-72.348, *RJS* 2012, n° 650 ; Soc. 9 janv. 2013, pourvoi n° 11-26.418, *CCC* 2013, comm. 52 et nos obs.

7. Com. 15 mars 2011, *JCP* 2011. 692, note F. Khodri, *JCP E* 2011. 1409, note A. Couret et B. Dondero

8. Soc. 9 janv. 2013, n° 11-26.418, *CCC* 2013, comm. 52 et nos obs.

Les conditions de licéité étant appréciées au jour de la conclusion de la clause de non-concurrence, l'indemnité n'est pas due si à ce jour, le débiteur n'était pas salarié – il importe peu qu'il le soit devenu postérieurement, notamment à la date où la clause de non-concurrence a commencé à produire ses effets¹.

En revanche, la Cour de cassation a refusé d'exiger une contrepartie pécuniaire au bénéfice d'un distributeur non-salarié² ou du cédant d'une activité civile³. La question de l'application de la contrepartie pécuniaire aux contrats de dépendance économique, voire à tout contrat, est discutée en doctrine⁴.

b) Intérêt légitime du créancier et proportionnalité

225. Revirement de jurisprudence. Une jurisprudence traditionnelle admettait la licéité de la clause alors même qu'elle ne présentait aucun intérêt pour le créancier. Par un revirement attendu, la chambre sociale considère désormais qu'une clause de non-concurrence n'est licite que si elle est indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'employeur⁵. Les chambres commerciale et civile⁶ se sont ralliées à cette analyse. La clause, même limitée dans le temps et l'espace, est nulle si l'atteinte à la concurrence n'est pas compensée par un intérêt légitime⁷. Cette distinction est reprise en droit interne⁸.

Cette jurisprudence est inspirée de la règle de la proportionnalité développée par les autorités de la concurrence. La clause doit être strictement indispensable⁹ ou nécessaire¹⁰ à la protection de l'entreprise. Il n'y a pas d'intérêt légitime à imposer une clause de non-concurrence à un salarié si les spécificités de son emploi ne la rendent pas nécessaire¹¹.

226. Une atteinte non excessive à la liberté d'entreprise ou la liberté du travail. Il a, par exemple, été jugé, à propos d'une clause de non-concurrence insérée dans un pacte extratutaire, qu'il résulte du principe fondamental de libre exercice d'une activité professionnelle et de l'article 1131 du Code civil que, lorsqu'elle a pour effet d'entraver la liberté de se rétablir d'un salarié, actionnaire ou associé de la société qui l'emploie, la clause de non-concurrence signée par lui n'est licite que si elle est indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise, limitée dans le temps et dans l'espace, qu'elle tient compte des

1. Com. 8 oct. 2013, n° S 12-25.984, CCC déc. 2013, comm. 260 et nos obs.

2. Soc. 30 nov. 2005, *RLC* 1/2006, p. 153, obs. Fasquelle et Charrière.

3. Civ. 1^{re}, 2 oct. 2013, n° 12-22846, CCC déc. 2013, à paraître et nos obs.

4. C. Jamin, « Clause de non-concurrence et contrat de franchise », *D. Affaires* 2003. 2878 ; J. Ghestin, « L'absence de cause et la contrepartie propre à une obligation résultant d'une clause d'un contrat », in *Études J. Béguin*, Litec, 2005, p. 311 s., spéc. p. 316.

5. Soc. 14 mai 1992, *Bull. civ.* V, n° 309 ; *D.* 1992. 350, note Y. Serra.

6. Civ. 1^{re}, 11 mai 1999, CCC 1999, n° 137, obs. L. Leveneur ; Com. 4 janv. 1994, *RJ com.* 1994/3, n° 297 ; Com. 14 nov. 2006, *SARL Les Artistes*, *Juris-Data* n° 035980 : cassation de l'arrêt qui n'a pas recherché si la clause de non-concurrence insérée dans un contrat de cession de fonds de commerce n'« était pas proportionnée aux intérêts commerciaux protégés ».

7. Com. 4 janv. 1994, *RJ com.* 1994/3, n° 297 ; 22 févr. 2000, CCC 2000, n° 92, et nos obs.

8. Cons. conc. n° 03-D-30 du 2 juill. 2003, *Syndicat européen des mandataires et intermédiaires d'assurance*, CCC 2003, comm. 141, obs. S. Poillot-Peruzzetto.

9. Soc. 10 juill. 2002, *D.* 2002. 2269, note Y. Serra.

10. Com. 4 janv. 2002, *Bull. civ.* IV, n° 98, *D. Affaires* 2002. 2328, note É. Chevrier.

11. Soc. 10 juill. 2002, *D.* 2002. 2269, note Y. Serra.

spécificités de l'emploi du salarié et comporte l'obligation pour la société de verser à ce dernier une contrepartie financière, ces conditions étant cumulatives¹.

227. L'intérêt légitime est apprécié lors de la stipulation de la clause. Qu'en est-il lorsqu'il disparaît par la suite, l'entreprise créancière de non-concurrence ayant disparu ? En cas de changement d'employeur, la jurisprudence admet que la clause est transmise de plein droit aux employeurs successifs, comme les contrats de travail². Il appartient alors au nouvel employeur de faire respecter la clause³. De même, même si l'entreprise vient à cesser toute activité, un arrêt de 2007 décide que la clause demeure⁴. La doctrine critique généralement la solution en considérant que l'intérêt légitime devrait être apprécié lors de la rupture du contrat⁵.

228. Le respect de l'ordre public. La clause de non-concurrence ne doit pas porter atteinte à l'ordre public. Par exemple, une clause de non-concurrence ne peut avoir pour effet d'interdire au preneur de solliciter la désécialisation partielle⁶.

229. Clauses voisines. La pratique a développé des clauses voisines⁷.

– Clause de non-sollicitation

La clause de non-sollicitation lie deux entreprises. La clause pèse sur les clients d'une entreprise (entreprise A) et non sur le salarié. Elle oblige les entreprises clientes à ne pas faire travailler les employés de l'entreprise A pendant un temps déterminé. Elle empêche ainsi tout débauchage. Ce type de clause se retrouve notamment dans le secteur informatique, où les marchés sont constitués de quelques gros clients⁸. Le plus souvent, la clause est réciproque : chaque entreprise a intérêt à se protéger contre un éventuel départ ou détournement de ses salariés. La clause conduit ainsi à protéger le savoir-faire.

Mais la Cour de cassation distingue cette clause de la clause de non-concurrence⁹ et ne la soumet pas à l'exigence d'une contrepartie pécuniaire¹⁰. Un arrêt a semblé énoncer le contraire, mais il est isolé¹¹.

La clause de non-sollicitation est donc contraignante pour le salarié que la clause de non-concurrence. En effet, ce dernier peut se faire embaucher par un concurrent, à l'exception des clients de son employeur liés par une clause de non-sollicitation.

1. Com. 15 mars 2011, n° 10-13.824, *D.* 2011. 1261, note Picod, *RDT* 2011. 306, obs. Auzero, *RTD civ.* 2011. 348, obs. Fages, *RTD com.* 2011. 361, obs. Constantin, *Rev. sociétés* 2011. 620, note Godon.

2. Soc. 9 avr. 1962, *D.* 1962. Somm. 100.

3. Com. 4 janv. 1985, *D.* 1985. IR 386, obs. Y. Serra.

4. Soc. 7 mars 2007, *JCP E* 2007. 2153, note L. Arcelin : « en cas de rupture du contrat de travail consécutive à la cessation d'activités de l'entreprise... (la clause de non-concurrence) n'est pas non avenue, de sorte que le salarié était tenu de la respecter ».

5. M. Gomy, « L'autonomie de la clause de non-concurrence post-contractuelle en droit du travail », in *Mélanges Y. Serra*, Dalloz, 2006, p. 206.

6. Civ. 3^e, 15 févr. 2012, n° 11-17.213, *D.* 2012. Actu. 551, obs. Rouquet.

7. J. Beckard-Cardoso et M. Desplats, *JCP E* 2010. 1157 : « non-concurrence : trois clauses, deux chambres, une question ».

8. M. Vivant et a., *chron. Droit de l'informatique*, *JCP E* 2007, n° 1895, p. 1004.

9. Par ex. : Com. 11 juill. 2006, *CCC* 2006, comm. 232, et nos obs. : « la clause de non-sollicitation ne constitue pas une clause de non-concurrence "dont elle n'est ni une variante ni une précision de celle-ci" ».

10. Com. 11 juill. 2006, préc.

11. Com. 10 mai 2006, *CCC* 2006, comm. 164 et nos obs.

– Clause de non-réaffiliation

La clause de non-réaffiliation insérée dans un contrat de distribution n'interdit pas au franchisé de poursuivre son activité professionnelle et se limite de restreindre sa liberté d'affiliation à un autre réseau. Elle est donc distincte d'une clause de non-concurrence¹, tout en étant soumise aux exigences de limitation dans le temps et l'espace et à la condition de proportionnalité². En revanche, elle n'est pas subordonnée à l'exigence d'une contrepartie pécuniaire³.

La clause peut aussi être assujettie au droit des ententes. Ainsi, la cour d'appel de Paris a-t-elle annulé de telles clauses stipulées dans des contrats de franchise au motif qu'elles constituaient des restrictions par objet, car il est important pour un franchisé d'appartenir à une enseigne nationale et de distribuer des marques de distributeur (MDD) et une telle clause « interdit en fait tout exercice par l'ex-franchisé d'un commerce analogue à celui qu'il exerçait en qualité de franchisé pendant trois ans dans toute la zone concernée dans des conditions économiquement acceptables »⁴.

Cette analyse rejoint celle rendue par l'Autorité de la concurrence dans deux avis⁵.

– La clause dite « de clientèle »

Cette clause, dite encore « clause de non-captation de clientèle », pèse sur l'ex-salarié ou collaborateur⁶. Une telle clause interdit au salarié qui, sans interdire l'exercice de toute activité concurrente, prohibe tout démarchage visant à capter la clientèle de l'ancienne entreprise. Elle peut aussi interdire tout « débauchage » ou embauche de personnel de telle ou telle entreprise visée par la clause, pendant la durée du contrat ou après la cessation de la relation contractuelle. La jurisprudence n'hésite pas à requalifier de telles clauses en clauses de non-concurrence⁷.

1. Com. 8 juill. 2003, n° 02-10.502, *RJDA* 2004, n° 36 ; Com. 28 sept. 2010, *Sté Prodim c/ M. Batard*, CCC déc. 2010, comm. 271 et nos obs.

2. Par ex. : Com. 3 avr. 2012, *Bull. civ. IV*, n° 72, *D.* 2012. Actu. 1119, obs. Chevrier : « Ayant relevé que la clause emportant interdiction de s'affilier à un réseau concurrent sur l'ensemble du territoire métropolitain était insuffisamment limitée dans l'espace du fait que l'activité du franchisé s'exerçait dans une seule agence située à Manosque, une cour d'appel a pu retenir qu'elle n'était pas proportionnée aux intérêts légitimes du franchiseur » ; Com. 17 janv. 2006, *Bull. civ. IV*, n° 9 ; Com. 18 déc. 2012, pourvoi n° 11-27068.

3. Com. 31 janv. 2012, n° 11-11.071, *D.* 2012. Actu. 501, obs. Chevrier : dès lors qu'elle est limitée dans le temps et l'espace et qu'elle est en outre justifiée et proportionnée aux intérêts du créancier de l'obligation, une clause de non-réaffiliation, qui n'a pas à être rémunérée, est licite.

4. Paris, 6 mars 2013, *Segurel* et Paris, 3 avr. 2013, *Diapar*, *RLC* 2013, note R. Amaro.

5. Avis n° 12-A-15, 9 juill. 2012 concernant des litiges opposant les sociétés Carrefour Proximité France et CSF à la société Établissements Ségurel ; Avis, ADLC n° 10-A-26 du 7 déc. 2010, relatif aux *contrats d'affiliation de magasins indépendants et les modalités d'acquisition de foncier commercial dans le secteur de la distribution alimentaire*.

6. Exemple de clause « de clientèle » : en cas de cessation de votre contrat de travail, quelle qu'en soit la cause vous vous interdirez : – d'entrer en contact directement ou indirectement, sous quelque forme et sous quelque mode que ce soit, avec les clients de la société... et, de manière corollaire, de démarcher lesdits clients et ce, même si vous faites l'objet de leur part de sollicitations spontanées ; – d'exploiter directement ou indirectement la clientèle concernée, à titre personnel ou par l'intermédiaire de toute société, association ou entité juridique quelconque dont vous seriez l'associé, le membre, le salarié ou le collaborateur ou pour le compte de laquelle vous interviendriez ou seriez rémunérée, directement ou indirectement de quelque manière, à quelque titre, et sous quelque statut que ce soit.

7. Soc. 13 juin 2007, n° 06-41.753, CCC 2007, comm. 248, et nos obs. ; Soc. 27 oct. 2009, CCC 2009, comm. 288, et nos obs. ; *JCP* 2010, note 24, *D.* Corrignan-Carsin ; *JCP S* 2009. Act. 564, obs. N. Léger.

B. Licéité de la clause de non-concurrence appréciée au regard du droit de la concurrence¹

La clause de non-concurrence peut résulter d'une entente, ou être imposée par une entreprise en position dominante. Sa validité est donc appréciée au regard du droit des pratiques anticoncurrentielles.

Trois conditions sont posées par les autorités de la concurrence.

230. Droit interne. *En premier lieu*, la clause doit être limitée dans le temps et l'espace.

En second lieu, la licéité de la clause est analysée au regard d'une règle de raison. Les juges apprécient globalement les effets négatifs et positifs de la clause. Malgré les effets anticoncurrentiels, la clause est licite si elle est nécessaire à l'économie du contrat et est strictement ajustée à la fonction qu'elle remplit. Elle ne doit pas constituer une entrave excessive au jeu de la concurrence. Disproportionnée par rapport aux objectifs du contrat, elle constitue une entente illicite. Quand la clause est imposée par une entreprise en position dominante, l'analyse est la même. Par exemple, en cas de cession d'entreprise, la clause de non-concurrence est licite : elle est indispensable puisqu'elle permet d'éviter que le cédant reprenne la clientèle qu'il vient de céder. À l'inverse, on ne peut interdire à un moniteur de ski de créer, gérer, exploiter directement ou indirectement une école ou une affaire individuelle d'enseignement du ski dans la commune ou une commune limitrophe à celle où il exerçait auparavant son activité. Les autorités de contrôle ont décidé que « le retrait ou l'éviction d'une organisation syndicale ne peut être assortis de restrictions même partielles au libre exercice d'une activité professionnelle. La clause de non-rétablissement ne peut être justifiée par les seuls intérêts professionnels défendus par le syndicat »².

En troisième lieu, la clause de non-concurrence n'est licite que si elle est conclue à titre accessoire d'une convention principale, car elle se justifie par le contrat dont elle garantit l'efficacité : par exemple, la clause de non-concurrence insérée dans un contrat de cession de cabinet médical protège le cessionnaire contre la concurrence exercée par le cédant. En revanche, lorsque la clause est conclue à titre principal entre plusieurs partenaires économiques qui s'interdisent de se faire concurrence, elle conduit à une répartition du marché et n'est donc nullement justifiée par un intérêt légitime du créancier³.

La doctrine américaine subordonne pareillement la validité d'une clause à son caractère accessoire (théorie des *Ancillary restraints*).

231. Droit européen des ententes. Une clause de non-concurrence stipulée dans un contrat de cession de fonds de commerce⁴ ou de cession de contrôle est considérée comme accessoire de l'opération principale et ne sera pas considérée comme anticoncurrentielle dès lors que la clause est proportionnée aux objectifs poursuivis. Dans les autres hypothèses, la licéité de la clause de non-concurrence est soumise aux conditions requises par

1. Y. Serra, « La validité des clauses de non-concurrence au regard de la réglementation française et communautaire relative aux ententes », *D.* 1983. Chron. 51.

2. Paris, 26 sept. 1991 (*BOCC* 17 oct. 1991) ; v. égal. Paris, 5 janv. 2000, *SA Hachette distribution services c/ BHV*, *LPA* 19 juill. 2000, p. 23.

3. Par ex. : Paris, 3 nov. 1982, *Rue du Paradis*, *D.* 1985. IR 219 : « la prohibition obtenue par la convention est le résultat des actions concertées (...) et a pour objet et pour résultat de limiter l'activité commerciale dans une branche spécialisée, dans l'unique souci de protéger une situation acquise ».

4. CJCE 11 juill. 1985, aff. 42-84, *Remia-Nutricia*, *Rec. CJCE* 1985. 2545.

les articles 101 ou 102 TFUE. Elle est vue comme une entrave à la sortie lorsqu'elle est stipulée dans les relations verticales de distribution (v. ss 499).

232. Règlement n° 330/2010 sur les restrictions verticales. L'article 5 du Règlement n° 330 du 20 avril 2010 sur les restrictions verticales (les accords de distribution) se prononce sur les conditions d'exemption des clauses de non-concurrence. La Cour de justice a précisé que la clause de non-concurrence post-contractuelle ne peut interdire au distributeur d'exercer son activité sur l'ensemble du territoire où les biens ou services peuvent être vendus, mais doit être limitée aux lieux sur lesquels le distributeur avait opéré¹.

§ 2. SANCTIONS ATTACHÉES À UNE IRRÉGULARITÉ OU UNE INEXÉCUTION DE LA CLAUSE DE NON-CONCURRENCE

A. Réduction ou nullité de la clause

233. Réduction de la clause. Plutôt que de prononcer la nullité, la jurisprudence admet que, lorsque le débiteur de non-concurrence s'est livré rapidement à une activité concurrente de celle du créancier de non-concurrence, il est sanctionné par une réduction de la clause². La durée peut être réduite, comme le territoire. Les juges décident alors de réduire proportionnellement le montant de l'indemnité pécuniaire due au débiteur.

Par ailleurs, le juge peut, même en présence d'une clause indispensable à la protection des intérêts du créancier, en restreindre l'application lorsque cette clause ne permet pas au débiteur d'exercer une activité conforme à sa formation et à son expérience professionnelle³. Est rétabli un équilibre de la clause⁴. Le juge préfère, en effet, la réfaction que l'annulation de la clause dès lors qu'il est admis que le caractère alternatif de l'étendue de l'interdiction (limitation géographique ou temporelle) n'est pas un élément déterminant d'appréciation de la validité de la clause.

En revanche, en matière de contrat de travail, les juges préfèrent aujourd'hui la nullité, plus protectrice du salarié⁵.

234. Nullité de la clause. La clause ne respectant pas le principe fondamental énoncé en l'article L. 1221-1 du Code du travail protégeant la liberté d'accès au travail est nulle. Par exemple, est nulle la clause non nécessaire à son créancier ou celle qui empêche le débiteur d'exercer une activité conforme à sa compétence et son expérience professionnelle⁶.

1. CJUE, Ord., 7 févr. 2013, aff. C-117/12, *La Retoucherie de Manuela SL*, CCC 2013, comm. 83, obs. G. Decocq : l'article 5, b) du Règlement (CE) n° 2790/1999 de la Commission, du 22 décembre 1999, concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du Traité CE à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, doit être interprété en ce sens que le membre de phrase « locaux et [...] terrains à partir desquels l'acheteur a opéré pendant la durée du contrat » vise uniquement les lieux à partir desquels les biens ou services contractuels sont offerts à la vente et non pas l'ensemble du territoire dans lequel ces biens ou services peuvent être vendus au titre d'un contrat de franchise.

2. Par ex. : Soc. 18 sept. 2002, *D.* 2002. 3229, note Y. Serra, et 3111, obs. J. Pélissier ; Soc. 25 janv. 1984, *Bull. civ.* V, n° 31.

3. Soc. 18 sept. 2002, *Bull. civ.* V, n° 272, *D.* 2002. 3229, note Y. Serra, p. 3111, obs. J. Pélissier.

4. M. Gomy, *L'équilibre de la convention de non-concurrence*, PU Perpignan, 1999.

5. Soc. 14 nov. 2007, CCC 2008, comm. 23 et nos obs. ; Soc. 18 sept. 2002, pourvoi n° 42.904, *Dr. soc.* 2002. 1007, obs. R. Vatinet.

6. Par ex. : Soc. 18 sept. 2002, *SA Go sports*, *D.* 2000. 3111, obs. J. Pélissier ; Soc. 28 oct. 1997, *Bull. civ.* V, n° 342, *Dr. soc.* 1998. 78.

La Cour de cassation considère que la stipulation d'une clause de non-concurrence nulle cause nécessairement un préjudice à son débiteur¹. Pour autant, même présumé, le préjudice doit être quantifié².

Les autorités de concurrence, internes ou européennes, peuvent donner injonction d'éradiquer la clause constitutive d'une entente anticoncurrentielle ou d'un abus de position dominante.

235. Rétroactivité de la nullité ? La jurisprudence tempère les effets de la nullité en écartant la rétroactivité si le débiteur a respecté la clause. Le débiteur peut alors conserver les sommes versées au titre de l'indemnité³. S'il a violé la clause, il ne peut conserver les sommes versées indûment.

Si la nullité est prononcée, le débiteur de non-concurrence peut réclamer réparation du préjudice subi⁴. À l'inverse, l'employeur, créancier de non-concurrence, peut agir en responsabilité contre son salarié s'il démontre que ce dernier s'est livré à des actes de concurrence illicite⁵.

B. Sanctions attachées à la violation d'une clause de non-concurrence valable

1° Notion de violation d'une clause

236. Il est certain que tout acte préparatoire à une reconversion n'est pas attentatoire à la clause de non-concurrence, sous peine de l'empêcher de quitter son activité⁶.

Par ailleurs, les juges du fond interprètent souverainement les termes de la clause qui définissent les activités interdites. Restriction à la liberté du travail, la clause est interprétée restrictivement⁷.

Certains arrêts sanctionnent le débiteur de non-concurrence à compter du moment où il est entré au service d'un concurrent⁸. D'autres arrêts affirment le contraire et ne sanctionnent qu'en cas de risque de concurrence effective. Seule une activité susceptible de nuire au créancier de la clause de non-concurrence constitue un manquement à la clause⁹.

237. Concurrence passive et concurrence active ? Même si le débiteur de non-concurrence est situé hors de la zone d'interdiction, il ne peut effectuer des travaux commandés par des clients de son ancienne société résidant dans le secteur géographique visé par la clause¹⁰.

1. Par ex. : Soc. 9 janv. 2013, CCC 2013, comm. 52 et nos obs.

2. Com. 15 mai 2012, CCC 2012, comm. 205 et nos obs.

3. Soc. 28 oct. 1997, SA General Electric, Dr. soc. 1998, 78, obs. G. Couturier.

4. Par ex. : Soc. 13 janv. 1998, Bull. civ. V, n° 6.

5. Soc. 11 janv. 2006, RLDA mai 2007, p. 47.

6. Par ex. : Soc. 13 janv. 1998, SA Combettes c/ Collin, D. 1999, Somm. 103, obs. Y. Auguet : ne viole pas la clause celui qui prépare sa reconversion avant l'expiration de son contrat de travail.

7. Par ex. : Soc. 29 juin 1999, SA Lepetit-Nivequert, D. 2000, Somm. 318, obs. Y. Picod : « une clause de non-concurrence qui apporte une restriction au principe de la liberté du travail est d'interprétation stricte... ».

8. Par ex. : Soc. 15 févr. 1995, D. 1997, Somm. 106.

9. Com. 29 juin 1999, préc. : « l'activité du salarié chez son nouvel employeur ne portait pas sur cette activité concurrente... décide que le salarié n'a pas violé la clause de non-concurrence » ; v. J.-Cl. Conc. Consom., Fasc. 125, n° 25 et les références.

10. Com. 9 févr. 1999, Bull. civ. IV, n° 42.

Toute concurrence active lui est interdite. En revanche, il peut exercer une concurrence passive, et à notre sens accepter des commandes de nouveaux clients, selon une distinction connue du droit des pratiques anticoncurrentielles¹. Mais la jurisprudence hésite².

2° Conséquences attachées à la violation de la clause

238. Le non-respect de la clause peut entraîner la résolution du contrat, mais la résolution ne sera prononcée que si la clause présente un intérêt déterminant³. La violation de la clause entraînera, le plus souvent, l'allocation de dommages-intérêts. La jurisprudence, critiquée par des auteurs, récente affirme que « celui qui y contrevient doit des dommages-intérêts par le seul fait de la contravention »⁴.

Le débiteur de non-concurrence peut, en outre, être privé, à titre de sanction, de l'indemnité pécuniaire⁵. Cette sanction peut être prononcée même si la violation n'a été que temporaire ou si la violation a cessé⁶.

L'exécution en nature de la clause peut être ordonnée. Les juges du fond ne disposent d'aucun pouvoir d'appréciation et doivent ordonner, par exemple, la fermeture du fonds ouvert en violation de la clause, si la demande est faite⁷. L'exécution en nature est souvent assortie d'une astreinte.

Le juge des référés peut être saisi pour obtenir la cessation de l'activité manifestement illicite⁸.

Même si une action en concurrence déloyale est intentée, dès lors que celle-ci est exercée contre un ex-salarié (qui quitte une entreprise pour créer la sienne par exemple), la compétence du conseil des prud'hommes est exclusive si est en cause l'existence d'une clause de non-concurrence dans le contrat de travail ou une faute du salarié commise avant le terme du contrat⁹.

239. Tierce complicité. Tout tiers à un contrat peut invoquer, sur le fondement délictuel, un manquement contractuel dès lors qu'il lui a causé un dommage¹⁰. Le tiers n'est

1. Par ex. : Com. 5 juill. 1976, *Bull. civ.* IV, n° 224 : cassation de l'arrêt qui a sanctionné un vendeur de fonds de commerce qui a ouvert un nouvel établissement hors de la zone interdite par la clause mais a accepté des commandes de clients habitant à l'intérieur de cette zone alors que « la cour d'appel n'a constaté aucun fait personnel de la part des vendeurs tendant à diminuer l'achalandage ou à détourner la clientèle du fonds cédé ».

2. Versailles, 1^{er} juill. 1999, *D.* 1999. Somm. 318, obs. Y. Picod : la clause de non-concurrence « doit être interprétée dans le sens où son souscripteur s'est interdit de démarcher positivement mais aussi de la faire passivement, ce qui serait une sollicitation indirecte, d'une manière certes moins agressive, mais effective ».

3. Civ. 1^{re}, 6 mars 1996, *Bull. civ.* I, n° 118 ; 29 nov. 1989, *Bull. civ.* I, n° 365.

4. Civ. 1^{re}, 31 mai 2007, *CCC* 2007, comm. 230, obs. crit. L. Leveneur, *D.* 2007. 1725, obs. I. Gallmeister, *ibid.* 2784, note Lisanti, *Pan.* 2966, obs. Amrani Mekki et Fauvarque-Cosson, *RTD civ.* 2007. 568, obs. ; Fages et *JCP* 2007. I. 185, obs. Stoffel-Munck, *CCC* 2007, comm. 230, obs. Leveneur : « si l'obligation est de ne pas faire, celui qui y contrevient doit des DI par le seul fait de la contravention » ; même solution pour une clause de non-concurrence (Civ. 1^{re}, 10 mai 2005, *RTD civ.* 2005. 594, obs. Mestre et Fages et 2005. 600, obs. ; Jourdain, *JCP* 2006. I. 166, obs. Stoffel-Munck).

5. Par ex. : Soc. 4 juin 1996, *D.* 1997. Somm. 100, obs. Y. Serra ; Com. 18 déc. 2001, *Bull. civ.* IV, n° 200.

6. V. *J.-Cl. Conc. Consum.* 2000, Fasc. 125, n° 43.

7. Par ex. : Com. 20 janv. 1981, *JCP CI* 1981. II. 9585, obs. J. Azéma ; 18 déc. 2001, *D.* 2003. Somm. 1029, obs. Y. Picod.

8. Soc. 13 janv. 1998, *Dr. soc.* 1998. 279, obs. J. Savatier.

9. Par ex. : Soc. 16 janv. 2008, *JCP E* 2009. 1739, n° 1, obs. G. Decocq ; Com. 24 janv. 1977, *Bull. civ.* IV, n° 21.

10. Cass., ass. plén., 6 oct. 2006, *Bull. ass. plén.*, n° 9.

pas nécessairement le nouvel employeur. Il peut s'agir, par exemple, du propriétaire d'un local commercial, qui avait obtenu du vendeur lors de son achat qu'il ne lui fasse pas concurrence. Il peut agir directement contre le locataire de son vendeur qui n'a pas respecté l'interdiction prévue dans son bail¹.

Le nouvel employeur qui embauche une personne qu'il savait liée par une clause de non-concurrence engage sa responsabilité délictuelle envers le précédent employeur. En principe, la preuve de la connaissance de la clause de non-concurrence incombe à celui qui se prévaut de l'existence d'une telle clause² : le tiers est donc présumé de bonne foi. Il est simplement tenu de se mettre en règle (par une mise à pied ou un licenciement) au jour où il prend connaissance de la clause. Il n'a aucune obligation de se renseigner au moment de l'embauche. Néanmoins, la connaissance de la clause pourra être présumée dans les secteurs où la clause est habituelle³. En outre, certains arrêts mettent à la charge du nouvel employeur l'obligation de se renseigner sur la situation de la personne employée au moment de l'embauche⁴. L'absence de toute vérification est analysée comme une négligence de nature à engager sa responsabilité⁵.

La faute de l'employeur est établie même si la validité de la clause est litigieuse⁶.

Par ailleurs, certains arrêts présument un préjudice du premier employeur en cas de violation de la clause de non-concurrence⁷.

Les tribunaux de commerce sont compétents pour se prononcer sur la responsabilité du nouvel employeur, tandis que la juridiction prud'homale a compétence exclusive pour se prononcer sur le sort d'une clause de non-concurrence⁸. Il a été décidé que l'absence de décision de la juridiction prud'homale sur la validité d'une clause de non-concurrence post-contractuelle n'empêche pas la juridiction commerciale de se prononcer sur la question d'une éventuelle complicité du nouvel employeur⁹.

1. Civ. 3^e, 17 févr. 2010, pourvoi n° 08-18.752.

2. Com. 18 déc. 2001, CCC 2002, n° 59, et nos obs.

3. Soc. 30 oct. 1979, JCP 1980. IV. 114.

4. Com. 7 févr. 1995, JCP 1995, II. 22411, note Ph. le Tourneau, D. 1997. Somm. 105, obs. Y. Picod ; Versailles, 28 oct. 1999, D. 2000. 317, obs. M.-L. Izorche ; Versailles, 29 juin 2000, D. 2001. Somm. 1234, obs. Y. Picod ; Paris, 25 oct. 2000, et 10 janv. 2001, D. 2001. Somm. 1322, obs. Y. Serra.

5. Com. 27 janv. 1983, Bull. civ. IV, n° 779 ; 3 mai 2000, D. 2001. Somm. 1312, obs. Y. Serra, CCC 2000, n° 111, et nos obs.

6. Soc. 10 mai 1983, D. 1984. IR 140.

7. Par ex. : Com. 22 févr. 2000, *Sté Guérin*, préc. : « il s'inférait nécessairement de la participation de la société... à la violation de la clause de non-concurrence... un préjudice (pour le premier employeur), fût-il seulement moral ».

8. M. Poumarède, « La sanction de l'embauche déloyale d'un salarié d'une entreprise concurrente : aux confins du droit des affaires et du droit du travail », *RTD com.* 2012. 651 s.

9. Soc. 14 mai 2013, pourvoi n° 12-19.351, CCC 2013, comm. 181 et nos obs.

Les règles spécifiques du droit interne

240. Pratiques restrictives et prohibition *per se*. Le droit français se démarque du droit européen. Dès 1945, des lois spéciales, intégrées dans l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 et aujourd'hui dans le Code de commerce, ont édicté une série de règles prohibitives destinées à protéger le contractant, car la théorie générale apparaissait insuffisante pour protéger le contractant. À la différence des pratiques anticoncurrentielles, les pratiques restrictives ne requièrent pas que soit prouvée une atteinte au marché. La pratique est prohibée *per se*, indépendamment de son effet sur le marché (C. com., art. L. 442-1 s.).

241. La défense de l'ordre public devant les juridictions de l'ordre judiciaire. Le droit des pratiques restrictives protège le contractant contre son contractant par un contrôle de la formation, du contenu contractuel et de la rupture. Les juridictions de l'ordre judiciaire ont une vocation naturelle et, en principe, exclusive pour en connaître. Cependant, une pratique restrictive peut aussi porter atteinte au marché et l'Autorité de la concurrence peut donc être saisie. Par exemple, un fournisseur établit un réseau de distribution qui exclut systématiquement les grandes surfaces de la distribution. Il y a là une entente anticoncurrentielle.

242. Particularisme de la procédure. En appliquant les articles L. 442-1 et suivants, les juridictions ne protègent pas seulement des intérêts privés. L'objectif de ces règles est d'ordre public économique. Aussi, la procédure, reflet du fond du droit, est-elle marquée par un certain particularisme. Par exemple, le ministre de l'Économie est autorisé à saisir les juridictions d'une action en nullité quand est en cause une pratique prohibée par l'article 442-6.

Néanmoins, le ministre agissant comme partie principale sur le fondement de l'article L. 442-6 du Code de commerce n'est pas dispensé du ministère d'avocats¹. Et enfin, le ministre, agissant sur le fondement de l'article L. 442-6-III du Code de commerce dispose de prérogatives particulières.

Le ministre peut se limiter à déposer des conclusions et les développer à l'audience (art. L. 470-5), dans cette hypothèse, il n'acquiert pas la qualité de partie à l'action².

243. Pénalisation accrue et assouplissement : les ambiguïtés des réformes. L'ordonnance de 1986 avait dépenalisé un certain nombre de pratiques. Le droit positif hésite entre dépenalisation et repénalisation.

1. Com. 17 juill. 2001, *Bull. civ. IV*, n° 145, CCC 2001, n° 161, et nos obs., *RTD com.* 2001. 877, obs. E. Claudel ; M. de Laparre, « Le ministre de l'Économie et la représentation par avocat », *Dr. et patr.* 2001, n° 98, p. 12.

2. Com. 26 nov. 1996, *Bull. civ. IV*, n° 290.

D'un côté, le législateur opte pour la voie pénale. Ainsi, la loi du 1^{er} juillet 1996 a-t-elle renforcé la répression : on citera notamment l'article L. 470-2 du Code de commerce qui, par le renvoi à l'article 131-10 du Code pénal, étend la portée des peines complémentaires. La loi Perben II du 9 mars 2004 a supprimé le principe de spécialité de la responsabilité pénale des personnes morales, ces dernières peuvent être poursuivies pour manquement à la législation économique. La loi du 2 août 2005 continue ce mouvement : des nouveaux délits sont créés ; l'amende en cas de non-communication des contrats de coopération commerciale est aggravée. D'un autre côté, la loi de 2005 consacre la transaction tant que l'action publique n'a pas été mise en mouvement (C. com., art. 470-4-1) ainsi que la composition pénale et le recours à la procédure simplifiée ; l'article 43 de la loi du 2 août 2005 prévoit la non-inscription au casier judiciaire, sauf décision spécialement motivée contraire, de toute condamnation prononcée pour les délits prévus au titre IV du Livre IV du Code de commerce.

En outre, la jurisprudence n'hésite pas à contourner le principe d'une dépenalisation. Par exemple, l'avantage sans service commercial établi effectif est devenu une simple faute civile depuis l'ordonnance de 1986. Or, la jurisprudence a condamné pénalement... pour fausse facture ¹.

Pour autant, les décisions pénales sont en diminution, tandis que s'accroissent les décisions civiles ².

Le droit interne de la concurrence édicte un certain nombre d'interdictions portant sur le contenu du contrat régies par l'article L. 442-6 (Section 1). Il contrôle les pratiques tarifaires (Section 2), et veille à la loyauté de la concurrence (Section 3).

Section 1

Pratiques restrictives de concurrence de l'article L. 442-6 du Code de commerce

244. L'histoire des pratiques restrictives de concurrence est mouvementée. Avec l'ordonnance de 1986, elles avaient été dépenalisées et remplacées par une action en responsabilité civile. La tendance est aujourd'hui à renforcer le droit pénal économique : moins le droit est respecté, plus celui-ci se fait rigoureux – ce qui entraîne un effet vicieux : la multiplication des infractions n'est pas, bien au contraire, synonyme d'ordre public.

Certes, depuis la loi du 1^{er} juillet 1996, le refus de vente et la vente liée ne sont plus interdits *per se*. La loi du 4 août 2008 a mis fin à l'interdiction des discriminations et des abus de dépendance économique ³. Pour autant, ces pratiques peuvent être sanctionnées par le droit des pratiques anticoncurrentielles. Mais de nombreuses interdictions ont fleuri

1. Crim. 25 juin 2008, *Bull. crim.*, n° 167 ; v. B. Bouloc, « La dépenalisation, illusion ou trompe-l'œil ? », *RLC janv.-mars 2009*, n° 18, p. 62, *RSC 2009*, 89, note E. Fortis.

2. Rapport annuel CEPC 2010-2011 : la diminution du nombre de décisions rendues en matière pénale s'explique par la transaction (C.com., art. L. 470-4-1).

3. La dépendance économique était sanctionnée par l'article L. 442-6, 2°. L'état de dépendance économique a été défini « comme l'impossibilité, pour une entreprise, de disposer d'une solution techniquement et économiquement équivalente aux relations contractuelles qu'elle a nouées avec une autre entreprise » (Com. 12 févr. 2013, *CCC 2013*, comm. 114, et nos obs.).

depuis l'ordonnance de 1986, pour chercher à tenir compte des conflits qui opposent distributeurs et fournisseurs. Les réformes font preuve de pointillisme et d'autoritarisme (le ministre est, à chaque réforme, doté de pouvoirs supplémentaires).

245. Juridictions spécialisées. Seules des juridictions spécialisées peuvent connaître de l'action fondée sur l'art. L. 442-6 du Code de commerce¹. Les recours sont portés exclusivement devant la cour d'appel de Paris².

246. Commission d'examen des pratiques commerciales. La loi du 15 mai 2001 crée une Commission d'examen des pratiques commerciales composée de parlementaires, de magistrats et de professionnels (C. com., art. L. 440-1). Sa fonction est consultative. Elle émet des avis ou recommandations³ qui « portent notamment sur la conformité au droit de la pratique ou du document dont elle est saisie ». Elle agit comme une instance « d'arbitrage ».

La Commission peut se saisir elle-même, mais elle peut être saisie par tout opérateur s'estimant lésé par une pratique commerciale. La Commission dispose de pouvoirs d'enquête étendus puisque son président peut demander qu'une enquête soit effectuée par les agents de la Direction générale de la concurrence (DGCCRF). Elle ne peut cependant saisir les autorités administratives et judiciaires.

247. Vers une harmonisation européenne ? La Commission européenne propose, dans un livre vert⁴, d'harmoniser le droit des pratiques déloyales dans les rapports contractuels de la distribution alimentaire et non-alimentaire. La Commission propose de dresser une liste de pratiques déloyales (clauses contractuelles ambiguës, absence de contrats écrits, changements rétroactifs dans les contrats, transfert abusif de risque commercial, utilisation abusive d'informations, cessation abusive des relations commerciales). Ce sont, pour l'essentiel, des comportements réprimés par l'art. L. 442-6. Il est à espérer que le texte européen ne tombera pas dans l'écueil du droit français qui empile les infractions *per se*.

248. Présentation générale. La disposition phare de l'article L. 442-6, issue de la loi du 4 août 2008, tourne autour de la sanction du déséquilibre manifestement significatif (§ 1). L'obtention d'avantages fictifs ou manifestement disproportionnés (§ 2), le référencement et l'obtention d'un avantage sans contrepartie proportionnée (§ 3), la menace de rupture afin d'obtenir des conditions manifestement abusives (§ 4), la rupture brutale de relations commerciales (§ 5), la violation d'une interdiction de revente hors réseau (§ 6), des conditions de règlement manifestement abusives ou qui ne respectent pas les délais de règlement légaux (§ 7), et des dispositions « fourre-tout » (§ 8) restent sanctionnés. Les sanctions sont précisées par l'article L. 442-6 (§ 9).

1. C. com., art. D. 442-3 et 4 : huit juridictions spécialisées ; pour une application : Com. 26 mars 2013, D. 2013. 900 : la détermination du tribunal compétent n'est pas subordonnée à l'examen du bien-fondé de l'action.

2. Com. 24 sept. 2013, *Sté Delachaux*, n° 12-21098.

3. Par ex. : recommandation n° 10-01 relative à l'élaboration des contrats de marques des distributeurs, v. ss 5.

4. Comm. eur., Livre vert sur les pratiques commerciales déloyales dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire et non-alimentaire interentreprises en Europe, COM/2013/037 final, disponible sur le site de la Commission, janv. 2013 ; *Europe* mars 2013, alerte 9, note L. Idot.

§ 1. LE DÉSÉQUILIBRE SIGNIFICATIF

DANS LES DROITS ET OBLIGATIONS DES PARTIES (ART. 442-6, 2°)

249. La loi LME du 4 août 2008 a mis fin à l'interdiction des discriminations pour favoriser la négociation contractuelle ainsi qu'à l'interdiction *per se* de l'abus de dépendance économique. En revanche, la LME a introduit la notion de déséquilibre significatif, qui s'inspire du droit de la consommation (C. consom., art. L. 132-1). Cette nouvelle notion remplace l'ancien art. 442-6, 2° qui sanctionnait l'octroi d'un avantage manifestement disproportionné au regard de la valeur du service rendu¹.

Le déséquilibre significatif de l'article 442-6, 2° constitue la disposition la plus notable de la réforme. Elle donne lieu à une doctrine et un contentieux nourri².

Cette disposition pourrait être considérée comme une disposition générale (« la *clausula generalis* »), sanctionnant tous les abus dans la négociation (obtention d'un avantage indu) (1°), référencement sans contrepartie (3°), les abus visés au 4 et 8° – et rendant inutile ces alinéas.

250. *Exemples.* L'analyse du déséquilibre est faite au cas par cas. Il serait donc inutile de dresser un inventaire des clauses considérées comme *a priori* déséquilibrées. Seuls quelques exemples de clauses condamnées seront donnés³.

Une clause de variation des tarifs discriminatoires au détriment du fournisseur (clause de *harship* unilatérale)⁴, une clause imposant des pénalités de retard considérées comme exorbitantes⁵, une clause pénale non justifiée⁶, une obligation de reprise des invendus⁷ ont été jugées déséquilibrées. Même un prix peut être soumis au contrôle judiciaire, mais à la condition d'être constitutif d'un déséquilibre significatif⁸

1. Pour une application, Com. 11 sept. 2011, *D.* 2012. 2760, note N. Dorandeu : une prestation « d'utilisation d'un centre des règlements fournisseur » facturée par un distributeur 1,2 % du chiffre d'affaires réalisé avec le fournisseur auquel avait été offert ce service a été jugée proportionnée, tandis que deux autres services de « classification, sélection et assortiment » des produits du fournisseur et de « mise en avant en magasins » respectivement facturés 25 à 26 % et 14,3 % dudit chiffre d'affaires par le distributeur ont été jugés contraires à l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce.

2. N. Mathey, « Le déséquilibre significatif : approches civiliste et consumériste », *CCC* mai 2013, étude 3 ; M. Ponsard, « Le déséquilibre significatif : bilan et perspectives », *CCC* mai 2013, étude 4.

3. V. J.-L. Fourgoux, « Les clauses contractuelles à l'épreuve du déséquilibre significatif, état de la jurisprudence », *CCC* nov. 2013, étude 14.

4. Par ex. : Paris, Pôle 5, ch. 5, 4 juill. 2013, *Sté EMC Distribution*, *CCC* 2013, comm. 208 (clause d'augmentation des tarifs toujours négociée, alors que la baisse des mêmes tarifs était impérative et imposée au fournisseur). La clause avait un effet anti-inflationniste mais, selon la cour d'appel, elle méconnaissait l'objectif de protection des PME face aux grandes enseignes de la distribution ; v. aussi, Lille, 7 sept. 2011, n° 2009/05101, *Min. Économie c/ Eurachan*, L'intangibilité du contrat annuel entre fournisseur et enseigne de la grande distribution, confrontée à la hausse du prix des matières premières, *RDC* 2012. 143, obs. M. Béhar-Touchais.

5. Par ex. : un taux de pénalité de retard de paiement des acomptes à raison de 1 % par jour plafonné à 10 % (T. com. Lille, 6 janv. 2010, *D.* 2010. 1000).

6. Paris, Pôle 5, ch. 11, 7 juin 2013, *SA Netmakers*, *CCC* 2013, comm. 208, obs. N. Mathey : clause pénale contenue dans un contrat de location financière ; il semble que le déséquilibre vient du fait que le locataire supportait une pénalité alors qu'il n'avait commis aucune faute.

7. Paris, 4 juill. 2013, *Sté EMC Distribution*, *CCC* 2013, comm. 208, obs. N. Mathey : la Cour relève que clause « impute au fournisseur la totalité de la charge de la mévente d'un produit, ainsi que le coût de la reprise, alors que le distributeur détient presque tous les leviers lui permettant, à ce stade, d'agir sur le niveau des ventes ».

8. Paris, 23 mai 2013, *SAS Green Sofa Dunkerque c/ Sté IKEA Supply*, *CCC* 2013, comm. 208, obs. N. Mathey.

et la simple différenciation de prix entre deux partenaires d'un même fournisseur ne suffit pas à caractériser un déséquilibre significatif¹.

En bref, le déséquilibre peut venir du caractère exorbitant de certaines exigences contractuelles ou d'une différence de traitement entre créancier et débiteur (ex : possibilité de révision du prix à l'initiative d'une seule partie).

Des clauses ont été annulées du fait de leur simple présence dans les contrats-type proposés, sans qu'ait été démontrée leur réelle application².

251. Analyse in concreto et appréciation globale de la clause. Les juges peuvent prendre en considération le contenu contractuel mais aussi les « circonstances ayant entouré les négociations et de celles prévalant au moment de leur mise en œuvre »³ – ce qui est extrêmement vague. Pour autant, lorsque la clause est insérée dans un contrat type, l'analyse peut prendre en compte cette considération et appréhender alors plus globalement la clause⁴.

Il n'est pas de clause noire, c'est-à-dire interdite *per se*, comme dans le droit de la consommation. La clause doit être appréciée dans son ensemble et ainsi une clause apparemment déséquilibrée peut être justifiée par un avantage obtenu ailleurs, dans le contrat : l'analyse du déséquilibre est faite de façon globale, eu égard à l'économie générale du contrat, et non clause par clause⁵. La dépendance économique est un critère d'appréciation du déséquilibre.

252. Le Conseil constitutionnel, saisi d'une QPC, à propos de l'article L. 442-6, 2°, a considéré que le texte instituant une amende pénale n'est pas pour autant vague, et ne doit donc pas être considéré comme anticonstitutionnel car d'une part, le législateur, dans ses travaux parlementaires, s'est référé à la notion de déséquilibre significatif du Code de la consommation qui a fait l'objet de précisions jurisprudentielles (C. consom., art. L. 132-1) – curieuse analogie – et que d'autre part, le juge peut, saisir pour interprétation, la Commission d'examen des pratiques commerciales. En l'état actuel, rares sont les décisions de justice qui se réfèrent aux avis de la CEPC sur la notion de déséquilibre.

Des décisions n'hésitent pas à faire appel aux travaux préparatoires pour motiver la solution pour justifier la protection des PME contre la puissance des grands distributeurs⁶. La dépendance économique est un indice du déséquilibre.

253. Projet Hamon. Le projet de loi Hamon du 3 mai 2013 sur la consommation retient certaines solutions jurisprudentielles en imposant, par exemple, « une clause de renégociation pour certains contrats d'une durée d'exécution supérieure à trois mois » et « dont les prix de production sont significativement affectés par des fluctuations des prix des matières premières agricoles et alimentaires, sous peine de sanction administrative » (projet C. com., nouv. art. 411-8).

1. Versailles 27 oct. 2011, CCC 2012, comm. 42, obs. N. Mathey.

2. Paris, 4 juill. 2013, *Sté EMC Distribution*, CCC 2013, comm. 208, obs. N. Mathey : « il importe peu qu'il ne soit pas démontré que la clause ait été appliquée ».

3. T. com. Bobigny, 13 juill. 2010, n° RG 2010F00541.

4. Paris, 4 juill. 2013, préc. : l'analyse « doit évidemment prendre en compte des cas d'espèce déferés et donc les situations particulières en cause [mais qu'elle] ne saurait toutefois, par principe, interdire une appréhension plus globale d'un ensemble de situations lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, il est dénoncé un déséquilibre causé par certaines clauses d'un contrat type qui s'adresse indifféremment à des fournisseurs dont certains sont davantage en situation de négociier que d'autres. »

5. Paris, 4 juill. 2013, *Sté EMC Distribution*, CCC 2013, comm. 208, obs. N. Mathey ; T. com. Lille, 6 janv. 2010, CCC 2010, comm. 71, obs. N. Mathey, à propos d'une pratique d'acomptes mensuels.

6. Paris 4 juill. 2013, *Sté EMC Distribution*, CCC 2013, comm. 208, obs. N. Mathey.

§ 2. L'OBTENTION D'AVANTAGES SANS CONTREPARTIE OU DISPROPORTIONNÉS (ART. 442-6, 1^o)

254. La disposition issue de la loi du 15 mai 2001 vise le « fait d'obtenir ou de tenter d'obtenir un avantage quelconque ne correspondant à aucun service commercial effectivement rendu ou manifestement disproportionné au regard de la valeur du service rendu ». Des exemples de pratiques visées sont cités, telle la pratique de la « corbeille de la mariée » faisant peser sur le fournisseur les conséquences de la restructuration du distributeur (il y a alors une rémunération disproportionnée par rapport à la valeur du service rendu) ou encore les « faux accords de coopération commerciale » ne correspondant à aucun service. Le texte reprend les solutions jurisprudentielles¹.

Seul le demandeur, ou celui qui tente d'obtenir des avantages injustifiés (car sans contrepartie) ou disproportionnés, est sanctionné.

255. Le contentieux lié à l'actuelle disposition est rare. Il est généralement initié par le ministre de l'Économie a, notamment, contre des centrales d'achat réclamant aux fournisseurs des avantages tarifaires ne correspondant à aucun service commercial effectivement rendu². Ont ainsi été annulés les contrats de coopération commerciale conclus entre une centrale d'achats et quatre fournisseurs, a été ordonné le remboursement au Trésor public d'une somme de 76 millions d'euros indûment perçue, à répartir entre les quatre fournisseurs, en fonction des factures émises et condamné au paiement d'une amende civile de 100 000 euros³. En revanche, la gestion d'un rayon peut, à la différence d'une simple prestation de « mise en rayon », constituer un service spécifique⁴. De même, la Cour de cassation a-t-elle décidé que le prix facturé par un distributeur pour des services de coopération commerciale était manifestement disproportionné en l'absence de tout lien entre la valeur effective des services concernés et leur rémunération forfaitaire, manifestement excessive⁵. Dès lors, le fournisseur a droit au remboursement des sommes versées en trop.

§ 3. RÉFÉRENCIEMENT ET AVANTAGE SANS CONTREPARTIE PROPORTIONNÉE (ART. L. 442-6, 3^o)

256. Le 3^o vise le fait « d'obtenir ou de tenter d'obtenir un avantage, condition préalable à la passation de commandes, sans l'assortir d'un engagement écrit sur un volume d'achat proportionné et, le cas échéant, d'un service demandé par le fournisseur et ayant fait l'objet d'un accord écrit ».

La centrale de référencement référence des fournisseurs et négocie avec les fournisseurs les conditions commerciales pour le compte des distributeurs affiliés. La centrale d'achat, outre le référencement et la négociation des conditions commerciales, achète pour le compte des distributeurs affiliés à la centrale. La prestation caractéristique du

1. Com. 5 déc. 2000, *RJDA* 2001, n° 511.

2. Com. 25 juin 2013, *SAS Aprest*, *CCC* 2013, comm. 213, et nos obs.

3. T. com. Créteil, 2^e ch., 24 oct. 2006, n° 2005 F00025, *Min. Éco. fin. c/ SAS Système U centrale nationale*, *Dict. perm. dr. affaires*, mise à jour 1^{er} déc. 2006, n° 61.

4. Com. 20 févr. 2007, *CCC* 2007, comm. 125 et nos obs.

5. Com. 11 sept. 2012, n° 11-14.620, *RJDA* 2012, n° 1003.

fournisseur est, outre la rémunération de la centrale sous forme de commission, la promesse de vendre aux distributeurs aux conditions négociées par la centrale¹.

Le contrat de référencement entre centrale et fournisseurs référencés prend la forme d'un accord de coopération conclu entre le fournisseur et la centrale, laquelle négocie des avantages tarifaires pour le compte des distributeurs sous forme de remises de prix sur des ventes futures. Or, l'accord de coopération commerciale déguise parfois des services fictifs, ne correspondant à aucun service effectivement rendu par la centrale² ou des commissions disproportionnées eu égard aux ventes effectivement conclues.

Aussi, pour réagir, la loi Galland de 1996 et la NRE de 2001, en l'article L. 442-6-I, 3°, ont expressément subordonné le versement d'un avantage à l'« engagement sur un volume d'achat proportionné et le cas échéant, d'un service demandé par le fournisseur et ayant fait l'objet d'un accord écrit ». Les services rendus par la centrale peuvent consister par exemple en la diffusion auprès des adhérents des conditions commerciales des fournisseurs mais sans engagement de présence effective des produits dans les magasins des distributeurs³ suivie, le cas échéant d'une promesse de centralisation des factures et de paiements opérés par la centrale⁴.

L'objectif de ce texte est de mettre fin à des primes de référencement sans contrepartie ou des primes disproportionnées. Le II prévoit expressément la nullité du paiement d'un droit d'accès au référencement préalable à la passation de toute commande.

Le texte n'a pas changé grand-chose à la pratique, car, les services rendus en contrepartie d'un référencement peuvent rester assez flous. Le texte donne lieu à très peu de contentieux. Le texte est une disposition restée lettre morte – d'autant plus que la jurisprudence a décidé que l'écrit requis par l'article 442-6-I, 3° n'affecte pas la condition de validité du contrat de coopération conclu entre centrale et fournisseurs⁵.

L'interdiction prévue en l'article L. 442-6, 3° est, en réalité, contenue dans la sanction du déséquilibre significatif ou dans l'interdiction prévue au 1°.

257. Le référencement comme le déréférencement ne sont pas en eux-mêmes des pratiques anticoncurrentielles.

§ 4. OBTENTION DE CONDITIONS MANIFESTEMENT ABUSIVES SOUS LA MENACE D'UNE RUPTURE DES RELATIONS COMMERCIALES (ART. L. 442-6, 4°)

258. Le 4° vise le fait « d'obtenir ou de tenter d'obtenir, sous la menace d'une rupture brutale, totale ou partielle, des relations commerciales, vente des conditions manifestement

1. V. l'étude approfondie de S. Retterer, « Le contrat de référencement : du droit des obligations au droit de la concurrence », *Cah. dr. entr.* n° 2/1999, p. 1.

2. Les centrales obtiennent des fournisseurs un droit d'entrée sans aucune garantie de présentation de leurs produits et encore moins sans aucune garantie d'achat de leurs produits.

3. Exemple emprunté à Cons. conc. n° 05-D-62 du 10 nov. 2005, *Centrale Lucie*, pt 87 ; v. aussi Cons. conc. n° 05-D-70, 19 déc. 2005, *Secteur vidéocassettes préenregistrées*, pt 71.

4. Com. 5 déc. 2000 (*BOCC* 5 déc. 2000, p. 701), *LPA* 12 sept. 2001, n° 182, note P. Arhel. Les primes de référencement rémunèrent l'assurance par la société Philips que les produits de sa marque seront offerts à la vente, pendant de longues périodes, et pour des assortiments importants, par les revendeurs concernés, ensuite que le référencement peut s'accompagner... de la centralisation des livraisons et de la facturation.

5. Com. 17 mars 2004, *Bull. civ.* IV, n° 53.

abusives concernant les prix, les délais de paiement, les modalités de vente ou de services ne relevant pas des conditions d'achat ».

Là encore, c'est le caractère disproportionné des demandes qui est sanctionné. La disproportion s'apprécie par rapport aux conditions générales. La rupture peut être totale ou partielle (portant sur une partie des commandes). La difficulté est d'apprécier le caractère manifestement abusif. La preuve de la menace de rupture sera aussi difficile à établir. On envisage mal une menace consignée par écrit ! En outre, le texte issu de la loi du 4 août 2008 risque d'être inappliqué, comme l'était le précédent. La sanction du déséquilibre significatif visé au 2° devrait suffire.

§ 5. RUPTURE BRUTALE DE RELATIONS COMMERCIALES ÉTABLIES

(ART. 442-6, 5°)

259. L'article L. 442-6, 5° suscite un contentieux nourri¹.

Avant la loi NRE de 1996, la jurisprudence a toujours admis qu'un contrat à durée indéterminée puisse être rompu *ad mutuum*. Mais l'abus dans la rupture était condamné. Une rupture brutale, car non précédée d'un préavis, était considérée comme abusive. La jurisprudence fixait la durée du préavis au cas par cas, en tenant compte d'un certain nombre de critères fondés sur l'ancienneté des relations commerciales², l'importance du volume d'affaires, les investissements réalisés juste avant la rupture, l'effet de surprise³, la nature des relations commerciales (un contrat portant sur des produits notoires, qui confère au distributeur une part importante de son chiffre d'affaires, ne peut être rompu de la même façon que celui portant sur des produits de faible notoriété, car l'incidence économique sur le distributeur n'est pas la même).

Dès 1996, le législateur est intervenu pour encadrer la rupture des relations contractuelles (C. com., art. L. 442-6, 5°).

260. *Champ d'application*. Le législateur consacre la jurisprudence antérieure, mais en élargissant son domaine d'application. En effet, l'article L. 442-6, 5° a été appliqué à toute rupture brutale de relations, qu'elle soit pré-contractuelle stable (si ces pourparlers ont donné lieu à des relations commerciales établies dans le temps), contractuelle et même post-contractuelle⁴.

Le domaine d'application est très large, dès lors que l'article 410-1 du Code de commerce prévoit que le droit de la concurrence s'applique à toute activité économique. L'article L. 442-6, 5° vise toute relation commerciale établie dans le temps⁵. La « relation commerciale établie » est une notion plus économique que juridique. Elle vise toute relation, à durée indéterminée ou à durée déterminée, qui se renouvelle, le cas échéant périodiquement.

Mais la durée des relations ne confère pas pour autant un droit au maintien des relations contractuelles. La disposition ne s'applique donc pas à de simples relations ponctuelles, non

1. A. Sonet, *Le préavis en droit privé*, PUAM 2003

2. T. com. Paris, 2 avr. 1999, *SA Esmar c/ SA Galeries Layettes*, *D. Affaires* 1999. 980, obs. E. Putman ; Montpellier, 11 août 1999, *Sté Quick Logistics et services*, *D. Affaires* 1999. 28, obs. E. Putman.

3. T. com. Paris, 2 avr. 1999, *SA Esmar*, préc.

4. M. Pédamon, « Nouvelles règles relatives à la rupture des relations commerciales établies », *Rev. Lamy dr. éco.* déc. 2002, p. 8 ; Montpellier, 11 août 1999, *D.* 2001. Somm. 297, obs. D. Ferrier.

5. Par ex. : le préambule d'un contrat visant un précédent contrat passé avec une société du même groupe permet de considérer que l'ensemble des relations s'inscrit dans une continuité (Com. 25 sept. 2012, n° 11-24.301, *D.* 2012. 2382, obs. É. Chevrier ; *RTD civ.* 2012. 721, obs. Fages).

suivies¹, ou à des relations que les parties ont entendu laisser précaires, conformément aux usages de la profession². Pour autant, il est difficile de déterminer dans quel cas le contrat est ou non précaire. Pour certains auteurs, certaines relations commerciales seraient par nature précaires³— ce dont nous doutons⁴. Pour d'autres auteurs, il appartient de rechercher si les parties ont voulu instituer une précarité⁵. Et enfin, d'autres auteurs insistent sur l'anticipation raisonnable de la victime de la rupture⁶. Si, en raison des circonstances, le demandeur dont le contrat vient à échéance ne pouvait raisonnablement anticiper une continuation des relations commerciales, la rupture n'est pas brutale⁷.

L'article L. 442-6-5° s'applique non seulement à la distribution de produits mais aussi aux activités de prestations de services⁸. Le texte est indifférent au statut juridique. Il s'applique à une association⁹, un établissement d'enseignement privé général¹⁰. Peu importe également que l'activité économique soit de nature commerciale ou civile¹¹. Pour autant, un arrêt récent a exclu du bénéfice de l'article 442-6 l'activité de conseil en propriété industrielle au motif que « bien même (l'activité) serait exercée sous forme de société commerciale, (elle) n'est pas une activité commerciale »¹².

Seules les professions dont les règles déontologiques interdisent que la profession soit exercée à la manière d'un commerce échappent à l'article 442-6, 5°. Il en est ainsi d'un

1. Com. 25 avr. 2006, *Rev. contrats* 2006. 1033, obs. J. Rochfeld.

2. Com. 12 févr. 2012, *RTD civ.* 2013. 374, obs. H. Barbier : l'insertion dans chacun des contrats de clauses excluant toute reconduction tacite est conforme aux usages de la profession, lesquels « excluent toute pérennité, chaque contrat n'étant signé que pour une saison radiophonique » ; v. aussi, Com. 31 janv. 2012, pourvoi n° 11-12.899 (les relations dans l'audiovisuel est par nature précaire) ; *contra* : Com. 25 sept. 2012, pourvoi n° 11-24.425, *Planet Prod. c/ France 2* : relève « un courant d'affaires significatif de plusieurs millions d'euros par an et (...) la mesure du caractère stable, suivi et même habituel des relations nouées par les parties, peu important que ces contrats fussent indépendants les uns des autres et aient porté sur des émissions distinctes ou encore qu'ils aient contenu la clause d'usage permettant à la chaîne de mettre fin à la production et à la diffusion des programmes en cas d'audience insuffisante » (mettant fin à la saga jurisprudentielle : v. Com. 18 mai 2010, n° 08-21.681, *D.* 2010. 1341, obs. É. Chevrier ; *ibid.* 2011. 472, obs. S. Amrani Mekki et B. Fauvarque-Cosson ; *ibid.* 540, obs. D. Ferrier ; *RDC* 2011. 190, obs. M. Behar-Touchais).

3. M. Oudin, « Rupture brutale des relations commerciales établies : le juge et les attentes légitimes des parties », *RJDA* 2011. 3

4. V. aussi, critiquant l'existence de relations commerciales par nature, G. Chantepie, « La précarité des relations commerciales », *CCC* 2012, étude 11.

5. H. Barbier, *in RTD civ.* 2013. 374, explique la différence entre les deux arrêts (Com. 12 févr. 2012 et Com. 25 sept. 2012) par l'existence d'une clause de précarité (arrêt de février 2012).

6. L. M. Augagneur, « L'anticipation raisonnable de la rupture des relations commerciales. À propos d'un non-revirement de la Cour de cassation », *JCP E* 2009. 1969 ; v. Cour de cassation, *Rapport annuel 2008*, p. 307.

7. Com. 14 sept. 2010 (activités de stés d'assurance mutuelle), *CCC* 2010, comm. 249, obs. N. Mathey ; 16 déc. 2008, *Bull. civ.* IV, n° 207 (architecte), *CCC* 2009, comm. 73, obs. N. Mathey ; 6 févr. 2007 (activité artisanique), *Bull. civ.* IV, n° 20, *CCC* 2007, comm. 92 et nos obs.

8. Com. 23 avr. 2003, *Bull. civ.* IV, n° 57, *CCC* 2003, comm. 107, et nos obs. et comm. 137, note L. Leveneur, *JCP E* 2003. 1792, note D. Mainguy.

9. Com. 6 févr. 2007, *Bull. civ.* IV, n° 20 : il s'agissait du comité interprofessionnel du vin de Champagne ; Com. 16 déc. 1008, *Bull. civ.*, n° 208, *JCP* 2009. II. 10034, note A.L. Archambault.

10. Reims, 6 nov. 2006, *Juris-Data* n° 3332259.

11. Com. 14 déc. 2010, *Bull. civ.* IV, n° 135, *CCC* 2010, comm. 249, note N. Mathey ; Com. 16 déc. 2008, *JCP E* 2009. 1121 : « peu importe qu'il s'agisse de prestations intellectuelles civiles, exclusives de toute acquisition antérieure en vue de les revendre ».

12. Com. 3 avr. 2013, *CCC* 2013, comm. 131, obs. N. Mathey : la solution s'explique plutôt par le fait que l'activité est civile par nature et est incompatible avec toute activité commerciale — comme l'est l'activité de conseil des notaires.

médecin dans sa relation avec une clinique ou sa clientèle¹ ou d'un notaire². De même, l'article 442-6, 5° peut être écarté par une loi spéciale, telle celle applicable au mandat³.

261. Le préavis. Désormais, le préavis doit être écrit, sous peine d'être inefficace⁴. Sa durée tient compte de la durée des relations commerciales et doit respecter les délais fixés, en référence aux usages du commerce, par des accords interprofessionnels ou à défaut par le ministre de l'Économie ! Il est demandé au ministre de se substituer à l'intelligence des tribunaux... En outre, le ministre peut, au-delà de la durée du préavis, arrêter les conditions de rupture des relations commerciales (éventuelles indemnités)... Le pouvoir de l'administration s'accroît de réforme en réforme...

Pour autant, les accords interprofessionnels sont rares⁵ ; aucun arrêté ministériel n'a encore été publié.

Le point de départ du préavis court à compter du jour où le contractant a l'intention de changer de cocontractant, par exemple par la mise en place d'un appel d'offres⁶, et le notifie à son co-contractant.

Comme l'exprime la Cour de cassation, « le délai du préavis suffisant s'apprécie en tenant compte de la durée de la relation commerciale et des autres circonstances au moment de la notification de la rupture »⁷. Il n'est pas tenu compte des circonstances postérieures à la notification du préavis, et donc d'une éventuelle reconversion – ce qui signifie qu'un délai de préavis peut être considéré comme insuffisant, malgré la reconversion du distributeur. Cette solution peut être contestée, car l'objectif du préavis est de faciliter la reconversion du distributeur⁸.

Un préavis contractuel peut être jugé insuffisant⁹, ou trop important¹⁰. De même, le juge n'est pas lié par un délai fixé par un usage professionnel¹¹ ou fixé par accord interprofessionnel¹², ou celui fixé par un Règlement européen (sur la distribution automobile)¹³.

1. Com. 23 oct. 2007, *Bull. civ. IV*, n° 220 ; Com. 22 janv. 2009, *RLC* avr.-juin 2009, p. 40, *D.* 2009. 369, note É. Chevrier ; même solution avec Com. 22 janv. 2009, *RLC* avr.-juin 2009, p. 40.

2. Com. 20 janv. 2009, *RLC*, préc.

3. Com. 3 avr. 2012, *Bull. civ. IV*, n° 71 : « l'article L. 442-6-I-5° du Code de commerce ne s'applique pas lors de la cessation des relations ayant existé entre un agent commercial et son mandant pour lesquelles la durée de préavis qui doit être respectée est fixée par l'article L. 134-11 du Code de commerce en fonction du nombre d'années d'exécution du contrat » ; autre exemple : loi Loti (loi d'orientation sur les transports intérieurs de 1982) ; pour une application, Com. 22 janv. 2008, inédit, n° 06-19.440.

4. Com. 24 sept. 2013, n° 12-21089, *SARL BGR*.

5. Par ex. : accord conclu le 12 janvier 2001 entre l'Union des industries du bricolage et la Fédération française du bricolage (délai de préavis entre deux et douze mois en fonction de la durée des relations antérieures et du pourcentage du chiffre d'affaires généré par le contractant évincé) ; v. les quatre accords interprofessionnels conclus : CEPC avis 13-04, 13 juin 2013.

6. Par ex. : Com. 22 oct. 2013, pourvoi n° 12-25992 ; Com. 6 juin 2001, *GIE Elis c/ Sté Charpentier Armen*, *Juris-Data* n° 010141 : « la notification par le GIE... à (son cocontractant) de son recours à un appel d'offres pour choisir ses fournisseurs manifestait son intention de ne pas poursuivre les relations contractuelles dans les conditions antérieures ».

7. Com. 9 juill. 2013, *CCC* 2013, comm. 209, obs. N. Mathey.

8. Com. 6 mai 2002, *Bull. civ. IV*, n° 81, *JCP* 2002. II. 10146, note Ph. Stoffel-Munck, *JCP E* 2003. 66, note A. Sonet, *LP4* 3 juill. 2003, n° 132, p. 29, note N. Mathey.

9. Par ex. : Com. 6 mars 2007, *JCP E* 2007. 2303, n° 14, obs. G. Decocq.

10. Com. 22 oct. 2013, pourvoi n° 12-19500, *CCC* 2013, comm. 266, obs. N. Mathey : « l'existence d'un délai de préavis contractuel ne dispense pas la juridiction d'examiner si ce délai de préavis tient compte de la durée de la relation commerciale et d'autres circonstances au moment de la notification de la rupture ».

11. Com. 3 mai 2012, *CCC* 2012, comm. 174, obs. N. Mathey.

12. Com. 23 avr. 2003, *Bull. civ. IV*, n° 57, *CCC* 2003, comm. 107, et nos obs. et comm. 137, note L. Leveneur ; *JCP E* 2003. 1792, note D. Mainguy ; Com. 2 déc. 2008, n° 08-10. 731 et n° 08-10.732.

13. Versailles, ch. 12, 4 sept. 2012, n° RG 11/01018, *SA BMW France c/ SAS Paris ouest Service*, *D.* 2012. 2445, obs. É. Chevrier.

La Cour de cassation admet que les juges du fond puissent tenir compte du délai de préavis réellement effectué et non du délai notifié (hypothèse où les relations se poursuivent *de facto* au-delà du délai de préavis convenu) ¹.

L'article L. 442-6, 5° n'est pas subordonné à la preuve d'un état de dépendance économique ². Mais cet aspect est un élément retenu pour apprécier la durée de préavis ³.

La loi NRE de 2001 a aussi prévu que lorsque la relation porte sur la fourniture de produits sous marque de distributeur (MDD), la durée minimale de préavis est double de celle applicable si le produit n'était pas sous marque de distributeur... – afin de réduire la situation de dépendance dans laquelle se trouvent des producteurs quand ils produisent des biens vendus sous marque distributeur.

En revanche, aucun préavis n'est requis lorsque la rupture des relations résulte des conséquences de la crise économique ⁴, car la disposition vise la rupture imputable à l'une des parties, mais non la cessation des relations résultant des conséquences de la crise économique ⁵. De même, aucun préavis n'a à être respecté en cas d'inexécution par l'autre partie de ses obligations ou en cas de force majeure. Pareillement, il convient de ne pas appliquer l'article L. 442-6, I, 5° dans le cas où la relation commerciale cesserait en raison de la dissolution d'un des partenaires, faute d'imputabilité de la rupture – sauf si cette dissolution a uniquement pour but d'échapper à l'article ⁶.

262. Réparation du préjudice pour absence ou préavis insuffisant. Le préjudice réparé doit être la conséquence de la brutalité de la rupture et non de la seule rupture ⁷. En cas d'insuffisance du préavis, le préjudice est évalué en fonction de la durée du préavis jugée nécessaire ⁸. Généralement, le préjudice est calculé en référence à la perte de la marge brute

1. Com. 11 juin 2013, *Sté sélection diffusion vente*, CCC 2013, comm. 184, obs. N. Mathey : pour apprécier la responsabilité de l'auteur de la rupture, la cour d'appel a retenu, à juste titre, la durée du préavis effectivement effectué et non de celui initialement effectué.

2. Com. 17 mars 2004, *D. Affaires* 2005. Pan. 150, obs. D. Ferrier : « la rupture brutale des relations commerciales établies peut être constatée indépendamment de toute situation de dépendance économique » ; 23 janv. 2007, *Bull. civ. IV*, n° 8, CCC mars 2007, comm., et nos obs.

3. Par ex. : Com. 15 juin 2010, pourvoi n° 09-66.761 : « c'est sans méconnaître les dispositions de l'article L. 442-6, I, 5°... que l'arrêt, ... prend en compte pour apprécier la durée du préavis qui aurait dû être respecté..., tant la durée de ces relations que l'état de dépendance économique de la société TSL ».

4. Com. 12 févr. 2013, n° 12-11.709, inédit, CCC 2013, comm. 78, obs. N. Mathey, *RTD civ.* 2012. 375, obs. H. Barbier : « la baisse des commandes ne leur était pas imputable » ; v. *Les prévisions contractuelles à l'épreuve de la crise économique*, actes du colloque du 22 octobre 2009, *RDC* 2010. 38 ; N. Mathey, « La rupture de relations commerciales établies en période de crise », CCC 2010, étude 3.

5. Com. 12 févr. 2013, n° 12-11.709, inédit, CCC 2013, comm. 78, obs. N. Mathey, *RTD civ.* 2012. 375, obs. H. Barbier : « la baisse des commandes ne leur était pas imputable » ; v. *Les prévisions contractuelles à l'épreuve de la crise économique*, actes du colloque du 22 octobre 2009, *RDC* 2010. 38.

6. Com. 3 mai 2012, pourvoi n° 10-28.366, *Bull. Joly* 2012. 704, note H. Barbier ; *contra* faisant jouer l'article même en cas de dissolution non frauduleuse : Aix-en-Provence, 5 oct. 2011, *Juris-Data* n° 022232.

7. Com. 23 janv. 2007, *Bull. civ. IV*, n° 8 ; N. Mathey, « L'évaluation du préjudice en cas de rupture d'un contrat de distribution », CCC 2010, comm. 4 ; E. Schulle et E. Le Mordehec, « L'indemnisation de la rupture brutale de relations commerciales établies », *JCP E* 2011. 466.

8. Com. 9 juill. 2013, pourvoi n° 12-20.468 : à la date de la notification de la résiliation, le concédant connaissait l'existence de pourparlers engagés entre son concessionnaire et le repreneur ; « nonobstant le respect du préavis contractuel », la société (concedant) « ne s'était pas correctement acquittée de son obligation de bonne foi dans l'exercice de son droit de résiliation ».

non réalisée pendant les mois de préavis manquants, appréciée en fonction des résultats antérieurs¹. Il n'est pas tenu compte d'une éventuelle reconversion du co-contractant.

263. Droit commun de la responsabilité. L'article 442-6, 5° du Code de commerce n'exclut pas l'application du droit commun, notamment de l'obligation de bonne foi. Le contractant, même s'il respecte un préavis de durée raisonnable, ne peut mettre son co-contractant en difficultés sous peine de manquer à son obligation de bonne foi².

Par ailleurs, à défaut de pouvoir invoquer l'article L. 442-6, il reste le droit commun de la rupture abusive³.

§ 6. VIOLATION D'UNE INTERDICTION DE REVENTE HORS RÉSEAU

(ART. 442-6, 6°)

264. Le 6° sanctionne le fait de « participer directement ou indirectement à la violation de l'interdiction de revente hors réseau faite au distributeur lié par un accord de distribution sélective ou exclusive exempté au titre des règles applicables du droit de la concurrence ». La règle est issue de la loi Galland du 1^{er} juillet 1996.

La règle peut surprendre, car une jurisprudence constante affirme que le fait de commercialiser des produits relevant d'une exclusivité ne constitue pas en lui-même un acte fautif⁴. La responsabilité ne peut être engagée que sur la preuve d'une faute distincte de la simple revente hors réseau, la faute résultant notamment de comportements déloyaux, d'une publicité mensongère ou d'une concurrence parasitaire.

Mais la jurisprudence a également toujours affirmé que le fait pour un distributeur hors réseau (un *free-rider* ou *maverick*) de s'approvisionner (directement ou indirectement par le biais de sociétés-écran) auprès d'un distributeur agréé engage sa responsabilité, car toute personne qui aide une autre personne à enfreindre ses obligations contractuelles commet une faute délictuelle. Or, un contrat de distribution sélective peut contenir une clause interdisant la revente hors réseau (clause d'étanchéité). La responsabilité du distributeur hors réseau est alors engagée sur le fondement de la tierce complicité – ce qui suppose d'établir la licéité du réseau, l'interdiction de revente hors réseau et la connaissance par le distributeur de cette interdiction. La loi Galland, en l'article L. 442-6, 6° confirme donc, mais sans clarté, la jurisprudence antérieure : en sanctionnant la participation directe ou indirecte à la violation d'un réseau, est visée la tierce complicité.

Si le tiers hors réseau est poursuivi, il peut échapper à toute condamnation s'il prouve qu'il s'est licitement approvisionné⁵. Il suffisait naguère que le tiers refuse de communiquer

1. Com. 28 mai 2013, CCC 2013, comm. 183, obs. N. Mathey : « la référence à la perte de la marge brute pour le calcul de l'indemnisation du préjudice s'explique par l'existence de charges fixes que l'entreprise victime de la rupture continuait de supporter » ; v. N. Mathey, « L'évaluation du préjudice en cas de rupture d'un contrat de distribution », CCC 2010, comm. 4 ; E. Schulle et E. Le Mordehec, « L'indemnisation de la rupture brutale de relations commerciales établies », JCP E 2011. 466 ; O. Dehayes, « Le dommage réparable en cas de rupture brutale d'une relation commerciale établie », RLDA 2010, n° 51.

2. Com. 8 oct. 2013, pourvoi n° 12-22-952, CCC 2013, comm. 265, obs. N. Mathey.

3. Com. 16 mai 2006, pourvoi n° 03-10.328, RLC oct.-déc. 2006, p. 39, obs. M. Béhar-Touchais.

4. Par ex. : Com. 1^{er} mars 1994, Bull. civ. IV, n° 86 ; Com. 30 janv. 2001, CCC 2001, n° 89, et nos obs. ; 1^{er} déc. 1998, CCC 1999, n° 55, et nos obs.

5. Par ex. : Com. 26 janv. 1999, Bull. civ. IV, n° 29 : « vu l'article 85, § 3, du Traité... ; il appartient à l'opérateur qui a acquis des véhicules neufs pour les revendre de faire la preuve qu'il les a régulièrement acquis ».

sa source d'approvisionnement pour échapper à toute condamnation. Par trois arrêts rendus le 27 octobre 1992 mettant en cause des parfumeurs, la Cour de cassation est revenue sur cette solution. « L'achat de marchandises dans des conditions dont l'illicéité ou le caractère frauduleux est révélé par le *refus de justifier leur provenance* constitue en lui-même un acte de concurrence déloyale »¹.

En cas de revente hors réseau dans des conditions préjudiciables à la marque, les jurisprudences européennes² et internes³ écartent la théorie de l'épuisement des marques et autorisent la tête de réseau à invoquer un préjudice résultant d'un usage non autorisé de la marque.

§ 7. CONDITIONS DE RÈGLEMENT MANIFESTEMENT ABUSIVES OU QUI NE RESPECTENT PAS LES DÉLAIS DE RÈGLEMENT LÉGAUX (ART. 442-6, 7°)

265. L'abus de 7° consiste à soumettre un partenaire à des conditions de règlement manifestement abusives compte tenu des bonnes pratiques et usages commerciaux. Sont visés les délais de paiement qui s'écartent des exigences légales mais aussi les modalités d'escompte et les pénalités de retard régies par l'article L. 441-6 du Code de commerce (le délai de paiement ne doit pas dépasser quarante-cinq jours fin de mois ou sixante jours à compter de la date d'émission de la facture, sauf accords interprofessionnels qui, avec la crise économique, se sont multipliés). Les conditions de règlement peuvent aussi différer des usages et bonnes pratiques pour des raisons objectives.

§ 8. DISPOSITIONS FOURRE-TOUT DE L'ARTICLE 442-6, 8°, 9°, 10°, 11° ET 12°

266. Le refus ou retour de marchandises et le fait de déduire d'office du montant de la facture établie par le fournisseur les pénalités ou rabais correspondants au non-respect d'une date de livraison ou à la non-conformité des marchandises, lorsque la dette n'est pas certaine, liquide et exigible, sans même que le fournisseur n'ait été en mesure de contrôler la réalité correspondant (art. 442-6-8°). Est aussi sanctionné le fait de ne pas communiquer ses conditions générales (9°) et de refuser de mentionner sur l'étiquetage d'un produit vendu sous marque de distributeur un certain nombre de mentions relatives au fabricant (10°) ; et des dispositions spéciales pour les fruits et légumes (11 et 12°).

§ 9. SANCTIONS PRÉVUES PAR L'ARTICLE 442-II ET 442-6-III

Plusieurs sanctions sont prévues par l'article 442-6 : la responsabilité (A) et la nullité (B). Le ministre de l'Économie se voit reconnaître des pouvoirs exorbitants du droit commun (C). Une procédure de référé est organisée (D).

1. Com. 27 oct. 1992, *D.* 1992. 507, note A. Bénabent ; Com. 15 mars 1995, *Bull. civ.* IV, n° 108 ; Com. 9 avr. 1996, *D.* 1997. Somm. 26.

2. CJCE 23 avr. 2009, aff. C-59/08, *Copard c/ Dior* : la vente de produit de luxe par un licencié à un soldeur, en mépris d'une clause expresse du contrat de licence, n'emporte pas le consentement du titulaire à la mise du produit dans le commerce et permet ainsi d'écartier la théorie de l'épuisement du droit des marques.

3. Com. 23 mars 2010, *Chanel*, CCC 2010, comm. 236 et nos obs. ; Com. 26 mars 2008, *Sté Gerzane c/ Hugo Boss*, *Propr. industr.* 2008, comm. 42.

Aux termes de l'article L. 442-6, III, alinéa 5, compétence exclusive est donnée à des juridictions spécialisées pour appliquer l'article L. 442-6 du Code de commerce¹ et les appels sont portés exclusivement devant la cour d'appel de Paris.

On précise que la loi du 2 août 2005 renverse la charge de la preuve des pratiques relevant de l'article L. 442-6 du Code de commerce. Désormais, par application de l'article L. 442-6-III, « dans tous les cas, il appartient au prestataire de services... qui se prétend libéré de justifier du fait qui a produit l'extinction de son obligation ». C'est aux professionnels dont la responsabilité est mise en cause à se justifier.

A. Action en responsabilité

267. Responsabilité. L'action fondée sur l'article 442-6-I est une action en responsabilité. La victime peut obtenir réparation du préjudice subi par la pratique contractuelle prohibée. Par exemple, en cas de rupture abusive, elle peut obtenir réparation du préjudice entraîné par le caractère brutal de la rupture, mais non du préjudice découlant de la rupture elle-même².

268. Nature de la responsabilité. Toute personne qui a un intérêt à agir peut introduire une action en responsabilité. Par exemple, en matière de distribution, pour établir l'intérêt à agir, la victime – distributeur doit prouver qu'il a passé au moins une commande³.

La responsabilité est de nature délictuelle⁴ – ce qui détermine les règles de compétence juridictionnelle. Cette solution entraîne des difficultés liées à l'efficacité des clauses attributives de compétence.

La doctrine est généralement critique sur la solution⁵.

269. Cessation des pratiques. À titre de réparation en nature, la victime peut demander la cessation des pratiques litigieuses, le cas échéant en référé. Il a ainsi été considéré que la réparation du préjudice consécutif à la rupture brutale pouvait prendre la forme d'une « condamnation à livrer sous astreinte »⁶.

B. Nullité

270. L'article L. 442-6, II prévoit une nullité de plein droit de certaines clauses ou contrat prévoyant : a) le fait de « bénéficier rétroactivement de remises, de ristournes ou d'accords de coopération commerciale » ; b) d'obtenir le paiement d'un droit d'accès au référencement préalablement à toute commande ; c) d'interdire la cession à des tiers des créances qu'il détient sur lui ; d) de bénéficier automatiquement de conditions plus favorables consenties aux entreprises concurrentes par le cocontractant : certes, il est désormais possible de discriminer ; et le fait d'obtenir des conditions plus favorables n'est pas

1. Com. 26 mars 2013, *Sté BMW, RDLC* 6/2013, n° 550 : la détermination de la juridiction spécialisée compétente n'est pas subordonnée à l'examen du bien-fondé de la demande.

2. Douai, 15 mars 2001, *SA Auchan*, CCC 2001, n° 125.

3. Com. 7 févr. 1995, *Chapelle c/ Sony*, Bull. civ. IV, n° 39, CCC 1995, n° 72, obs. L. Vogel.

4. Civ. 2^e, 6 oct. 2005, *JCP* 2006. I. 111, n° 16, obs. Ph. Stoffel-Munck ; Com. 6 févr. 2007, Bull. civ. IV, n° 21 ; Com. 21 oct. 2008, CCC 2009, comm. 18, obs. N. Mathey ; Com. 13 janv. 2009, Bull. civ. IV, n° 3.

5. Par ex. : Nourissat, *RLDA* sept. 2007, p. 67.

6. Versailles, 10 juin 1999, *Conforama*, *D. Affaires* 1999. 1248.

répréhensible *per se*, car la loi d'août 2008 favorise la négociation. Mais ce qui est répréhensible *per se* est le fait d'obtenir des avantages automatiquement – sans négociation ; e) D'obtenir d'un revendeur exploitant une surface de vente au détail inférieure à 300 mètres carrés qu'il approvisionne mais qui n'est pas lié à lui, directement ou indirectement, par un contrat de licence de marque ou de savoir-faire, un droit de préférence sur la cession ou le transfert de son activité ou une obligation de non-concurrence post-contractuelle, ou de subordonner l'approvisionnement de ce revendeur à une clause d'exclusivité ou de quasi-exclusivité d'achat de ses produits ou services d'une durée supérieure à deux ans.

Le e) est en contradiction avec l'article 5 du Règlement n° 330 d'avril 2010 sur les restrictions verticales qui autorise de telles clauses pendant cinq ans. Certes, l'article L. 442-6 est une pratique restrictive de concurrence, tandis que le Règlement n° 330 accorde le bénéfice d'une exemption catégorielle sur le terrain des pratiques anticoncurrentielles. Mais la Cour de cassation a énoncé que l'action fondée sur l'article L. 442-6 est une action autonome de protection du fonctionnement du marché¹. Ne peut-on alors considérer que l'article 442-6-II, e) porte atteinte à l'effet utile du droit européen ?

271. Il est discuté de savoir si la liste du paragraphe II est ou non limitative. À notre sens, il ne faut pas confondre les deux questions : d'une part, la nullité prévue par le II est une nullité de plein droit (elle doit être demandée au juge qui ne peut la refuser). Une nullité de plein droit est d'interprétation stricte et ne doit donc pas être étendue au-delà des exemples cités. D'autre part, l'article L. 442-6 est d'ordre public économique et la violation des prescriptions légales peut être sanctionnée par la nullité absolue (en vertu de l'article 6 du Code civil). Il y a nullité du seul fait qu'un acte juridique contrevient à une prescription légale, même si aucune disposition ne l'a prévue.

La question de la possibilité pour les victimes d'agir en nullité, en dehors des cas prévus à l'article L. 442-6-II, est controversée. Un auteur énonce que la nullité est moins adaptée aux règles qui interdisent un comportement qu'aux règles qui en interdisent². Or, l'article L. 442-6 édicte des règles d'interdiction, la nullité peut donc se concevoir.

Des arrêts ont admis que la nullité pouvait être demandée par la victime d'une pratique contrevenant à l'article L. 442-6³.

C. Action exercée par le ministre de l'Économie

272. Article L. 442-6-III, alinéa 2 : action en nullité ou en réparation demandée par le ministre. La loi NRE du 15 mai 2001 a renforcé les prérogatives du ministre de l'Économie. Contrairement à l'adage « nul ne plaide par procureur », désormais, le ministre peut agir devant les juridictions (spécialisées) pour faire constater la nullité des clauses ou contrats illicites, demander la répétition de l'indu, et le versement d'une amende civile. Il peut même demander réparation du préjudice subi par les victimes.

1. Com. 8 juill. 2008, quatre arrêts, *D.* 2008. 3046, note M. Bandrac.

2. C. Aubert de Vincelles, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, thèse, Dalloz, 2002, n° 230 et s.

3. Rouen, 12 déc. 2012, n° 12/01200, *SARL Azuki*, CCC 2013, comm. 117, obs. N.M. ; Paris, 7 juin 2013, *SA Netmakers*, CCC 2013, comm. 208, obs. N. M. ; pour N. Mathey (*op. cit.*), seul le ministre ou le ministère public peut demander la nullité.

Le ministre peut agir concurremment avec la victime ou en son absence. L'action du ministre est une action autonome qui vise à protéger le fonctionnement du marché et qui n'est pas soumise au consentement des victimes (les fournisseurs)¹, mais à leur information préalable². En l'absence de la victime, on voit mal comment le juge pourra évaluer le dommage.

Cette jurisprudence est condamnée par une doctrine importante³, mais non unanime⁴. Le ministre peut préférer se limiter à déposer des conclusions aux côtés de la partie⁵.

273. Amende. Une amende civile de 2 millions d'euros au profit du Trésor public peut être demandée à la seule initiative du ministère public ou du ministre, à l'exclusion des victimes (C. com., art. L. 442-6).

Le dirigeant de la personne morale, auteur de la pratique, n'est donc pas tenu personnellement, mais il est responsable devant ses associés.

Une telle sanction traduit l'ambiguïté du droit des pratiques restrictives. Un auteur a parlé de « droit pénal sans le droit pénal »⁶.

D. Action en référé

274. Le paragraphe IV autorise le juge des référés à ordonner la cessation des pratiques ou toute autre mesure provisoire⁷. Le juge, statuant en référé, en vertu de l'article 442-6 ne peut ordonner les mesures prévues par ce texte que si les conditions fixées par le Code de procédure civile sont réunies⁸. Depuis la réforme du 15 mai 2001, il n'est plus nécessaire qu'une action au fond ait été préalablement introduite. La seule utilité du référé-concurrence de l'article L. 442-6 est d'être accessible au ministre.

Le juge des référés ne peut se substituer au fond. Par exemple, l'annulation ou la résiliation d'une convention excède ses pouvoirs.

1. Com. 8 juill. 2008, quatre arrêts, *D.* 2008. 3046, note M. Bandrac, *CCC* 2008, comm. 237 et nos obs., *JCPE* 2008. 2143, note A. Ballot-Léna : « l'action du ministre en application... de l'article L. 442-6-III... est une action autonome de protection du fonctionnement du marché et de la concurrence qui n'est pas soumise au consentement ou à la présence des fournisseurs » ; 16 déc. 2008, *Juris-Data* n° 046332 : le trésor public est fondé à recueillir les sommes versées au titre des condamnations, à charge pour lui de les reverser aux victimes ; Cons. const. 13 mai 2011, *D.* 2011. 1340, obs. É. Chevrier, *ibid.* 1833, point de vue Mauger-Velpeau, *ibid.* 2966, obs. Dorandean et *ibid.* 2012. 577, obs. D. Ferrier ; CEDH 17 janv. 2012, *Galec*, *CCC* 2012, comm. 94, et nos obs., *RLC* avr.-juin 2012, p. 39, note M. Béhar-Touchais.

2. Com. 9 oct. 2012, *D.* 2012. 2765, obs. Dorandean ; Cons. const. 13 mai 2011 ; CEDH 17 janv. 2012, *Galec*, préc. : cette obligation d'information est fondée sur un impératif de protection des intérêts des fournisseurs. On se demande si cette exigence est requise lorsque le ministre se contente de demander la cessation des pratiques.

3. D. de Béchillon et C. Jamin, « La Convention européenne des droits de l'Homme au supermarché », *D.* 2007. 2313 ; M. Bandrac, « L'action donnée au ministre de l'Économie et des finances face à l'article 6 de la Convention CEDH », *D.* 2007. 2433 ; C. Koering, *in JCP E* 2007, n° 2429 ; A. Penneau, « L'article 442-6-III du Code de commerce en question », *D.* 2007. 2630.

4. Pour une critique de l'application de l'article 6, § 1, de la CEDH, v. G. Decocq, *JCP E* 2007. 2303, n° 8 s.

5. Com. 7 juill. 2004, *CCC* 2004, comm. 179, et nos obs.

6. M. Béhar-Touchais, « L'amende civile est-elle un substitut satisfaisant à l'absence de dommages-intérêts punitifs ? », préc.

7. M. Malaurie, « Le référé-concurrence », *JCP* 1993. I. 3637.

8. Com. 27 juin 1989, *Bull. civ.* IV, n° 208, *D.* 1990. Somm. 107, obs. Gavalda et Lucas de Leyssac, *JCP* 1990. II. 21530, note Virassamy.

Section 2

Contrôle des pratiques tarifaires

275. La liberté des prix est une des pierres angulaires du droit de la concurrence. Et pourtant, le droit européen n'érige pas de règle particulière. Un prix imposé ou des pratiques tarifaires discriminatoires ne sont sanctionnés que sous l'angle du droit des ententes ou de l'abus de position dominante. Le droit français, fidèle à sa tradition dirigiste, prévoit des incriminations particulières, pénalement sanctionnées. De réforme en réforme, les sanctions s'aggravent.

De nouvelles infractions pénales ont été créées, mais en même temps, un mouvement de dépenalisation a été amorcé¹.

Avec la loi du 4 août 2008, l'obligation de communication des conditions générales de vente (CGV) n'est plus pénalement sanctionnée (C. com., art. 442-6-9°). Mais des infractions pénales subsistent, telle celle en matière de prix imposé ou de facture.

§ 1. PROHIBITION DU PRIX MINIMAL IMPOSÉ

276. Depuis 1952, le droit français incrimine la pratique du prix imposé dans les relations verticales par le fournisseur à son distributeur. Cette règle est contestée par la doctrine économique². Elle n'a pas d'équivalent en droit européen. Néanmoins, elle est vue avec suspicion puisqu'une clause de prix imposé est considérée comme une clause « noire » ; le contrat qui la contient ne pourra bénéficier de l'exemption catégorielle accordée aux contrats de distribution par l'article 4 du Règlement n° 330 du 20 avril 2010. Et toute imposition d'un prix minimal imposé est analysée par les autorités de concurrence comme une restriction de concurrence par objet.

Les « anti-prohibition » insistent sur les avantages économiques de cette pratique.

1° Le producteur est à l'abri d'une concurrence sur les prix entre distributeurs qui risque de porter atteinte à la *réputation de la marque*. On remarquera qu'un prix bas, sans être anormalement bas, ne préjudicie pas nécessairement à la marque.

2° Le prix imposé est la garantie d'une *qualité minimale de service* et contribue à l'amélioration des réseaux de distribution. Cette observation relève plus de la pétition de principe que de la démonstration.

3° Le prix imposé n'est pas préjudiciable au *consommateur*. En effet, si un distributeur et un producteur situés sur des marchés connexes détiennent tous deux un pouvoir de *monopole*, le risque est que les deux exploitent leur pouvoir au détriment du consommateur (théorie de la double marge). Avec le prix imposé, seul le producteur est susceptible d'exploiter sa position. À l'inverse, dans un *marché concurrentiel*, il n'y a pas à craindre un prix imposé trop élevé car la clientèle sanctionnerait une telle pratique en se détournant du produit.

4° Le prix imposé ne constitue pas une entrave excessive à la concurrence car aujourd'hui la *concurrence* ne passe pas tellement par les prix (les différences de prix entre entreprises concurrentes sont faibles) mais par les *services*. Le marché se caractérise en effet par une rigidité des prix. Les entreprises, pour accroître leur part de marché luttent en développant la distribution par la publicité ou les innovations techniques. La CJCE a admis également « que la concurrence par

1. V. notre article, « Que reste-t-il de la dépenalisation voulue par l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986. Bilan et perspectives », CCC déc. 2006, étude 24.

2. F. Jenny, « Pratiques restrictives, concurrence et efficacité », *Cah. dr. entr.* 1989/4, p. 5 s. ; T. Granier, « Prix imposés, prix conseillés : le contrat de franchise à l'épreuve du droit de la concurrence », *RTD com.* 1991. 357.

les prix, pour importante qu'elle soit – de telle sorte qu'elle ne doit jamais être éliminée – ne constitue toutefois pas la seule forme efficace de concurrence ni celle à laquelle doit, en toutes circonstances, être accordée une priorité absolue »¹. Mais par principe, les autorités de contrôle françaises sont très attachées à la liberté des prix.

5° Le prix imposé est un facteur d'intensification de la concurrence car il facilite l'introduction d'un *nouveau produit sur le marché*. Il confère en effet aux distributeurs la certitude d'une marge, certitude opportune pour le lancement d'un produit nouveau.

277. Opposition entre le droit européen et les USA. La question du bien-fondé économique d'une interdiction *per se* des prix imposés est débattue aux USA. Elle a donné lieu à un revirement spectaculaire de jurisprudence dans le fameux arrêt *Leegin*², qui a abandonné l'interdiction *per se*.

En revanche, le droit européen prohibe l'imposition d'un prix minimal de revente (art. 4, Règl. n° 330). Et le droit interne également en l'article L. 442-5 du Code de commerce : « est punie d'une amende de 15 000 euros le fait pour toute personne d'imposer, directement ou indirectement, un caractère minimal au prix de revente d'un produit ou d'un bien, au prix d'une prestation de service ou à une marge commerciale ». Le domaine (A), les conditions d'application (B) et les sanctions (C) doivent être précisés.

A. Domaine d'application

278. Un prix imposé à un commerçant indépendant. Selon les termes de l'article L. 442-5, « toute personne » qui impose un prix minimal de revente à un commerçant est puni d'une amende. La liberté de fixation des prix ne se conçoit que lorsque le distributeur est un commerçant indépendant.

À l'inverse, lorsque le distributeur est sous la dépendance juridique de son fournisseur, la prohibition ne s'applique pas : les prix imposés à des gérants salariés ou succursalistes³, des mandataires⁴, ou des dépositaires sont licites.

Néanmoins, une entreprise en position dominante ne peut recourir à ce type de contrat, par exemple le mandat, pour échapper à la prohibition des prix imposés : « dans la mesure où elle est exclusive, cette modalité de commercialisation peut constituer une entrave au fonctionnement normal du marché »⁵.

279. Contrats de distribution. La jurisprudence française⁶ décide que les contrats de distribution intégrée sont soumis à la règle de l'article L. 442-5 du Code de commerce. Car le distributeur intégré, tels le concessionnaire ou le franchisé, est un commerçant indépendant⁷. En revanche, si le distributeur n'est pas indépendant, la règle ne s'applique pas⁸.

1. CJCE 25 oct. 1977, *Métro Saba I*, Rec. CJCE 1875.

2. Supreme Court of USA, 28 juin 2007, *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.*

3. Aix, 17 déc. 1981, cité par X. Risselet, « Les modalités d'exploitation d'une succursale de maison d'alimentation », *LPA* 13 et 15 juin 1984.

4. Crim. 1^{er} juin 1967, *Quot. jur.* 2 nov. 1967, *Bull. crim.*, n° 171.

5. Avis, Comm. conc. du 26 avr. 1979, *Air liquide*, *BOSP* 13 juill. 1979.

6. Crim. 3 nov. 1982, *Duo*, *Gaz. Pal.* 1982. 2. 658 (distribution sélective) ; Com. 22 mai 1985, *Bull. civ. IV*, n° 143 (concession) ; Com. 28 janv. 1980, *Bull. civ. IV*, n° 32.

7. Paris, 14 juin 1984, *JCP* 1985. II. 20416, note G. Gross ; Paris, 13 nov. 1984, *Natalys*, *Gaz. Pal.* 1985. 2. 447, note S. Daul ; Paris, 6 févr. 1985, *JCP* 1985. II. 1436.

8. Paris, 18 juin 2003, *CCC* 2003, comm. 19 : l'article L. 442-5 ne s'applique pas à l'égard d'un propriétaire de marchandises qui fait vendre les marchandises en son nom et pour son compte par un prétendu franchiseur, ce dernier ne pouvant se prévaloir de cette qualité, faute d'indépendance.

B. Conditions d'application

L'article L. 442-5 édicte une prohibition *per se*. Seule l'imposition d'un prix ou de marge minimale est interdite (1°). L'imposition du prix peut être directe ou indirecte (2°).

1° Un prix ou une marge minimale imposée

280. Les conventions licites sur le prix. Le prix ou la marge *maximale* est licite. Licite, sauf si le maximum est fixé très bas : pratiqué par une entreprise en position dominante, il est susceptible d'avoir un effet anticoncurrentiel car il risque d'évincer tous les autres concurrents distributeurs d'un produit substituable. De même, un prix maximal peut devenir illicite s'il dissimule un prix minimal : il en est ainsi s'il apparaît que les distributeurs s'alignent systématiquement sur lui.

Le prix *conseillé* est licite, mais souvent, le prix conseillé dissimule un prix imposé de manière directe¹.

2° Une imposition directe ou indirecte

281. Les formes de la coercition. L'imposition du prix peut être directe : par exemple, le fabricant procède, sans l'accord du distributeur, à un marquage de ses produits. Le plus souvent, la pratique est dissimulée. Quelques exemples seront donnés : promesses avantageuses réservées aux distributeurs qui acceptent de revendre au prix conseillé ; pressions sur les distributeurs sous forme de contrôle des prix² ; recours à la pratique de ristournes hors facture, ce qui empêche le distributeur de revendre en dessous du prix facturé, de crainte d'être poursuivi pour revente à perte³ ; limitation du choix du taux de marge, ou de commission pratiquée⁴ ; clause qui oblige le franchisé à « respecter autant que faire se peut des marges bénéficiaires décidées par le franchiseur » ou à « subordonner l'agrément à l'acceptation d'une politique des prix »⁵ ; offre faite par un fournisseur de rembourser au consommateur une partie du prix au cas où celui-ci achèterait un produit auprès du détaillant au-dessus d'un certain prix...

Le plus souvent, le prix de revente est indirectement imposé par le fournisseur, à travers des systèmes complexes d'attribution de ristournes dissimulant un prix imposé⁶. De

1. Par ex. : Cons. conc. du 15 janv. 1991 (BOCC 12 févr. 1991) : les prix indicatifs combinés avec une clause stipulant que tout message promotionnel diffusé par le distributeur doit recevoir l'agrément du fournisseur ; Com. 18 mai 1993, D. 1993. IR 162 : une clause du contrat prévoyait que les prix de revente ne devaient pas être inférieurs aux prix préconisés par le fabricant, et les distributeurs s'interdisaient de pratiquer des soldes ou rabais en dehors des prévisions du fabricant.

2. Com. 5 févr. 1991, D. 1991. IR 65 : illicéité de la clause aux termes de laquelle « seul le fabricant a le pouvoir d'apprécier à la fin de l'année si sont ou non réunies les conditions d'octroi de la ristourne prévues au contrat, l'existence d'une telle clause ayant pour effet de maintenir à un niveau artificiellement élevé les prix de vente au détail... » ; Crim. 5 nov. 1990, D. 1991. IR 10 ; cependant si les ristournes sont soumises à une condition non potestative, l'article 34 (devenu art. L. 442-5) ne s'applique pas (Versailles, 9 oct. 1990, BID 1991, n° 1).

3. Par ex. : Cons. conc. du 19 oct. 1993, Réseau franchise « Troc de l'Île » (BOCC 4 déc. 1993).

4. Com. 1^{er} juin 1993, Les Jardins du Lauragais, et Com. 18 mai 1993, Salomon, CCC 1993, n° 154.

5. Com. 18 mai 1993, préc., Bull. civ. IV, n° 201.

6. Par ex. : Crim. 22 août 1995, D. 1997. Somm. 63, obs. D. Ferrier : les prix « indicatifs » de revente sont en réalité obligatoires, compte tenu d'une clause interdisant aux revendeurs toute remise promotionnelle sur les produits de la marque sans le consentement du concédant et d'une politique

même, le refus de livrer un distributeur au motif que ses prix pratiqués sont trop bas constitue un moyen indirect de fixation des prix¹. Un arrêt a même décidé qu'un prix présenté comme conseillé par un concédant peut constituer, en réalité, un prix imposé dès lors que, de par son statut, le concessionnaire se trouve dans un état de dépendance économique². Cette solution est excessive, car il appartient de prouver *in concreto* que le distributeur est contraint de suivre le prix conseillé.

282. Des prix conseillés par les organisations professionnelles. Cette pratique est systématiquement censurée par les autorités de concurrence comme entente anticoncurrentielle. Une organisation professionnelle s'écarte de sa mission si elle établit des barèmes de prix ou de marges forfaitaires.

283. Intention frauduleuse. L'intention frauduleuse est présumée³.

C. Sanctions

284. Le prix imposé est pénalement sanctionné par une amende pouvant aller jusqu'à 15 000 euros. Par ailleurs, les juridictions civiles peuvent annuler la clause de détermination de prix, voire le contrat tout entier si la clause était déterminante⁴. Le distributeur peut préférer agir en résolution⁵. Le prix imposé peut aussi être qualifié d'entente illicite.

§ 2. TRANSPARENCE TARIFAIRE

279. La transparence doit-elle être érigée en dogme ?⁶ Les théories économiques de Walpato ont montré que le contractant doit disposer d'informations lui permettant de mesurer l'utilité marginale qu'il va pouvoir retirer de la conclusion du contrat pour la comparer à d'autres. En un sens, toutes les règles de concurrence ont pour objectif final la transparence, car elle est un facteur d'efficacité économique. Les transactions sur un marché sont ainsi facilitées.

Face à la multiplication des « affaires », les lois contemporaines ayant trait à la transparence se multiplient : par exemple, la loi du 23 décembre 1992 (art. L. 443-2-I) sanctionne pénalement le fait de diffuser « des informations mensongères ou calomnieuses » sur le marché ; la loi du 29 janvier 1993 porte sur « la transparence de la vie économique

systematique de telles remises ; Paris, 20 nov. 2007, aff. *Calculettes* : l'attribution de fausses ristournes conditionnelles, non déductibles du seuil de revente à perte, conduit à maintenir un prix de revente artificiellement élevé et à conférer au distributeur une marge minimale.

1. Crim. 31 oct. 2000, *Bull. crim.*, n° 326, CCC 2001, n° 73, et nos obs. ; 15 janv. 2001, *Bull. crim.*, n° 326.

2. Paris, 17 janv. 1995, *D.* 1997. Somm. 63, obs. D. Ferrier.

3. Crim. 31 oct. 2000, *Bull. crim.*, n° 326, CCC 2001, n° 73, obs. G. Raymond : « le fait, par la société R... (fournisseur) d'avoir violé, en connaissance de cause, la prescription légale... en imposant un prix minimal de revente, suppose nécessairement l'intention coupable du président de son directoire ».

4. En ce sens, Com. 7 oct. 1997, CCC 1998, n° 2, obs. L. Leveneur.

5. Paris, 10 mars 1989, *LPA* 28 avr. 1989 : résolution du contrat de franchise, car en imposant un prix de revente, le franchiseur a méconnu ses obligations essentielles.

6. F. Riem, *La notion de transparence dans le droit de la concurrence*, L'Harmattan, 2002 ; M. et J. M. Mousseron et D. Mainguy, *Le droit français nouveau de la transparence tarifaire*, 2^e éd., Litec, 1998.

et des procédures publiques »... Car l'information assure une certaine moralisation de la vie des affaires et permet de lutter contre les pratiques déloyales.

Néanmoins, le secret des affaires n'est donc pas nécessairement un obstacle à la concurrence. Sur un marché peu concurrentiel, la transparence peut favoriser des ententes sur le prix ou, à tout le moins, supprimer le risque concurrentiel et le secret qui sont les conditions d'une concurrence active. En outre, la transparence est l'une des finalités du droit de la concurrence mais ne doit pas être érigée en un dogme absolu, au risque de nuire à la négociation commerciale. Une fraction de la doctrine défend l'opacité, inhérente à la négociation commerciale¹.

280. Des réformes incessantes. Depuis l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, la France, à la différence de beaucoup d'États de l'Union européenne, a développé des règles destinées à assurer une transparence tarifaire. La transparence est un « instrument » destiné à assurer l'égalité entre partenaires économiques. La France, championne d'Europe en la matière, a une réglementation tatillonne, complexe et inefficace. En outre, les réformes sont incessantes ; elles aggravent les sanctions pénales, renforcent les pouvoirs de contrôle de l'administration et modifient les règles du jeu : loi Galland du 1^{er} juillet 1996, loi sur les nouvelles régulations économiques du 15 mai 2001, loi du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises, loi du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs, loi du 4 août 2008 sur la modernisation de l'économie, projet Hamon de mai 2013... Une loi en chasse l'autre !

281. Application dans l'espace. La vie juridique peut paraître une jungle pour l'entrepreneur – d'autant plus que si la pratique est pénalement sanctionnée, il y a lieu d'appliquer l'article 113-2 du Code pénal selon lequel « la loi pénale française est applicable aux infractions commises sur le territoire de la République. L'infraction est réputée commise sur le territoire de la République dès lors qu'un de ses faits constitutifs a eu lieu sur ce territoire ». Par exemple, en matière de facturation, si la facture est émise en France, car l'un des contractants est situé sur le territoire français, même s'il s'agit d'une opération d'exportation, les dispositions françaises sur la facturation s'appliquent².

282. Charge de la preuve. Désormais, « dans tous les cas », il appartient au professionnel « qui se prétend libéré de justifier du paiement et du fait qui a produit l'extinction de son obligation » (C. com., art. L. 442-6, III, *in fine*).

Quelle est la portée de cette règle probatoire ? Vise-t-elle l'ensemble des règles prévues au I de l'article 442-6 ? Où peut-elle être étendue ? Il nous semble que telle doit être l'interprétation, puisque la nouvelle disposition se prononce « dans tous les cas ». Par exemple, à propos de la coopération commerciale, le fournisseur doit prouver le paiement et le distributeur la réalité du service rendu.

283. La réglementation tarifaire oblige tout partenaire économique à deux obligations, une obligation de facturation (A), une obligation de communication des conditions générales (B) et une formalisation des conditions commerciales sous la forme d'un accord unique annuel (C). Des questions de procédure seront évoquées (D).

1. A. Cotta, *Le face-à-face industrie-commerce*, Institut du commerce et de la consommation (ICC), sept. 1986.

2. Un acheteur situé en France pourra exiger d'un vendeur étranger une facture conforme aux exigences de l'article L. 441-3.

A. La facturation

284. La facturologie. L'ordonnance de 1986 a obligé les partenaires économiques à dresser une facture à l'occasion de tout achat de produit ou de prestation de services. La matière a été plusieurs fois modifiée, loi Galland du 1^{er} juillet 1996, et loi NRE du 15 mai 2001. La matière est si complexe que J. J. Mousseron a parlé à ce sujet de « facturologie ».

La facture permet ainsi à l'administration, la DGCCRF, d'exercer un contrôle sur les pratiques tarifaires, et le cas échéant, d'agir devant les juridictions commerciales pour faire condamner toute pratique visée par l'article L. 442-6 du Code de commerce.

1° Personnes assujetties à l'obligation de facturation et contenu de la facture

285. Destinataires de l'obligation de facturation. La facture s'impose à l'acheteur et au vendeur¹. L'acheteur qui n'exige pas la facture se rend coupable du délit, même si le vendeur n'est pas poursuivi². Les intermédiaires, telles les centrales d'achat, sont visés³. Si l'acheteur a acquis auprès d'une centrale d'achat, il n'a pas la maîtrise de la facturation⁴.

286. Contenu. L'article L. 441-3 détaille les mentions devant apparaître sur la facture. Toutes les réductions de prix acquises à la date de la vente doivent y figurer. La réduction de prix doit être directement liée à l'opération de vente. Sont ainsi exclus de la facture émanant du fournisseur les services rendus par le distributeur dans le cadre d'un accord de prestations de services.

287. Conditions de règlement et pénalités de retard. L'alinéa 3 précise que la facture doit mentionner la date de règlement, les conditions d'escompte et les pénalités de retard. On précise qu'en l'état du droit positif, le délai de paiement ne doit pas dépasser quarante-cinq jours fin de mois ou soixante jours à compter de la date d'émission de la facture. Tout délai supplémentaire est abusif au sens de l'article L. 442-6, I, 7°. Mais des accords interprofessionnels peuvent déroger au délai légal. Avec la crise économique, ils se sont multipliés. La loi a été, en quelque sorte, dépassée par la pratique qui a dû faire face à la crise et rallonger les délais de paiement. Les pénalités sont exigibles sans qu'un rappel soit nécessaire (art. L. 441-6).

Les dispositions relatives aux pénalités de retard sont d'ordre public⁵.

L'obligation de facturation se limite à l'achat d'un produit ou la prestation de services⁶. Elle ne peut être étendue à la cession d'un droit au bail d'un local commercial⁷.

2° Sanctions

288. Sanctions. La méconnaissance des règles de facturation est pénalement sanctionnée : une amende pouvant aller jusqu'à 75 000 euros (C. com., art. L. 441-4). L'amende peut être portée à 50 % de la somme facturée ou de celle qui aurait dû être facturée.

1. Crim. 20 juin 1994, *Bull. crim.*, n° 245, CCC 1994, n° 16121, obs. L. Vogel.

2. Dijon, 26 mai 1994, *BID* 1994, n° 10, p. 25.

3. Paris, 16 avr. 1989 (*BOCC* 5 mai 1990).

4. Crim. 3 avr. 1995, *Bull. d'actualité Lamy dr. éco.* juin 1995, p. 4.

5. Question CEPC, 7 janv. 2010, CCC 2010, comm. 95 et nos obs. Peu importe la forme juridique de l'entreprise ; v. Ph. Arroyo, « Dépassement des délais de paiement « plafonds » de la LME : une sanction automatique ? », *D.* 2009. Chron. 2499.

6. Par ex., pour des prestations de transport : Crim. 19 févr. 2003, *JCP* 2004. II. 10019, note Ph. Delebecque, CCC 2003, comm. 128, et nos obs., *RTD com.* 2003. 582, obs. Bouloc.

7. Com. 9 mai 2001, *RJDA* 10/01, n° 1030.

Les personnes morales peuvent être déclarées responsables dans les conditions de l'article 121-2 du nouveau Code pénal (C. com., art. L. 441-5). Le nouveau Code pénal ayant supprimé les délits matériels, on s'est demandé si devait être prouvée l'intention coupable. La chambre criminelle de la Cour de cassation a décidé que « la seule constatation de la violation en connaissance de cause d'une prescription légale ou réglementaire implique de la part de son auteur l'intention coupable exigée par l'article 121-3 alinéa 1^{er} du Code pénal »¹.

289. Par ailleurs, le fait d'établir une fausse facture peut être sanctionné sur le fondement de l'article 441-1 du Code pénal réprimant l'usage de faux en écriture privée² ; de même, l'omission d'une ristourne dans une facture peut être une pratique anticoncurrentielle puisqu'elle masque un avantage et est donc susceptible de fausser le jeu de la concurrence.

Mais l'absence de mention ou l'imprécision des mentions sur facture n'est pas à elle seule de nature à établir ou présumer une pratique discriminatoire³, car les prestations facturées peuvent avoir une contrepartie, fut-elle non précisée sur la facture.

B. Communication des conditions générales

Contrairement à leurs concurrents étrangers, les agents économiques sont tenus en France de communiquer l'ensemble de leurs conditions tarifaires sur simple demande en vertu de l'article L. 441-6.

Les parties (1^o), le contenu et la forme des conditions générales (2^o) et les sanctions seront précisés (3^o).

1^o Parties à l'obligation de communication

290. Destinataires. Tout acheteur de produit ou demandeur de prestation de service peut demander la communication des conditions générales. Les intermédiaires, tels les centrales d'achat ou de référencement sont visés⁴. La disposition est générale. Il a par exemple été jugé que viole l'article 441-6 l'arrêt qui refuse d'ordonner la communication des conditions d'attribution et de rémunération des avoirs sur transaction consentis à certains distributeurs au motif que ces avoirs ne concerneraient que la grande distribution à laquelle n'appartient pas la société demanderesse. En statuant ainsi la cour d'appel a ajouté une condition d'appartenance à un réseau de distribution non prévue par la disposition précitée⁵.

Néanmoins, un distributeur concurrent ne peut se prévaloir de cette disposition pour se procurer les conditions générales d'un fournisseur concurrent dès lors qu'il ne prouve pas que cette demande avait pour objet de passer éventuellement des commandes⁶ – ce qui est fort simple !

Une communication incomplète est considérée comme une discrimination fautive. A été condamné le fait de ne pas communiquer l'ensemble des éléments, y compris les rabais et ristournes permettant de déterminer le prix de revient⁷.

1. Crim. 25 mai 1994, *Bull. crim.*, n° 203 (arrêt n° 2).

2. Crim. 25 juin 2008, *JCP E* 23 juill. 2009, 1739, spéc. n° 9, obs. G. Decocq. Il peut y avoir cumul d'infractions (C. com., art. 441-3 et C. pén., art. 441-1).

3. Com. 8 févr. 2005, pourvoi n° 02-12.855, inédit.

4. Paris, 16 avr. 1989 (*BOCC* 5 mai 1990).

5. Com. 24 oct. 2000, *Sté Concurrence c/ Sté Philips*, *CCC* 2001, n° 8, et nos obs.

6. Com. 1^{er} juin 1999, *Bull. civ. IV*, n° 114, *CCC* 2000, n° 10, et nos obs.

7. Com. 19 mai 1992, *Bull. civ. IV*, n° 198.

291. Personnes assujetties à l'obligation de communication. « Tout producteur, prestataire de services, grossiste ou importateur » est tenu de communiquer les conditions générales.

292. Pour communiquer ses conditions générales et donc ses barèmes de prix, il faut que l'activité puisse faire l'objet d'un barème. Or, il est des activités qui ne peuvent donner lieu à un barème, par exemple le conseil délivré par un avocat, ou les travaux sur devis. C'est le cas des activités marquées par un *intuitu personae*. Les prestataires de services ne sont pas alors assujettis aux obligations de l'article 441-6. Il en est de même du produit spécifique qui correspond à une demande particulière de l'acheteur (tel le produit à façon)¹.

La rédaction de conditions générales n'est pas obligatoire. Pour autant, dès une demande de communication des CGV formée, toute entreprise est tenue de communiquer ses conditions générales— dès lors que ses activités sont « barémables ». Elle ne peut s'y soustraire au motif qu'elle n'en aurait pas établi².

Le projet Hamon de mai 2013 prévoit d'obliger à rédiger des conditions générales de vente.

2° Contenu et forme des conditions générales

293. Pour s'en tenir au dernier état de la réglementation, l'article L. 441-6 dispose que doivent être communiqués : les conditions de vente – le barème des prix unitaires – les réductions de prix – les conditions de règlement.

La loi du 4 août 2008 précise expressément que les conditions générales de vente peuvent être différenciées selon les catégories d'acheteurs ou de demandeurs de services. On sait, de toute façon, que la discrimination n'est plus interdite *per se*.

294. Conditions d'achat. L'acheteur peut établir ses propres conditions d'achat. Ce n'est pas une obligation, à l'exception des enchères inversées pour lesquelles l'acheteur doit préalablement aux enchères communiquer aux candidats un certain nombre d'informations (C. com., art. L. 442-10). Dès lors que la loi du 4 août 2008 a voulu favoriser la négociation commerciale en abrogeant notamment l'interdiction des discriminations, il n'y a plus lieu d'affirmer la primauté des conditions générales de vente sur les conditions générales d'achat, même si l'article L. 441-6 affirme que les conditions générales de vente « constituent le socle de la négociation commerciale » – curieuse expression, peu juridique ! La contradiction entre les conditions de vente établies par le vendeur et les conditions d'achat établies par l'acheteur devrait se résoudre par le droit commun, à savoir la neutralisation des clauses contradictoires. Pour autant, la Commission d'examen des pratiques commerciales est méfiante à l'égard des conditions d'achat, car elle craint un abus de puissance d'achat³.

295. Conditions de vente différenciées. Avec la LME qui a abrogé l'interdiction des discriminations, et la libre négociabilité des conditions tarifaires, des conditions générales peuvent être différenciées selon les catégories d'acheteurs.

296. Conditions de vente particulières. Ces conditions particulières, licites au regard du principe de libre négociabilité introduite par la loi du 4 août 2008, doivent être justifiées par une contrepartie (une cause au sens du droit civil) et ne pas être constitutives d'un déséquilibre significatif.

1. R. Fabre, M. Dany et L. Sersiron, *Le guide des relations commerciales*, coll. « Guides », Dalloz, 2006, n° 112-23.

2. Com. 18 janv. 1994, CCC 1994, n° 162, obs. L. Vogel.

3. Avis CEPC n° 04-04, 7 juill. 2004.

297. Conditions de règlement. L'article L. 441-6 exige que soient communiqués les délais de paiement et les modalités d'escompte éventuels. Le délai de paiement légal est fixé au trentième jour suivant la date de réception des marchandises ou l'exécution de la prestation (art. 441-6, II).

La loi LME a fixé un plafond maximum des délais de paiement convenus entre entreprises (quarante-cinq jours fin de mois ou soixante jours à compter de la date d'émission de la facture)¹.

La loi double le taux plancher des pénalités de retard.

298. Accords dérogatoires en vue de délais plus longs. La LME avait prévu la mise en place de délais plus longs par accord interprofessionnel. Ainsi, de nombreux secteurs professionnels ont conclu des accords dérogatoires, listés sur le site de la DGCCRF. Ils étaient valables jusqu'au 31 décembre 2011, mais ont été prorogés.

299. La directive n° 2011/7/UE destinée à lutter contre les délais de paiement, remplace la directive n° 2000/35/CE. Il est prévu des règles particulières pour les contrats passés par des autorités publiques (les contrats de commande publique). Dans les autres transactions commerciales, les entreprises doivent payer leurs factures dans les soixante jours, à moins qu'elles en décident expressément autrement et qu'il n'y ait pas d'abus ; les entreprises sont automatiquement autorisées à réclamer des intérêts pour les retards de paiement et peuvent aussi obtenir un montant fixe minimum de 40 euros à titre de compensation pour frais de recouvrement. Elles peuvent réclamer des compensations pour tous les autres frais raisonnables de recouvrement.

La directive a été partiellement transposée à l'égard des contrats passés par les autorités publiques par la loi n° 2013-100 du 28 janvier 2013 portant diverses dispositions d'adaptation de la législation au droit de l'Union européenne en matière économique et financière². La loi s'applique aux transactions commerciales conclues par tous les pouvoirs adjudicateurs soumis au Code des marchés publics et à l'ordonnance du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au Code des marchés publics.

Le projet de loi Hamon, en cours de discussion à l'Automne 2013, traite de la question des délais de paiement et renforce la lutte contre les retards de paiement par la création d'un régime de sanctions administratives. Il prévoit également de fixer le délai de paiement des factures récapitulatives à 45 jours nets.

300. Forme de la communication. L'article L. 441-6 n'exige pas que les conditions de vente ou de prestation de services fassent l'objet d'un écrit. Il précise même que la communication s'effectue par tout moyen conforme aux usages de la profession³.

1. Le mode de computation du délai de quarante-cinq jours fin de mois n'est pas imposé par la loi ; les opérateurs ont la liberté de le calculer de deux manières : soit en ajoutant quarante-cinq jours à la fin du mois d'émission de la facture, soit en ajoutant quarante-cinq jours à la date d'émission puis en allant jusqu'à la fin du mois

2. Les autorités publiques doivent payer pour les biens et services qu'elles se procurent dans les trente jours ou, dans des circonstances très exceptionnelles, dans les soixante jours.

3. V. déjà Com. 18 janv. 1994, pourvoi n° 92-11.425, CCC 1992, n° 162, obs. L. Vogel : « la cour d'appel devait ordonner à la Sté Havas, même en l'absence de barèmes préétablis, de communiquer les taux de ristourne accordés à ses clients habituels ou occasionnels ainsi que les montants des commandes auxquels correspondaient ces remises »...

3° Sanctions

301. Le refus de communiquer ses conditions générales est, depuis la loi du 4 août 2008, civilement condamné (C. com., art. L. 442-6, 9°). Il était naguère pénalement sanctionné. En revanche, le fait de ne pas respecter les délais de paiement mentionnés à l'article 441-6, 8° et 11° reste pénalement sanctionné (15 000 euros d'amendes).

À compter du 1^{er} janvier 2013, une indemnité forfaitaire de 40 euros est introduite par le décret n° 2012-1115 du 2 octobre 2012. Elle s'ajoute aux pénalités existantes, pour tout professionnel en situation de retard de paiement.

Les pouvoirs publics ont mis en place un médiateur inter-entreprises, à disposition de toute entreprise en conflit avec un client ou un fournisseur.

C. Formalisation des conditions commerciales en un accord unique annuel

302. La loi du 4 août 2008 a simplifié les relations commerciales et abandonne les distinctions byzantines entre contrat de vente et accord de coopération commerciale. Désormais, l'ensemble des conditions de vente est formalisé en une convention unique (C. com., art. L. 441-7) qui fixe :

1° les conditions de l'opération de vente des produits ou des prestations de services telles que prévues dans les conditions générales (C. com., art. L. 441-6).

2° les conditions dans lesquelles le distributeur ou le prestataire de services s'oblige à rendre au fournisseur, à l'occasion de la revente de ses produits ou services aux consommateurs, tout service propre à favoriser leur commercialisation ne relevant pas des obligations d'achat et de vente (on est proche des services rendus à l'occasion des accords de coopération commerciale que connaissait le droit antérieur à la loi d'août 2008).

Ces services recouvrent désormais l'ensemble des services qui sont rendus par les grossistes, les distributeurs, ou les centrales de référencement à l'occasion non seulement de la revente des produits ou des services aux consommateurs, mais également à l'occasion de leur revente aux professionnels, et qui sont propres à favoriser la commercialisation. Ces services font l'objet d'une facturation du prestataire. Ces services extérieurs au contrat d'achat-vente concernent essentiellement les opérations de promotion du produit ou du service : tête de gondole, promotion publicitaire, mise en valeur de produits, réorganisation des rayonnages et des lieux de passage de la clientèle...

3° les conditions dans lesquelles le distributeur ou le prestataire de services s'oblige à rendre au fournisseur des services distincts de ceux visés aux alinéas précédents. Elles correspondent à des prestations de services effectuées par des grossistes, des distributeurs ou encore des centrales de référencement dans le but d'améliorer leurs relations avec le fournisseur¹.

La convention doit être établie dans un document unique, ou dans un ensemble formé par un contrat-cadre annuel. La loi précise même la date à laquelle cette convention doit être rédigée (C. com., art. L. 441-7). Quel interventionnisme dans les relations commerciales...

Cet interventionnisme est renforcé par le projet Hamon du 3 mai 2013 qui précise le contenu de cette convention annuelle (qualifiée de plan d'affaires annuel). Le projet prévoit aussi que la révision de prix, portant sur un certain nombre de produits, devra être envisagée par la Conven-

1. CEPC, *La négociation commerciale : sur la convention unique*, 28 avr. 2013.

tion, afin de tenir compte de la fluctuation des prix de certaines matières premières, agricoles et alimentaires, cette révision devant être envisagée à la hausse, comme à la baisse. La renégociation ne pourra se tenir dans un délai supérieur à deux mois.

303. Tout fournisseur et distributeur ou prestataire de services, liés par une relation d'achat pour revente, est assujéti à l'obligation de convention unique. En revanche, les produits destinés à être transformés par les distributeurs sont exclus de l'exigence légale.

Le contrat annuel n'est requis qu'autant que des services de coopération commerciale sont convenus entre les parties. L'article L. 441-7 implique à la fois une certaine permanence de la relation commerciale mais aussi une renégociation des services rendus entre les parties. À l'inverse, lorsque l'économie de la relation commerciale appelle des contrats de longue durée tels que certains contrats de distribution (contrats de concession exclusive, par exemple) ou certains contrats de sous-traitance industrielle, il paraît artificiel d'en réduire la durée à un an¹.

Par ailleurs, il est toujours possible de négocier en cours d'année une nouvelle prestation de coopération commerciale non prévue dans la convention unique, car le contrat peut faire l'objet d'avenants en cours d'année, dès lors que l'équilibre commercial est préservé.

304. Le non-respect de cette obligation est même pénalement sanctionné (art. 441-7, II).

L'article L. 441-7 s'applique lorsqu'un des partenaires commerciaux est situé à l'étranger, dès lors que la revente de produits est située sur le territoire français, par le jeu des principes généraux relatifs à l'application de la loi pénale française dans l'espace visé aux articles 113-1 et suivants du Code pénal.

D. Procédure

305. Les manquements à la réglementation tarifaire sont sanctionnés par des infractions pénales. La loi du 2 août 2005 a aménagé la procédure pénale dans un souci d'accélération de la procédure. Le raccourcissement des délais contribue, en effet, à l'efficacité de la loi.

Le projet Hamon de mai 2013 prévoit de confier aux agents de la DGCCRF un pouvoir d'injonction et d'ordonner des sanctions administratives en cas de manquement aux articles L. 442-3-1, 441-7, L. 441-8 et L. 443-1 du Code de commerce (C. com., nouv. art. L. 465-2-I).

306. Accélération de la procédure et transaction. La transaction est une cause d'extinction de l'action publique (C. pr. civ., art. 6). Elle permet à l'administration d'abandonner les poursuites en contrepartie de la reconnaissance de l'infraction et du versement d'une somme d'argent au Trésor public ou de l'accomplissement d'une prestation déterminée.

Après avoir été pratiquée par les agents de la DGCCRF avant l'ordonnance de 1986, puis supprimée, elle est à nouveau réintroduite par la loi du 2 août 2006 (C. com., art. L. 470-4-1). Cette transaction ne s'applique que pour les délits non sanctionnés par une peine de prison. Les fonctionnaires de la DGCCRF, si l'action publique n'a pas été mise en mouvement, peuvent proposer au procureur de la République une transaction pénale proportionnée à la gravité des faits. Si le procureur accepte la transaction, l'administration économique propose à la personne physique ou personne morale² l'exécution d'une prestation ou le versement d'une somme d'argent.

1. CEPC, *La négociation commerciale : sur la convention unique*, 28 avr. 2013.

2. La transaction accordée à une personne morale s'étend à son représentant légal poursuivi (Crim. 20 janv. 1992, *Bull. crim.*, n° 18) ; lorsqu'une transaction intervient au bénéfice d'une personne morale responsable de son préposé, l'action publique à l'encontre de ce dernier est éteinte (Crim. 13 déc. 1993, *Bull. crim.*, n° 384).

La victime est absente de cette procédure. La transaction ne donne lieu à aucune publicité et la sanction n'emporte aucune inscription au casier judiciaire. En cas de non-paiement, les poursuites pénales peuvent reprendre. L'acte par lequel le procureur donne son accord est interruptif de prescription ; l'action est éteinte quand l'auteur de l'infraction a exécuté dans le délai imparti les obligations résultant de la transaction (C. com., art. L. 470-4-1). La transaction pénale n'exclut pas l'action civile en réparation puisqu'elle vaut reconnaissance de responsabilité.

307. Accélération de la procédure et composition pénale. La composition pénale est une alternative aux poursuites, instituée par la loi du 23 juin 1999 renforçant l'efficacité de la procédure pénale. Elle permet au ministère public, avant la mise en mouvement de l'action publique, de proposer à l'auteur de l'infraction qui reconnaît avoir commis un délit le versement d'une amende, l'accomplissement d'un travail d'intérêt général ou la remise de l'objet ayant servi au délit... (C. pr. civ., art. 41-2 s.). Elle est consacrée en droit de la concurrence par la loi du 2 août 2005 en l'article L. 470-4-2 du Code de commerce. Elle vaut pour les infractions aux règles de concurrence ne donnant pas lieu à une peine d'emprisonnement ; elle concerne les personnes physiques et morales.

Elle peut être proposée par des fonctionnaires de la DGCCRF. Cette procédure permet au procureur de la République de proposer aux intéressés qui reconnaissent avoir commis un délit le versement d'une amende qui ne peut excéder 3 750 euros ni la moitié du maximum de l'amende encourue. Le montant de l'amende est fixé en fonction de la gravité des faits ainsi que des ressources et des charges de la personne. Si l'opérateur économique l'accepte, le procureur saisit le président du tribunal qui doit valider la composition¹, après le cas échéant audition de l'auteur des faits. L'exécution de la composition pénale éteint l'action publique. Cependant, la victime peut citer l'auteur des faits devant le tribunal correctionnel à fin d'indemnisation de son préjudice. L'ordonnance de rejet de la composition n'est pas susceptible de recours. L'opérateur économique ne sera pas cité à comparaître devant le tribunal correctionnel.

308. Accélération de la procédure et procédure simplifiée. La procédure simplifiée a été introduite par la loi du 9 septembre 2002 (C. pr. civ., art. 495). L'article 54 de la loi du 2 août 2005 l'a étendu aux infractions de concurrence pour lesquelles aucune peine d'emprisonnement n'est encourue. Il faut que « les faits soient établis » pour que la procédure soit mise en œuvre.

La procédure est écrite, et sans audience. Le ministère public qui décide de ce choix communique le dossier et ses réquisitions au président du tribunal qui peut, par une ordonnance motivée, condamner ou non l'auteur de l'infraction à une amende ainsi qu'éventuellement à des peines complémentaires, sans que celui-ci compareaisse devant lui. Il n'y a pas d'audience. L'ordonnance est transmise au ministère public qui peut, dans les 10 jours, s'y opposer ou poursuivre l'exécution. Elle est aussi transmise au prévenu qui peut s'y opposer dans un délai de 45 jours. L'ordonnance rendue non contestée a les effets d'un jugement passé en force de chose jugée. Mais elle n'a pas l'autorité de la chose jugée à l'égard de l'action civile.

309. Publicité des décisions. La loi du 2 août 2005 prévoit la publication des condamnations de justice prises en application du Titre IV du livre IV du Code de commerce (les pratiques restrictives de concurrence). Une telle mesure est d'une efficacité redoutable, car elle peut porter atteinte à l'image de marque de l'entreprise condamnée. Une grande prudence s'impose – dès lors que la décision n'est pas encore définitive.

§ 3. PROHIBITION DE LA REVENTE À PERTE

310. La réglementation de la revente à perte a été introduite en 1963 (L. du 2 juill. 1963). Elle est destinée à protéger le petit commerce contre l'apparition de la grande distribution en mesure de pratiquer des prix très bas. La loi interdit de vendre en dessous

1. La composition pénale est inscrite au bulletin n° 1 du casier judiciaire mais il ne s'agit pas d'une condamnation pénale.

d'un certain prix. La règle protège aussi le consommateur car un prix anormalement bas pour un produit est souvent compensé par des prix élevés pour les autres produits : « un îlot de perte dans un océan de profits ».

Pour autant, la réglementation sur la revente à perte, destinée à protéger le petit commerce, est aussi défendue par un certain nombre de grandes entreprises, car elles y voient un adoucissement de la guerre des prix et elles négocient sur les marges arrière. En effet, il est plus facile d'avoir un prix de revente unifié et de négocier avec les fournisseurs. Les fournisseurs augmentent artificiellement leurs prix, afin d'anticiper la surenchère des ristournes, rabais et remises. Le perdant est le consommateur.

La réglementation sur la revente à perte constitue un serpent de mer¹, faisant l'objet de réformes permanentes. La plupart des États de l'Union européenne ont un cadre beaucoup plus souple, à l'exception de l'Irlande et de l'Espagne.

La législation espagnole, proche des règles posées par la loi Galland, n'est pourtant pas critiquée par les opérateurs économiques. L'absence de critique tient au fait, en premier lieu, que les sanctions, en Espagne, sont civiles et non pénales. L'application serait plus souple, car intégrant un raisonnement économique. En second lieu, la loi espagnole n'oblige pas les partenaires à communiquer les conditions générales. Il n'existe aucun dispositif sanctionnant les discriminations. En bref, l'ensemble est plus souple.

Selon un rapport récent de l'OCDE², à l'occasion de travaux menés en octobre 2005, la réglementation française sur la revente à perte est inefficace. Une telle réglementation protège davantage les concurrents que les consommateurs ! Elle est inutile et inefficace (il existe d'autres moyens de lutter contre les prix prédateurs), et même perverse, car elle est néfaste à l'innovation et la croissance.

311. Compatibilité avec le droit européen ? La réglementation française sur la revente à perte a été jugée conforme à l'article 30 du Traité UE (devenu art. 34 TFUE)³. Pour autant, elle est susceptible d'être remise en cause depuis un arrêt de la CJUE de 2013⁴. Saisie d'un recours en interprétation, la Cour a jugé que la revente à perte ne figurant pas dans la liste de l'annexe I prévu par la directive de 2005 sur les pratiques commerciales déloyales, elle ne pourrait être considérée comme déloyale qu'à l'issue d'une analyse spécifique. La directive s'oppose à une interdiction *per se* de la revente à perte, mais la Cour ajoute que cette analyse ne vaut que si l'interdiction de revente à perte « poursuit des finalités tenant à la protection des consommateurs ». La question est donc ouverte, mais à notre sens, une des finalités poursuivies par le droit français de la revente à perte est bien la protection des consommateurs.

De toute façon, le contentieux de la revente à perte se tarit considérablement. La disposition est vouée à la désuétude ou à son abrogation.

La revente à perte est également susceptible d'être condamnée sur le terrain de la concurrence déloyale. Toute personne, physique ou morale, ou une association de consommateurs agréée ou de commerçants justifiant avoir personnellement souffert du dommage causé par la revente à perte peut agir⁵.

1. M. Malaurie-Vignal, « La revente à perte, un tourment de la France », CCC juin 2005, repère 6.

2. « Resale below costs law and regulations, Oecd. org. », CCC mars 2006, veille n° 12, et CCC avr. 2006, comm. 68, et nos obs.

3. CJCE 24 nov. 1993, *Keck et Mithouard*, Rec. 6097, JCP E 1994. II. 592, note L. Vogel.

4. CJUE 7 mars 2013, aff. 343/12, *Euronics Belgium CVBA*.

5. Crim. 10 oct. 1996, *Bull. crim.*, n° 358 : caractérise suffisamment le préjudice direct ou indirect invoqué par une association de consommateurs agréée une cour d'appel qui relève que la revente à perte, incompatible avec une concurrence saine et loyale, est contraire à l'intérêt général des consommateurs.

Le domaine d'application (A), la notion de revente à perte (B), les faits justificatifs (C) et les sanctions (D) seront exposés.

A. Domaine d'application

Le délit porte sur toute vente de produits et non de services en l'état, par un commerçant, même s'il n'est pas revendeur final.

312. Sont prohibés la revente à perte mais aussi le simple fait d'annoncer la revente à perte.

Seule la revente en l'état est prohibée – ce qui exclut les opérations de distribution portant sur des biens transformés. Pareillement, un contrat portant sur une prestation de services n'entre pas dans le champ d'application de la disposition. Néanmoins, si ce contrat est indissociablement lié à une vente, la règle s'applique à l'opération économique : il y a lieu de prendre en compte l'économie générale du contrat : le fait de vendre un modem au prix d'un franc en même temps qu'un abonnement d'accès au réseau Internet ne constitue pas le délit de revente à perte¹.

Tout commerçant est visé par la disposition. En revanche, la qualité de l'utilisateur est indifférente : il peut s'agir d'un consommateur ou d'un professionnel (par ex. grossiste) auquel est revendu le bien. Par exemple, la revente à perte par une centrale à ses filiales est punissable². Il a été jugé que le délit s'applique alors même qu'au moment de la conclusion du contrat, le revendeur n'est pas propriétaire de la marchandise³.

Une association de consommateurs peut se constituer partie civile en cas de revente à perte⁴.

B. Notion

313. Il est interdit de revendre ou d'annoncer la revente au-dessous du prix d'achat effectif. Ce prix d'achat effectif détermine le seuil de revente à perte. Sa définition a donné lieu à de multiples réformes. La loi du 3 janvier 2008 a souhaité encourager la concurrence par les prix par un abaissement progressif du seuil de revente à perte, grâce à une déductibilité des marges avant et une partie importante des marges arrière.

Le prix d'achat effectif est le prix unitaire net figurant sur la facture d'achat, minoré du montant de l'ensemble des autres avantages financiers consentis par le vendeur exprimé en pourcentage du prix unitaire net du produit et majoré des taxes sur le chiffre d'affaires, des taxes spécifiques afférentes à cette revente et du prix du transport.

Il faut donc déduire du prix d'achat toutes les réductions de prix acquises à la date de la vente (remise, ristourne inconditionnelle, ristourne conditionnelle dont la condition est réalisée) et liées à cette vente, ainsi que « les autres avantages financiers » : ces autres avantages financiers ne figurent pas sur la facture. Ces avantages financiers sont liés à la

1. Crim. 7 mai 2002, *Bull. civ.* IV, n° 109, *D.* 2003. Somm. 1033, obs. Chopin, *JCP* 2003. II. 10047, note Courtois-Champenois ; cf. J.-M. Serinet « Vente ou prestation de services avec primes... », *D.* 2003. Chron. 3252. *CCC* 2002, n° 159, et nos obs. et n° 166, obs. G. Raymond (est validé le procédé dit de vente avec prime auto-payante).

2. Crim. 21 juin 1993, *RJDA* 1993, n° 720.

3. Crim. 6 déc. 2006, *Droit pénal* 2007, comm. 41, obs. J.-H. Robert.

4. Crim. 10 oct. 1996, *Bull. crim.*, n° 358 : caractérise le préjudice direct ou indirect invoquée par une association de consommateurs la cour d'appel qui relève que la revente à perte, incompatible avec une concurrence saine et loyale, est contraire à l'intérêt général.

rémunération des services favorisant la commercialisation des produits ou services (ancienne coopération commerciale), auxquels il faut ajouter les nouveaux instruments promotionnels (NIP) qui peuvent être des avantages en nature (par ex. remise de produits gratuits). L'avantage doit être exprimé en pourcentage du prix unitaire – or, certains avantages sont forfaitaires (C. com., art. L. 442-2).

Il faut aussi inclure dans le prix d'achat effectif les taxes sur chiffre d'affaires, les taxes spécifiques et le prix du transport.

314. Faveur aux grossistes. La loi aménage un régime spécial pour les grossistes puisque le prix d'achat effectif – déterminant dans le calcul du seuil de revente à perte – est affecté d'un coefficient de 0,9 %.

C. Faits justificatifs

L'article L. 442-4 du Code de commerce prévoit six exceptions. Un commerçant peut aligner ses prix sur ceux pratiqués par un concurrent (1°) ; la prohibition est écartée dans des circonstances particulières (2°).

1° Exception d'alignement des prix

315. Un commerçant qui vend des produits alimentaires commercialisés dans un petit magasin (moins de 300 mètres carrés), et s'il s'agit de produits non alimentaires, la surface de vente est plus grande (1 000 mètres carrés) peut aligner ses prix sur ceux d'un concurrent pour les mêmes produits. Le commerçant doit exercer dans la même zone d'activités, c'est-à-dire de chalandise. Cette notion est appréciée *in concreto*, au regard de l'entreprise et du marché – ce qui peut permettre à un supermarché de s'aligner valablement sur le prix de ses concurrents installés dans la région¹.

La preuve du prix de référence est rapportée par le commerçant². En revanche, la preuve de l'illégalité du prix de référence doit être rapportée par la partie poursuivante (l'administration)³. Le texte n'exige pas que le prix aligné soit identique au prix de référence ni que l'alignement se fasse du jour où le concurrent affiche ce prix⁴.

2° Circonstances particulières

316. Exceptions tenant à la nature des produits ou aux circonstances de la vente. L'article L. 442-4 cite aussi un certain nombre d'hypothèses justifiant une revente à perte, tenant à la nature du produit (saisonnier par ex.) ou des circonstances (réapprovisionnement du produit à la baisse par ex.).

En revanche, un commerçant ne peut prétexter qu'il doit brader ses prix pour sauver son entreprise de la liquidation judiciaire⁵.

1. Crim. 10 avr. 1995, n° A94-82.026, *BRDA* 15 juin 1995.

2. Crim. 3 mai 1995, *Bull. crim.*, n° 162.

3. Crim. 11 mars 1991, *Bull. crim.*, n° 418 (1^{re} esp.), *CCC* 1991, n° 171, dos. L. Vogel ; 3 mai 1995, *Bull. crim.*, n° 162, *D.* 1995. IR 164.

4. Crim. 23 janv. 1995, *RJDA* 1995, n° 456 ; 3 mai 1995, préc.

5. T. corr. Paris, 22 janv. 2002, *RJDA* 10/02, n° 1087.

D. Sanctions

317. Les manquements aux dispositions relatives à la revente à perte sont des délits punis d'amendes de 75 000 euros pour la personne physique et de 375 000 euros pour la personne morale. Il n'est pas nécessaire que l'intention frauduleuse soit établie¹.

La cessation de l'annonce publicitaire peut être ordonnée par le juge d'instruction ou par le tribunal saisi des poursuites, soit sur réquisition du ministère public, soit d'office.

Un vendeur étranger doit se conformer à l'interdiction de revente à perte dès lors qu'il intervient sur le territoire français (v. ss 186).

Section 3

La concurrence déloyale

318. *Fondements de l'action en concurrence déloyale*². Tout commerçant est libre d'attirer à lui la clientèle, même celle de son concurrent. Cette liberté résulte de la liberté de la concurrence. Il peut donc démarcher la clientèle de son concurrent et « s'approprier » la clientèle de son concurrent. Le dommage concurrentiel est licite, car il est une conséquence de la liberté de la concurrence. Pour autant, cette licéité est subordonnée au respect des usages loyaux du commerce. Il doit exercer une concurrence loyale.

Il n'existe pas, en droit français, de réglementation spécifique de la concurrence déloyale, même si le traité de Fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) prévoit, en son préambule, que devra être garantie « la loyauté de la concurrence ». Le rapport Canivet, approuvé par une fraction de la doctrine, préconise une consécration législative de la concurrence déloyale³, mais en l'état du droit positif, l'action en concurrence déloyale reste régie par le droit de la responsabilité.

En revanche, il existe une directive européenne sur les pratiques commerciales déloyales (v. ss 324) ; et un projet d'harmonisation du droit des pratiques commerciales déloyales dans le domaine contractuel de la distribution (livre vert)⁴ (v. ss 247).

À défaut de dispositif légal, l'action en concurrence déloyale est présentée par certains auteurs comme une action en protection du fonds de commerce⁵, ou une action disciplinaire sanctionnant le non-respect des usages de la profession⁶ – ce qui, dans les deux cas, assure une protection indépendante de tout préjudice. Ces diverses analyses reflètent une évolution de la concurrence déloyale à l'égard des conditions traditionnelles de l'action en responsabilité :

319. *Faute*. La faute doit être caractérisée⁷ : il est par exemple affirmé que l'action en concurrence déloyale requiert « l'existence de faits fautifs générateurs d'un préjudice »⁸. La preuve d'une faute est exigée car la responsabilité n'est pas objective.

1. Metz, 10 déc. 1998, *BID* 12/99, p. 48 ; Crim. 10 oct. 1996, *RTD com.* 1997. 339.

2. V. les développements complets in *Rép. com.*, Dalloz, v° *Concurrence déloyale*, n° 14 s.

3. Rapport Canivet, *Restaurer la concurrence par les prix*, Doc. fr., 2005, p. 97 et 160 ; Y. Picod, « Plaidoyer pour une consécration législative de la concurrence déloyale », in *Mélanges Serra*, Dalloz, 2006, p. 359 s.

4. Comm. UE, Livre vert sur les pratiques commerciales déloyales dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire et non-alimentaire interentreprises en Europe, COM/2013/037 final, disponible sur le site de la Commission, janv. 2013 ; *Europe* mars 2013, alerte 9, note L. Idot.

5. Ripert, *Les aspects du capitalisme moderne*, 2^e éd., LGDJ, 1951, n° 86.

6. J. Azéma, *Droit français de la concurrence*, Thémis, 1986, n° 168.

7. Par ex. : Com. 25 avr. 2001, *Bull. civ. IV*, n° 77.

8. Com. 12 févr. 2008, *Yoplait*, *Bull. civ. IV*, n° 32.

Cette exigence était pourtant écartée quand était en cause un manquement à une règle déontologique. La Cour de cassation affirmait que la méconnaissance des règles déontologiques de la profession d'expert-comptable suffisait à établir une faute civile¹. Un arrêt de 2013 vient d'opérer un revirement de jurisprudence².

320. Préjudice³. La jurisprudence est bien peu exigeante, même si certains arrêts persistent à exiger cette condition⁴. Certains arrêts retiennent une notion aux contours peu précis, la notion de trouble commercial⁵. Certains arrêts le présument : le préjudice « s'infère nécessairement de l'acte déloyal »⁶. Ou encore, un comportement parasitaire génère nécessairement un préjudice, fut-il moral, dont les juges déterminent souverainement les modalités⁷.

La Cour de cassation reconnaît le préjudice moral de la société⁸, qui pourrait être lié à l'atteinte à l'image du groupement⁹.

Le préjudice est divers. Il ne consiste pas seulement en la perte ou la baisse du chiffre d'affaires liée à une perte de clientèle. La jurisprudence admet un préjudice concurrentiel en dehors de toute perte de clientèle¹⁰. La concurrence déloyale peut donc être invoquée par une entreprise dépourvue de clientèle, telle qu'une association ou un organisme professionnel¹¹.

Le préjudice peut aussi consister en une atteinte à la notoriété ou à l'image du produit ou de l'entreprise. Le trouble commercial constitue un préjudice actuel et certain, permettant de demander réparation, même en l'absence de perte de clientèle ou de baisse de chiffre d'affaires.

Devant la difficulté d'évaluer le préjudice, certains auteurs proposent des dommages-intérêts punitifs et le juge pourrait en faire bénéficier en partie le Trésor public¹². Cette thèse

1. Com. 29 avr. 1997, *Bull. civ.* IV, n° 111, *D.* 1997. 459, note Y. Serra, *RTD civ.* 1998. 218, obs. R. Libchaber : « les transferts de dossiers de certains clients de la société Sofinarex à la société Fortin s'étaient effectués en méconnaissance des règles déontologiques de la profession d'expert-comptable, ce qui suffisait à établir que de tels agissements étaient constitutifs de concurrence déloyale » ; Com. 18 avr. 2000, n° 97-17.719, *RJDA* 2000, n° 930 ; Com. 12 juill. 2011, n° 10-25.386, *D.* 2011. 2782, note A. Robert, et Pan. 2967, obs. Y. Picod

2. Com. 13 sept. 2013, pourvoi n° 12-19.356, *CCC* nov. 2013 et nos obs. : « Un manquement à une règle de déontologie, dont l'objet est de fixer les devoirs des membres d'une profession et qui est assortie de sanctions disciplinaires, ne constitue pas nécessairement un acte concurrence déloyale » ; Com. 21 juin 1988, *Bull. civ.* IV, n° 210 : « toute infraction au Code de déontologie de la profession d'expert-comptable ne constitue pas nécessairement une faute civile ».

3. F. Leduc, « Faut-il distinguer le dommage et le préjudice ? : point de vue d'un privatiste », *Resp. civ. et ass.* 2010, dossier 3 ; N. Dorandeu, *Le dommage concurrentiel*, PU Perpignan, 2000 ; Ph. le Tourneau, « La spécificité du préjudice concurrentiel », *RTD com.* 1998. 83.

4. Com. 20 nov. 1979, *Bull. civ.* IV, n° 298.

5. Com. 18 oct. 1994, pourvoi n° 92-18.114, *RJDA* 2/1995, n° 237.

6. Com. 14 juin 2000, *RJDA* 2000, n° 1195 ; 22 févr. 2000, *Sté Guérin*, *CCC* 2000, n° 81, et nos obs. ; Com. 1^{er} juill. 2003, *Propr. industr.* 2003, comm. 96, obs. Schmidt-Szalewski.

7. Civ. 1^{re}, 22 oct. 2009, *Propr. industr.* 2009, comm. 11.

8. Com. 15 mai 2012, n° 11-10.278, *Bull. civ.* IV, n° 101.

9. Ph. Stoffel-Munck, « Le préjudice moral des personnes morales », in *Mélanges Ph. le Tourneau*, 2004, Dalloz, p. 959.

10. Com. 27 févr. 1996, *D.* 1997. Somm. 104, obs. Y. Serra ; 8 nov. 1994, *CCC* 1995, comm. 6, obs. Vogel, *D.* 1995. Somm. 209, obs. Serra.

11. Com. 8 nov. 1994, *D.* 1995. Somm. 209, obs. Y. Serra, *RTD com.* 1995. 156, obs. E. Alfandari ; 21 oct. 1997, *RJDA* 2/98, n° 248 : « la situation de concurrence entre les parties... n'est pas une condition de l'action en concurrence déloyale » ; 21 nov. 2000, *RJDA* 2/01, n° 248.

12. R. Mésa, « Précisions sur la faute lucrative et son régime », *JCP* 2012. 1017 ; l'avant-projet Catala sur la réforme du droit des obligations prévoit que « l'auteur d'une faute manifestement délibérée, et notamment d'une faute lucrative, peut être condamné, outre les dommages-intérêts punitifs, dont le juge a la faculté de faire bénéficier pour une partie Trésor public ».

ne fait pas l'unanimité en doctrine¹ et n'a pas été consacrée par les Principes de droit européen de la responsabilité civile². Un auteur propose de sanctionner la déloyauté par l'action en enrichissement sans cause³. La jurisprudence refuse fermement toute indemnisation forfaitaire⁴ et toute restitution de l'enrichissement procuré par l'acte déloyal⁵.

321. Lien de causalité. La jurisprudence rappelle de temps à autre la nécessité de caractériser le *lien de causalité* entre la faute et le préjudice⁶. En outre, la présomption de dommage peut céder devant la preuve contraire quand son absence est établie⁷. Néanmoins, la concomitance entre la faute et une baisse du chiffre d'affaires ou toute autre difficulté d'ordre financier ou économique permet de caractériser le lien de causalité⁸ – à la condition que ces difficultés ne résultent pas d'autres circonstances, tenant par exemple aux difficultés internes de l'entreprise plaignante.

322. Condition tenant en l'existence d'une clientèle commune. Traditionnellement, la concurrence déloyale, analysée comme une captation de clientèle supposait l'existence d'une clientèle commune. Cette condition est aujourd'hui abandonnée⁹. La seule condition de recevabilité réside dans l'existence d'une faute, source de préjudice, peu important l'existence d'une clientèle commune¹⁰.

323. Qualité pour agir en concurrence déloyale. Des pratiques déloyales peuvent nuire à une personne ou une catégorie de personnes, voire à une profession déterminée. Néanmoins, un syndicat professionnel n'a pas qualité pour agir en concurrence déloyale contre un commerçant qui menait une campagne promotionnelle déloyale¹¹. Un syndicat ne peut qu'agir pour obtenir réparation de l'atteinte du préjudice collectif portée à l'intérêt collectif de la profession. Un auteur a critiqué la solution¹².

324. Action en concurrence déloyale et protection des consommateurs¹³. L'action en concurrence déloyale protège les concurrents. La jurisprudence évolue vers une prise en

1. Doctrine hostile : C. Nourissat, « Droit civil de l'Union européenne », *D.* 2004. 1321.

2. L'article 10-101 considère que les dommages-intérêts ont une fonction compensatoire et accessoirement préventive. Rien n'est dit sur l'aspect punitif.

3. M.-A. Frison-Roche, « Les principes originels du droit de la concurrence déloyale », *RJDA* 6/94, p. 483.

4. Com. 23 nov. 2010, *Concurrences* n° 1-2011, p. 140, obs. Mésa, *Prop. indust.* 2011 comm. 20, obs. J.-J. Larrieu ; Civ. 3^e, 12 déc. 2007, *AJDA* 2008. 314.

5. Com. 21 févr. 2012, *Concurrences* n° 2-2012, p. 104, obs. Mésa.

6. Com. 30 janv. 2001, *SA Glock France c/ M^{me} Bécheret*, CCC 2001, n° 58 : doit être cassé l'arrêt qui condamne à des dommages-intérêts au motif que l'attitude parasitaire d'une société envers une autre dont elle connaissait les difficultés financières a causé à la société parasitée un préjudice très important, alors qu'il convenait de caractériser le lien de causalité entre la faute et le préjudice.

7. Par ex. : Com. 25 févr. 1992, *Bull. civ.* IV, n° 88.

8. Com. 16 janv. 2001, *Sté Air et Voiles techniques stéphanoises*, CCC 2001, n° 59, et nos obs.

9. Par ex. : Com. 12 févr. 2008, *Sté La Fermière*, CCC 2008, comm. 103, *D.* 200. 2753, note Y. Picod : la cour d'appel « n'avait pas à caractériser une situation de concurrence directe ou effective entre les (deux sociétés), lesquelles ne sont pas des conditions de l'action en concurrence déloyale » ; Com. 27 janv. 2009, CCC 2009, comm. 78 et nos obs., *D.* 2009. Pan. 1446, note Y. Picod.

10. Com. 30 mai 2000, *LPA* 22 mars 2001.

11. Com. 24 nov. 2009, *Synd. Détaillants spécialistes du disque c/ Sté Auchan*, CCC 2010, comm. 48, et nos obs.

12. V. obs. pertinentes d'Y. Auguet, *D.* 2010. 2547.

13. J. Stucyk, « La théorie de la concurrence déloyale et l'intérêt des consommateurs », in *Concurrence et consommation*, Dalloz, 1994, p. 95 s. ; M.-S. Payet, *Droit de la concurrence et droit de la consommation*, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 2001 ; J. Calais-Auloy, « Concurrence déloyale et protection des consommateurs », in *Mélanges Serra*, Dalloz, 2006, p. 59 s.

considération de l'intérêt du consommateur. Est déloyal l'acte qui trompe le consommateur. Par exemple, une action en concurrence déloyale peut être intentée par le concurrent du commerçant qui a diffusé une publicité trompeuse pour les consommateurs ou une information tronquée¹.

Les liens entre concurrence loyale et intérêt des consommateurs étaient déjà affirmés dans le domaine de la publicité comparative, dont le manquement aux règles est susceptible d'être invoquée par le consommateur comme le professionnel. Ces liens ont été renforcés par la directive n° 2005-29 du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales, transposée en droit interne par la loi du 3 janvier 2008 dans le Code de la consommation.

Les articles L. 121-1 et 121-1-1 du Code de la consommation sanctionnent les pratiques commerciales trompeuses, tandis que l'article L. 122-11 sanctionne les pratiques agressives. Le droit des pratiques commerciales déloyales intégré dans le Code de la consommation n'est donc plus seulement un droit destiné à protéger l'intérêt subjectif du concurrent mais plus généralement un droit destiné à assurer une loyauté du marché², avec désormais une pénalisation partielle du droit de la concurrence déloyale.

En annexe de la directive, est dressée une liste des pratiques commerciales réputées déloyales en toutes circonstances. Les pratiques non expressément visées dans la liste ne peuvent être sanctionnées que s'il est prouvé qu'elle est contraire aux exigences de la diligence professionnelle et est susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique du consommateur moyen par rapport au produit (C. consom., art. L. 120-1)³.

L'article L. 121-1, visant les consommateurs et les professionnels (« Le présent article est applicable aux pratiques qui visent les professionnels »), peut être invoqué par ces deux catégories. Il en est de même des pratiques visées expressément à l'article L. 121-1-1.

A contrario, les pratiques agressives de l'article L. 122-11 ne protègent que le consommateur, et ne peuvent être invoquées que par ce dernier, mais la question est ouverte.

Par ailleurs, le 31 janvier 2013, la Commission européenne a adopté un livre vert sur les pratiques commerciales déloyales dans les relations de distribution associant information des consommateurs et lutte contre les pratiques déloyales⁴.

325. Prescription de l'action. En vertu de l'article 2224 du Code civil issu de la loi du 17 juin 2008, « les actions personnelles ou mobilières se prescrivent par cinq ans à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer ». Cette disposition s'applique aux actions en concurrence déloyale.

La concurrence déloyale est un délit successif.

326. Concurrence déloyale et concurrence illégale⁵. La concurrence illégale sanctionne l'exercice d'une activité économique prohibée par la loi ou les règlements. La violation d'une disposition expressément prévue par la loi place la victime dans une position confortable. Il lui suffira de prouver la violation de la règle pour obtenir réparation du

1. Civ. 1^{re}, 27 nov. 2008, CCC 2009, comm. 18, et nos obs. ; Com. 8 nov. 1994, n° 93-10066, *Sté Le Franc-Bourgeois*, inédit : en faisant croire au public de manière fallacieuse que son produit est plus avantageux en quantité que celui de son concurrent, (il) avait commis une faute de concurrence déloyale.

2. Y. Picod, « Concurrence déloyale et intervention fautive sur le marché », in *Mélanges G. Bonet*, Litec, 2010, p. 421 s.

3. Y. Picod et H. Davo, *Le droit de la consommation*, 2^e éd., Sirey, coll. « Université ».

4. Comm., communiqué IP/13/78 du 31 janv. 2013, CCC 2013, alerte 22.

5. D. Ferrier, « Concurrence déloyale et concurrence illégale », in *La concurrence déloyale. Permanence et devenir*, coll. « Thèmes et commentaires », Dalloz, 2001, p. 47 s.

préjudice subi du fait de cette violation, sans avoir besoin d'établir un comportement fautif. Le commerçant qui exploite un fonds sans avoir satisfait toutes les exigences relatives au permis de construire est présumé en faute¹. Le fait de ne pas respecter une réglementation impérative est déloyal².

327. Concurrence déloyale et pratique anticoncurrentielle³. Désormais, l'autorité de concurrence n'hésite pas à sanctionner des comportements déloyaux dès lors que ceux-ci sont susceptibles d'affecter le marché. Ainsi, le dénigrement peut être constitutif d'un abus de position dominante⁴.

Selon la classification de Roubier, trois griefs de concurrence déloyale peuvent être retenus : l'imitation (Sous-section 1), la désorganisation (Sous-section 2) et le dénigrement (Sous-section 3). Cette distinction est, dans un certain sens, académique puisqu'une imitation ou un dénigrement peut conduire à une désorganisation de l'entreprise. Mais ces qualificatifs sont repris en jurisprudence.

Sous-section 1

L'imitation

L'imitation⁵ peut porter sur le produit ou service ou sur ses signes distinctifs de l'entreprise (§ 1) ou peut consister en une identification avec une entreprise. Est alors en jeu la théorie du parasitisme économique (§ 2).

§ 1. IMITATION DU PRODUIT OU SERVICE OU DE SES SIGNES DISTINCTIFS

328. Liberté du commerce et de l'industrie. La liberté du commerce et de l'industrie implique la liberté de copier – dès lors que le bien n'est pas protégé par un droit de propriété intellectuelle.

Si le bien protégé par un droit de propriété intellectuelle ou des signes distinctifs sont copiés, l'articulation entre l'action en contrefaçon et l'action en concurrence déloyale est alors posée. Les liens entre concurrence déloyale et la propriété intellectuelle doivent être étudiés (A) avant de présenter les conditions générales de l'action en concurrence déloyale (B).

A. Concurrence déloyale et propriété intellectuelle

Plusieurs hypothèses doivent être envisagées.

1° Absence de droit de propriété intellectuelle

329. Le principe de la liberté du commerce et de l'industrie autorise la copie d'un bien non protégé par un droit de propriété intellectuelle.

1. Com. 28 nov. 1995, *RJDA* 1996, n° 298 ; autre ex. : Com. 20 nov. 2007, *D.* 2008. AJ 9, obs. C. Rondey (à propos de la loi Lang sur le prix des livres).

2. Com. 9 mars 2010, *Sté Delticom*, *Propri. industr.* 2010, comm. 44.

3. Y. Picod, « Concurrence déloyale et pratiques anticoncurrentielles. Affinités ou divergences ? L'approche juridique », *RLC* avr.-juin 2008, p. 168.

4. Par ex. : ADLC n° 13-D-11 du 14 mai 2013, *Sanofi*, *CCC* 2013, comm. 157 et nos obs., et comm. 161, obs. D. Bosco.

5. P. Tréfigny, *L'imitation*, coll. « CEIPI », PUS, 2000.

Pour autant, l'action en concurrence déloyale sanctionne des comportements déloyaux. Cette action est ouverte même si le produit ou le service imité n'est pas protégé par un droit de propriété intellectuelle. Car selon une jurisprudence constante. « L'action en concurrence déloyale a (précisément) pour objet d'assurer la protection de celui qui ne peut se prévaloir d'un droit privatif »¹. Il faut prouver une faute de concurrence déloyale.

2° Rejet de l'action en contrefaçon

330. Le principe de la liberté du commerce et de l'industrie autorise également la copie d'un bien dont les droits de propriété intellectuelle ont cessé. Ainsi, n'est-il pas déloyal de vendre un produit utilisant les caractéristiques techniques d'un brevet tombé dans le domaine public².

Pour autant, l'action en concurrence déloyale peut aussi être exercée là où l'action en contrefaçon a échoué. Par exemple, la copie servile de la célèbre montre Tank de Cartier peut être sanctionnée, alors même que les droits sur cette montre étaient tombés dans le domaine public³. Il faut prouver une faute de concurrence déloyale – sous peine de reconstituer une propriété intellectuelle bien au-delà de la durée légale de protection.

Il importe peu que les faits incriminés au titre de l'action en concurrence déloyale soient matériellement les mêmes que ceux allégués au soutien d'une action en contrefaçon rejetée, mais la jurisprudence précise qu'il faut prouver la faute de concurrence déloyale⁴.

3° Existence d'un droit de propriété intellectuelle

331. La question de l'articulation entre les deux actions suscite un contentieux nourri⁵. Il est possible d'agir sur le double fondement, car selon une jurisprudence constante, « l'action en concurrence déloyale est distincte de l'action en contrefaçon »⁶. « Ces deux actions procèdent de causes différentes et ne tendent pas aux mêmes fins, la seconde n'étant ni l'accessoire, ni la conséquence ou le complément de la première »⁷.

1. Par ex. : Com. 19 mars 2013, pourvoi n° 11-29.016 ; Com. 10 mai 2006, *JCP* 2006. II. 1610, obs. C. Caron.

2. Paris, 18 oct. 2000, *D.* 2001. 850, note J. Passa.

3. Com. 22 oct. 2002, *Cartier c/ Métro*, *CCC* 2003, comm. 8, et nos obs., *JCP E* 2003. 1627, obs. C. Caron : « l'offre faite par la société Métro à sa clientèle d'une copie servile de la montre Tank dans les conditions dénoncées porte manifestement atteinte à l'image de marque de cette montre qu'elle vulgarise et déprécie, la rabaisant au rang de simple "gadget publicitaire"... ; un tel usage, en ce qu'il affectait l'image, qualifiée de prestigieuse, d'un produit notoire et de marque, ne fût-il plus couvert par un droit privatif, était fautif ».

4. Par ex. : Com. 10 févr. 2009, *Bull. civ.* IV, n° 18 : « l'action en concurrence déloyale peut être intentée par celui qui ne peut se prévaloir d'un droit privatif, qu'il n'importe pas que les faits incriminés soient matériellement les mêmes que ceux allégués au soutien d'une action en contrefaçon rejetée pour défaut de constitution de droit privatif... ; et attendu, d'autre part, que la cour d'appel, qui a constaté que les sacs litigieux avaient été commandés en vue de leur revente, ce dont il résultait une faute constitutive de concurrence déloyale à l'égard de la société Louis Vuitton Malletier » ; Com. 30 mai 2007, pourvoi n° 06-13.880 ; 12 juin 2007, pourvoi n° 05-17.349.

5. C. Caron, « L'articulation de l'action en contrefaçon et de l'action en concurrence déloyale ou parasitaire », *JCP* 2010. 235.

6. Par ex. : Com. 6 nov. 1984, *Bull. civ.* IV, n° 297, *JCP E* 1985. II. 14006, *RTD com.* 1985. 301, obs. A. Chavanne et J. Azéma.

7. Com. 22 sept. 1983, *Bull. civ.* IV, n° 236.

Bien que juridiquement distinctes, les deux actions, souvent connexes, peuvent être introduites dans la même instance. Pour autant, il ne faut pas déduire de cette connexité que les conditions de recevabilité sont identiques. « L'action en concurrence déloyale exige une faute alors que l'action en contrefaçon concerne l'atteinte à un droit privatif... »¹. La jurisprudence exige une faute distincte de la simple atteinte à un droit privatif – tout en affirmant, non sans ambiguïté, que peu importe que les éléments sur lesquels il fonde sa demande en concurrence déloyale soient matériellement les mêmes que ceux pour lesquels il fonde une action en contrefaçon. Les faits matériels peuvent être identiques². Néanmoins, au titre de la concurrence déloyale, ils doivent revêtir un caractère fautif.

332. Une faute quelconque suffit. Il n'est pas nécessaire de prouver l'intention de nuire ; de même, l'originalité n'est pas une condition de l'action en concurrence déloyale³.

Par exemple, constitue un agissement fautif, distinct d'un fait de contrefaçon, une imitation créant un risque de confusion dans l'esprit de la clientèle⁴.

À défaut de risque de confusion, la faute peut consister en une association entre les deux produits⁵ – cette solution s'inspirant curieusement du droit des marques notoires⁶.

En revanche, le fait de copier un produit ayant fait l'objet d'importants investissements n'est pas un fait distinct⁷ ; ou encore, il a été jugé que le fait de vendre à prix réduit, sans autorisation des produits de marque, dans des solderies dans des conditions dévalorisantes n'est pas un fait distinct⁸, mais des arrêts ont dit le contraire⁹. En

1. Com. 22 sept. 1983, préc.

2. Par ex. : Com. 24 sept. 2013, n° 12-18572, *Sté abattoires de Provence*.

3. Par ex. : Com. 12 juin 2007, *D.* 2007. AJ 1723, obs. É. Chevrier ; *D.* 2008. Pan. 253, obs. Y. Picod : une cour d'appel avait rejeté l'action sous prétexte que les lunettes ne présentaient aucune originalité ; l'arrêt est cassé, la Cour indiquant que « l'originalité ne constitue pas une condition de l'action en concurrence déloyale », mais un des facteurs pris en compte pour déterminer s'il existe une faute créant un risque de confusion auprès du client.

4. Com. 27 mai 1981, *Bull. civ. IV*, n° 251 : « la cour d'appel qui constate qu'une société offre à la clientèle un modèle copiant celui d'un autre fabricant et portant une mention très voisine, par son texte et par son graphisme, de la mention figurant sur le modèle contrefait, de telle sorte qu'une confusion est créée dans l'esprit de la clientèle, caractérise ainsi des agissements constitutifs de concurrence déloyale distincts des faits de contrefaçon par ailleurs retenus » ; Com. 18 oct. 1994, *Bull. civ. IV*, n° 298 ; Civ. 1^{re}, 4 avr. 2006, *Bull. civ. IV*, n° 192, *D.* 2006. Pan. 2929, obs. Y. Auguet : « l'action en concurrence déloyale ou parasitaire est recevable lorsqu'elle repose sur des faits distincts de ceux qui lèsent des droits privatifs et sont de nature à créer un risque de confusion entre des créations ou à faire croire à leur même origine, a relevé la similitude de graphisme et d'images entre les pages illustrées de couverture de certains livres d'Anne Y... relatant les aventures maritimes de l'héroïne et la jaquette du film litigieux, permettant à celui-ci de s'inscrire dans le sillage de l'œuvre originale et de profiter de ses réputation et notoriété en induisant le public en erreur ».

5. Com. 15 nov. 2011, pourvoi n° 10-25.473, *Sté Marc Jacobs International, Prop. industr.* 2012 comm. 19, obs. J. Larrieu : « en se déterminant ainsi, sans rechercher, comme elle y était invitée, si, indépendamment d'un risque de confusion auprès de la clientèle, le sac incriminé n'était pas de nature à évoquer, dans l'esprit du public concerné, le sac Venetia de la société Marc Jacobs international, et, eu égard à sa piètre qualité, à porter atteinte à son image de marque et à sa notoriété, la cour d'appel a privé sa décision de base légale ».

6. CJCE 27 nov. 2008, aff. C-252/07, *Intel*, CJCE 23 oct. 2003, aff. C-408/01, *Adidas-Salomon*, pts 27 et 31.

7. Com. 19 janv. 2010, *SA Infinitif c/ Sté Céline*, CCE 2010, comm. 32, obs. C. Caron ; CCC 2010, comm. 101 et nos obs. : le fait de se placer dans le sillage de la sté Céline, sans avoir investi dans la création de modèles... ne constitue pas des faits distincts de ceux caractérisant la contrefaçon.

8. Com. 23 mars 2010, *Chanel*, quatre arrêts, *Prop. industr.* 2010, comm. 53, obs. J. Larrieu.

9. Paris, 22 févr. 1995, *D.* 1996. Somm. 250, note M.-L. Izorche, et Versailles, 4 mai 1995, *D.* 1996. Somm. 248, note Y. Serra : il y avait à la fois reproduction servile du décor d'un modèle et vente des produits contrefaits à des prix inférieurs à ceux proposés par le titulaire de l'exclusivité de ce modèle.

revanche, un comportement parasitaire est un fait distinct de la contrefaçon¹. Toute la difficulté est de caractériser le parasitisme (v. ss 347).

333. Compétence juridictionnelle. Le contentieux de la contrefaçon est confié à des juridictions spécialisées (certains TGI choisis par décret). Lorsque l'action en concurrence déloyale est indissociable de l'action en contrefaçon, la juridiction spécialisée peut connaître du contentieux de concurrence déloyale². Si l'action est uniquement une action en concurrence déloyale, le tribunal de commerce retrouve sa compétence.

B. Conditions de l'action en concurrence déloyale fondée sur un grief d'imitation

Liberté du commerce et de l'industrie. La liberté du commerce et de l'industrie implique la liberté de copier – dès lors que le bien n'est pas protégé par un droit de propriété intellectuelle (en présence d'un droit de propriété intellectuelle) (v. ss 331). En conséquence, la simple copie, même assortie d'une vente à bas prix, n'est pas fautive. Pour agir sur le terrain de la concurrence déloyale, la victime doit faire état d'une imitation (1°), qui suscite un risque de confusion (2°).

1° Imitation

334. Notion. L'imitation peut se faire à l'identique, ou de manière quasi servile ; il peut ne s'agir que d'une forte ressemblance. Comme dans l'action en contrefaçon, on peut considérer qu'il y a imitation s'il existe des ressemblances entre les deux produits. Peu importe qu'il y ait des différences, sauf si ces dernières sont dominantes au point de supprimer l'effet produit par les similitudes. La ressemblance résulte d'un examen d'ensemble³.

L'imitation peut porter sur de multiples aspects. Quelques exemples seront donnés.

335. Imitation du produit. La simple imitation d'un produit, sans reproduction d'un signe distinctif, est déloyale si elle est source de confusion⁴.

336. Imitation des signes distinctifs. Cette identification peut résulter d'une imitation des signes distinctifs d'un concurrent, telle la marque protégée par le droit de la propriété intellectuelle et/ou l'action en concurrence déloyale.

L'imitation peut aussi porter sur l'enseigne, le nom commercial, la dénomination sociale ou encore la raison sociale, signes d'identification pour la clientèle non protégés par la propriété intellectuelle mais par l'action en concurrence déloyale.

1. Par ex. : Com. 20 mars 2007, CCC 2007, comm. 150, et nos obs : cassation d'un arrêt qui, après avoir rejeté l'action en contrefaçon pour défaut de droits privés, n'a pas recherché si « la réalisation et l'exploitation » d'un produit similaire au modèle d'un concurrent, après rupture des relations contractuelles « ne caractérisait pas un comportement déloyal ou parasitaire visant à tirer profit des efforts et investissements déployés... » ; Civ. 1^{re}, 19 oct. 2004, pourvoi n° 02-16.057 : le fait pour le contrefacteur de bénéficier d'économies en matière de conception et de réalisation publicitaire permet de retenir le parasitisme.

2. Com. 20 nov. 2012, pourvoi n° 11-23216 : lorsque la mesure d'investigation sollicitée en matière de concurrence déloyale est liée de façon indissociable à des actes de contrefaçon de marque, la seule juridiction compétente pour connaître de l'affaire au fond est le TGI.

3. Com. 11 oct. 1988, *Whisky*, JCP 1989. II. 21297.

4. Par ex. : Com. 9 juill. 2013, *Sté Ch. Liagre*, pourvoi n° 12-22.166, CCC oct. 2013 et nos obs.

Ces signes, pour être protégés par l'action en concurrence déloyale, doivent être distinctifs¹, car faute de distinctivité, leur imitation ne serait pas source de confusion.

337. Imitation de l'organisation, des installations ou du mode d'agencement d'un concurrent. Ainsi, le fait d'imiter la *décoration de l'établissement* d'un concurrent peut être constitutif d'un acte de concurrence déloyale². Cependant, la décoration ne doit pas être banale, car autrement, l'action sera vouée à l'échec. Cette solution a été rappelée dans une affaire mettant en cause l'ordre des pharmaciens et les sociétés exploitant des espaces de vente dédiés à des produits parapharmaceutiques, dans des galeries marchandes³.

338. Utilisation de documents publicitaires semblables. L'utilisation de documents publicitaires semblables, reprenant par exemple les numéros de téléphone du concurrent, peut constituer un acte de concurrence déloyale par imitation dès lors que le risque de confusion avec le concurrent est caractérisé⁴. La similitude des objets sociaux des deux sociétés, de leurs catalogues publicitaires dans leur forme et dans la gamme des produits offerts, des formules et facturations, des étiquettes reproduisant des sigles identiques sont des agissements constitutifs de concurrence déloyale⁵.

Faits justificatifs. L'imitateur peut invoquer trois faits justificatifs, l'un tiré de la nature du produit imité (a), de sa banalité (b) et enfin de nécessités techniques ou d'une compatibilité entre les produits (c). En revanche, la bonne foi n'est pas un fait justificatif (d).

a) La nature du produit

339. Lorsque l'imitation résulte de la nature du produit, elle n'est pas condamnable.

Il a par exemple été décidé que la copie servile d'une publication de programme de télévision n'était pas condamnable car des similitudes se retrouvent par nature entre toutes les publications de programme⁶; l'imitation d'un cahier de vacances n'est pas répréhensible, car « l'âge du public auquel s'adressent tous ces manuels commande l'usage de procédés identiques »⁷.

1. Un signe non distinctif peut être choisi, mais il ne serait pas protégé par l'action en concurrence déloyale : J. Passa, *Droit de la propriété industrielle*, t. 1, LGDJ., n° 470 s.

2. La cour d'appel de Paris a ainsi jugé que le fait pour une société d'adopter, sans nécessité fonctionnelle et sans qu'il existe de réglementation sur ce point, la même combinaison de couleurs pour la décoration de son magasin, ainsi que pour le décor de sa devanture, des poteaux de soutien identiques à l'intérieur du magasin, la même caisse centrale comportant deux arcs de cercle, et des gondoles de présentation aux extrémités arrondies, de disposer ses produits aux mêmes emplacements que dans les magasins d'une société concurrente, révèle qu'elle a manifestement cherché à s'inscrire dans le sillage de cette dernière en adoptant pour ses magasins un agencement et une décoration faisant naître la même ambiance (Paris, 4^e ch. A, 25 juin 1997).

3. Com. 16 janv. 2001, *Bull. civ.* n° 13 : « le mode d'agencement et les couleurs choisies par l'espace de vente critiqué n'étaient pas réservés exclusivement aux pharmaciens et... les aménagements spécifiques des officines ont évolué vers une présentation de types « grandes-surfaces » dans lesquelles la couleur verte n'est pas prédominante... En outre, l'environnement dépourvu d'originalité, est improprie par sa banalité à caractériser le cadre-type d'une officine. »

4. Com. 18 févr. 1997, pourvoi n° 95-10864.

5. Com. 26 févr. 1985, pourvoi n° 83-12466.

6. T. com. Paris, 1^{er} mars 1988, *LPA* 25 mai 1988, p. 28.

7. Paris, 9 nov. 1988, *D.* 1988. IR 294.

b) Un produit banal

340. *Si le produit est banal, il peut être imité*¹. Peu importe alors la confusion. Le produit ou service, pour être protégé, doit présenter une certaine spécificité, qui ne va pas jusqu'à l'originalité du droit d'auteur ou la nouveauté du droit des dessins et modèles ou des brevets). C'est pourquoi, une action en concurrence déloyale peut être intentée là où l'action en contrefaçon échoue, faute d'originalité. L'originalité n'est pas une condition de l'action en concurrence déloyale. En revanche, un produit ne mérite pas la protection s'il est banal. De même, seul un signe distinctif peut être protégé par l'action en concurrence déloyale (v. ss 334).

c) L'imitation imposée par des exigences techniques

341. L'imitation imposée par des *exigences techniques ou nécessités fonctionnelles*, telles celles résultant de la normalisation des produits² n'est pas répréhensible. Il est par exemple possible de copier des parties fonctionnelles d'un appareil car l'identité des modèles est imposée par des normes standard³. De même, la recherche d'une *compatibilité entre les produits* de deux sociétés ne constitue pas un acte de concurrence déloyale⁴.

En l'absence de preuve d'une appropriation déloyale du travail d'autrui, la fabrication de pièces de rechange identiques à celles fabriquées par son concurrent et adaptables n'est ni déloyale ni parasitaire⁵. Il faut que la compatibilité soit réciproque, pour qu'elle ne profite pas à un seul produit au détriment du concurrent⁶. Le public peut être informé de cette équivalence, sans qu'il y ait parasitisme – à la condition que l'information soit communiquée loyalement⁷.

342. En matière de publicité comparative, la jurisprudence européenne est également favorable à ce type de comparaison. La mention d'une compatibilité de pièces de rechange avec différents appareils de marque est une publicité comparative licite dès lors qu'elle est faite dans l'intérêt du consommateur et qu'elle n'entraîne aucune confusion entre les produits ou les fabricants⁸.

d) L'indifférence de la bonne foi

343. Le copiage est défini comme « l'action de copier frauduleusement, d'imiter servilement »⁹. À première vue, la copie suppose sinon la fraude, au moins l'intention de

1. Par ex. : Com. 8 avr. 2008, pourvoi n° 07-11385 (copie du terme « gay » dans un nom de domaine – jugé banal et donc non condamnée) ; Com. 15 janv. 2002, pourvoi n° 99-21.547, *Sté Marion*, *PIBD* 2002. III. 311.

2. Com. 20 févr. 2007, *Propr. industr.* 2007, comm. 74, obs. J. Schmidt-Szalewski : ne constitue pas un acte de concurrence déloyale la reproduction d'éléments nécessaires à l'interchangeabilité des produits imposés par une norme technique ; 7 mars 1989, *Bull. civ.* IV, n° 77 ; argument invoqué : Com. 21 févr. 2012, pourvoi n° 10-27966 : « si le recours à un emballage thermoformé s'explique par des contraintes techniques liées à la nature des produits, il n'en est pas de même pour la forme des emballages » ; Com. 16 mai 2000, *D.* 2001. Somm. 1309, obs. Y. Auguet, *CCC* 2000. comm. 160, et nos obs. ; 6 avr. 1999, n° 97-12.776, *PIBD* 1999. 678. III. 251

3. Paris, 13 févr. 1984, *RTD com.* 1985. 757.

4. Com. 29 mars 1994, *Sté Lego c/ Sté Tomy France*, *Bull. civ.* IV, n° 125 ; Com. 7 mars 1989, *Bull. civ.* IV, n° 77.

5. Com. 16 mai 2000, *Bull. civ.* IV, n° 103, *CCC* 2000, n° 160, et nos obs. ; 26 févr. 2002, *Sté Légo*, *RJDA* 7/02, n° 833.

6. Paris, 17 sept. 1999, *CCC* 1999, n° 176, et nos obs.

7. Paris, 17 sept. 1999, préc.

8. CJCE 25 oct. 2001, *Toshiba Europe c/ Katun Germany*, aff. C-112/99, *Rec.* 7945.

9. Définition du *Petit Larousse*.

créer la confusion. Le copieur n'est jamais animé d'une bonne intention. Certains arrêts relèvent une telle intention. Par exemple, dans l'affaire *Rothschild*, la cour d'appel a souligné que l'homonyme avait eu l'intention d'utiliser son nom pour créer la confusion avec la famille illustre¹.

Cet élément n'est pour autant pas indispensable pour engager la responsabilité. Certains arrêts affirment que « la concurrence déloyale, qui ne comporte pas d'élément intentionnel, n'est pas subordonnée au désir de son auteur de créer la confusion »². Comme dans tous les autres cas de concurrence déloyale, la bonne foi consistant en l'ignorance de l'existence du produit ou en l'absence d'une intention de créer la confusion n'est pas un fait justificatif³. L'élément intentionnel n'est pas requis⁴. La jurisprudence sanctionne la simple imprudence ou négligence. L'exploitant d'un produit doit prendre les précautions pour éviter qu'une confusion ne s'établisse avec d'autres produits⁵.

2° Confusion dans l'esprit du public

344. La preuve d'une confusion doit être rapportée. Pour apprécier le risque de confusion, les juges se réfèrent au client d'attention moyenne, rejoignant les exigences de l'article L. 120-1 du Code de la consommation⁶.

345. La simple copie sans confusion. À défaut de confusion, la déloyauté n'est pas caractérisée. Ainsi, a-t-il été jugé que la simple copie d'une marque n'est pas en elle-même déloyale⁷. De même, n'est pas fautif le seul fait de commercialiser des produits identiques à ceux distribués par un concurrent, faute d'une confusion⁸.

Le demandeur à l'action en concurrence déloyale doit prouver son antériorité sur le marché, pour qu'il puisse se plaindre d'un risque de concurrence déloyale⁹.

346. Évolution de la jurisprudence quant à la condition de clientèle commune. Le risque de confusion dépend de plusieurs critères, l'activité exercée, le rayonnement géographique et la notoriété du signe imité. Il n'y a de confusion que si les deux entreprises sont à proximité l'une de l'autre¹⁰.

Et à défaut de clientèle commune, il n'y a pas de risque de confusion : une agence immobilière peut adopter l'enseigne « Au Moulin vert »¹¹. Un confiseur peut s'appeler « La Tour d'Argent »...¹².

1. Par ex. : Paris, 10 juill. 1986, *Rothschild*, *JCP* 1986. II. 20712, note E. Agostini.

2. Com. 12 nov. 1986, *D.* 1988. Somm. 213.

3. Com. 29 mai 1967, *Bull. civ.* III, n° 209.

4. Par ex. : Com. 12 nov. 1986, *D.* 1988. Somm. 213.

5. Paris, 22 oct. 1987, *D.* 1987. IR 230 : « tout commerçant honnête doit faire en sorte d'individualiser son produit ».

6. L. Vogel, *Droit de la concurrence*, T.1, Lawlex, 2012, n° 473.

7. Com. 11 févr. 2003, *PIBD* n° 762, 2003. III, 213, *Prop. intell.* oct. 2003, p. 445, obs. J. Passa : doit être cassé l'arrêt d'appel « qui n'a pas caractérisé des faits distincts de la contrefaçon de la marque destinés à définir cette origine ».

8. Com. 9 juill. 2002, *CCC* 2003, comm. 7, et nos obs.

9. Com. 21 mars 2000, *CCC* 2000, n° 127, et nos obs. : « peu important que le bénéficiaire des actes fautifs n'ait pas été leur auteur ».

10. Par ex. : Com. 22 mars 1988, *Bull. civ.* IV, n° 122.

11. T. civ. Seine, 29 juin 1954, *D.* 1954. 599.

12. Paris, 11 juill. 1973, *RTD com.* 1974. 84.

Ces deux critères sont infléchis par la notoriété de l'entreprise. Plus le signe est notoire, plus la protection est élargie en terme de rayonnement géographique et de produits.

En outre, la condition tenant en une clientèle commune est aujourd'hui abandonnée. La Cour de cassation affirme nettement que les juges du fond n'ont pas à caractériser une situation de concurrence directe ou effective entre les parties ¹.

En effet, la confusion ne porte plus seulement sur un produit. Elle porte sur sa provenance. Le public ne sait plus à quelle entreprise rattacher le produit imité. L'effet recherché est celui d'une identification avec une entreprise concurrente, surtout lorsque celle-ci est notoire.

§ 2. IDENTIFICATION À UNE ENTREPRISE : LE PARASITISME ÉCONOMIQUE

347. *La théorie du parasitisme vise à moraliser le marché.* Sa prohibition se rattache à la lutte contre des comportements délictueux du marché ². Cette théorie est une construction doctrinale, exposée pour la première fois par Y. Saint-Gal ³ et consacrée par la jurisprudence. Comme l'a défini la Cour de cassation, le parasitisme vise « l'ensemble des comportements par lequel un agent économique s'immisce dans le sillage d'un autre afin d'en tirer profit, sans rien dépenser de ses efforts et de son savoir-faire » ⁴. Elle vise à protéger une entreprise contre les comportements déloyaux d'entreprises qui se placent dans son sillage. Le parasitisme peut être le fait d'entreprises concurrentes ou non concurrentes. Selon une terminologie empruntée à Y. Saint-Gal, on distingue la *concurrence parasitaire* (parties à l'action en situation de concurrence ⁵) (B) des *agissements parasitaires* (parties à l'action qui ne sont pas en concurrence) (C). Cette théorie a suscité une vive controverse, car elle met en cause deux principes contradictoires, la liberté du commerce et de l'industrie et la moralisation du commerce (A).

A. Liberté ou protection ?

348. La controverse est vive : les défenseurs de la théorie du parasitisme sont ardents ⁶ et la critique forte ⁷, car le risque est de voir (re)constituer des droits de propriété intellectuelle affranchis des conditions légales.

1. Com. 12 févr. 2008, *Sté La fermière*, CCC 2008, comm. 103 et nos obs.

2. Y. Auguet, *Concurrence et clientèle. Contribution à l'étude critique du rôle des limitations de concurrence pour la protection de la clientèle*, LGDJ, 2000.

3. Y. Saint-Gal, « Concurrence déloyale et concurrence parasitaire, ou agissements parasitaires », *RIPIA* 1956, n° 25/26, p. 19 s., *Protection et défense des marques de fabrique et concurrence déloyale*, 5^e éd., Delmas, 1982.

4. Com. 26 janv. 1999, *D.* 2000. 87, note Y. Serra.

5. Non sans paradoxe, la théorie de la concurrence parasitaire vise des parties en situation de concurrence, alors que l'action en concurrence déloyale ne suppose pas une situation de concurrence (v. ss 346). Mais cette distinction entre concurrence (v. ss 346). Mais cette distinction entre concurrence et agissements parasitaires est académique.

6. Parmi une bibliographie abondante sur ce sujet par cet auteur, on citera : Ph. le Tourneau, *Le parasitisme*, Litec, 1998, n° 29 ; *Le parasitisme dans tous ses états*, *D.* 1993. Chron. 310 s., *Retour sur le parasitisme*, *D.* 2000. Chron. 403 s.

7. J. Passa, « Propos dissidents sur la sanction du parasitisme économiques », *D.* 2000. Chron. 297 ; I. et G. et Parléani, « La tentation du Moyen Âge. L'exemple du parasitisme », in *Mélanges C. Gavalda*, 2001, Dalloz, p. 243 s. ; C. Le Stanc, « Pour en finir avec le parasitisme... Mais y parviendra-t-on ? », *Propri. industr.* juin 2010, n° 6.

349. La jurisprudence sur le parasitisme est à la recherche d'un équilibre entre liberté et protection. Pour autant, la matière n'est pas sans hésitation jurisprudentielle. Selon des arrêts, « le simple fait de copier une prestation qui ne fait pas l'objet d'un droit de propriété intellectuelle ne constitue pas comme tel un acte de concurrence fautif », et, en conséquence, une telle reprise, qui procure nécessairement des économies à celui qui la pratique, ne saurait à elle seule être tenue pour fautive en raison du principe de la liberté de la concurrence¹. Une telle copie n'est ni constitutive de concurrence déloyale ni constitutive de concurrence parasitaire, car la copie, à l'évidence, procure à son bénéficiaire une économie de temps et d'argent. Il a ainsi été affirmé qu'« une telle reprise (copie) est susceptible de procurer à celui qui la pratique des économies, elle ne saurait, à elle seule, être tenue pour fautive »².

Si le bien ou service copié est protégé par un droit de propriété intellectuelle, la preuve d'une faute distincte de la contrefaçon doit être rapportée. Il a notamment été affirmé que la simple vente d'un produit contrefaisant à un prix inférieur à celui couvert par un droit privatif n'est pas en elle-même déloyale³.

350. Mais il est des arrêts en sens contraire. Le simple fait de copier peut être constitutif d'un acte parasitaire s'il est prouvé que l'entreprise a cherché à se placer dans le sillage d'une entreprise notoire⁴. Ou encore, la copie et la commercialisation d'un produit à un prix nettement inférieur est constitutif de parasitisme, car le copieur profite des investissements d'autrui⁵ et l'économie qui résulte de la simple copie est constitutif de parasitisme⁶. On verra que l'action en parasitisme n'est pas fondée sur la simple copie (v. ss 353 s.)

351. *Fondements*. La doctrine s'interroge sur le fondement de la théorie des agissements parasitaires. Certains auteurs souhaitent rattacher la théorie du parasitisme à l'action *de in rem verso* – ce qui conduirait à reconnaître à l'action un caractère subsidiaire et à autoriser la victime à réclamer les gains indûment perçus par le « pirate »⁷. Sans bourse

1. Par ex. : Com. 3 juin 2008, n° 07-15-050, *Prop. industr.* 2008, comm. 83, note Larrieu ; Paris, 18 oct. 2000, *Lego, D.* 2001, 850, note J. Passa.

2. Com. 8 avr. 2008, *Prop. intellect.* 2008, 329, note J. Passa ; Paris, 18 oct. 2000, *Lego, D.* 2001, 850, note J. Passa.

3. Com. 17 juin 2003, pourvoi n° 01-17242, *Prop. intell.* oct. 2003, p. 447, obs. J. Passa : cassation de l'arrêt qui avait considéré qu'en vendant des produits contrefaits à un prix très inférieur, cela avait contribué à la dévalorisation du modèle. Pour la Cour de cassation, « en se déterminant par un tel motif, insuffisant à caractériser une faute, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ».

4. Par ex. : Com. 15 déc. 2009, pourvoi n° 08-21362 : cassation d'un arrêt qui n'a pas recherché si, en copiant même des produits banals, le défendeur ne s'était pas placé dans le sillage des demandeurs en tirant profit de la notoriété des entreprises ; Com. 15 mai 1990, *PIBD* n° 489, III, 679 ; Paris, 13 déc. 2002, *PIBD* III, 2003, n° 768, III, 370.

5. Com. 8 juill. 2003, pourvoi n° 01-13293, *Prop. intell.* oct. 2003, p. 448, obs. J. Passa : cassation d'un arrêt qui avait considéré que « le simple fait de copier la prestation d'autrui ne constitue pas en tant que tel un acte de concurrence déloyale fautif » ; « en statuant ainsi, alors qu'elle constatait que les sociétés Impag avait copié la prestation d'autrui, fabriqué des produits "imitants", et les avaient commercialisés à un prix nettement inférieur, ce dont il résultait qu'elles s'étaient placées dans le sillage des sociétés Hasbro et avaient profité de leurs investissements..., la cour d'appel a violé (l'art. 1382) ».

6. Com. 25 oct. 1977, *Bull. civ.* IV, n° 245, *D.* 1978, 164 : « la cour d'appel ayant retenu que le surmoulage avait permis à la sté... d'économiser les recherches ainsi que les mises au point nécessaires et de réduire son prix de revient à un prix inférieur à celui de ses concurrents a pu en déduire que par ce fait distinct de la contrefaçon... ».

7. J. Dupichot, « Pour une réflexion doctrinale sur la sanction du parasitisme économique... ? », *Gaz. Pal.* 1987, 1, doct. 348.

déliier, le pirate s'est enrichi. Par ailleurs, par un parallèle avec la théorie des troubles de voisinage, fondée sur les troubles normaux, on a pu évoquer une théorie des troubles anormaux de concurrence¹.

Même si formellement, de rares arrêts évoquent l'enrichissement de l'entreprise pirate², la sanction consiste toujours en des dommages-intérêts réparant les pertes subies et le gain manqué.

352. Rattachement artificiel à une entreprise ou détournement fautif de ses investissements. À notre sens, la liberté du commerce et de l'industrie doit prévaloir. Cependant, ceci ne signifie pas que tous les comportements sont permis. Seul est fautif le rattachement artificiel notoire ou le détournement fautif d'investissements. Ce rattachement peut être source de confusion, mais pas nécessairement. Ce critère permet de distinguer la concurrence parasitaire des agissements parasitaires.

B. Concurrence parasitaire

La concurrence parasitaire peut prendre la forme d'un détournement de notoriété (1°) ou des investissements et efforts intellectuels d'une entreprise (2°). La jurisprudence confond souvent concurrence déloyale et concurrence parasitaire.

1° Détournement de notoriété³

353. Le parasite cherche à profiter de la renommée d'autrui, en se plaçant volontairement dans le sillage d'une autre entreprise pour exploiter le même type de clientèle et créer ainsi une confusion qui lui permettra de détourner la clientèle à son profit. Dès lors que les deux entreprises sont concurrentes, il s'agit, en réalité, de concurrence déloyale. Les tribunaux qualifient parfois, à juste titre, ces comportements de concurrence déloyale et parasitaire⁴.

Les exemples abondent. Par exemple, le fait pour un ancien gérant de créer une entreprise concurrente d'optique et de s'installer dans un autre local, toujours dans la même rue, en cherchant délibérément à créer une confusion dans l'esprit de la clientèle attachée au fonds de commerce dans lequel il était anciennement gérant constitue un acte de concurrence déloyale⁵. De même, il a été jugé qu'est déloyal le fait pour un concurrent de fixer son siège social à la même adresse que celle adoptée par un concurrent notoire⁶ ; est déloyal de fait d'adopter le même graphisme et couleurs que ceux adoptés par une marque concurrente⁷ ; ou est déloyale la copie d'un produit notoire, alors même que les

1. M.-A. Frison-Roche, « Les principes originels du droit de la concurrence déloyale et du parasitisme », *RJDA* 1994/6, p. 483 s.

2. Paris, 10 juill. 1986, *Rothschild*, *JCP* 1986. II. 20712, note Agostini.

3. C. A. Maetz, *La notoriété. Essai sur l'appropriation d'une valeur économique*, PUAM, 2010.

4. Par ex. Paris, 15 oct. 1999, *PIBD* 2000. 689. III. 15.

5. Com. 25 avr. 1989, pourvoi n° 87-13495.

6. Com. 20 mai 1974, pourvoi n° 73-11464 : la société avait fixé son siège social à la même adresse et utilisé par ailleurs une enseigne et un papier commercial qui ne se distinguaient pas de ceux de son concurrent

7. Com. 27 mars 2001, *CCC* 2001, comm. 123, et nos obs. : imitation du graphisme et de la couleur d'une marque : « en déclinant son graphisme pour chacun des modèles concernés dans des coloris multiples et identiques à ceux utilisés par la société Polyne, et en procédant de même manière pour la dénomination Paris et/ ou tour Eiffel qui l'accompagne, la société Robbler avait cherché à se placer dans le sillage de la société concurrente et à tirer profit, de façon déloyale, des efforts développés par

droits de propriété intellectuelle sont tombés dans le domaine public – solution affirmée dans le célèbre arrêt *Cartier*¹ ; on peut citer également le cas de l'ancien concessionnaire qui continue à se prévaloir de cette qualité en utilisant l'enseigne ou les documents ou papiers commerciaux pour attirer la clientèle attachée à la marque représentée par la concession. Ce comportement est déloyal², etc.

Le parasitisme peut relever de dispositions pénales. La jurisprudence en matière de tableaux de concordance est une illustration de la diversité des techniques permettant de sanctionner le parasitisme (a). Mais l'action est principalement fondée sur l'action en responsabilité (b).

a) Exemple des tableaux de concordance

354. Tableaux de concordance. La pratique des tableaux de concordance consiste à mettre en parallèle, sur une notice distribuée à la clientèle, des produits de qualité médiocre avec des produits de luxe. Cette pratique a été en un temps assez répandue dans le domaine des parfums avant d'être condamnée par la Cour de cassation³. Le comportement parasitaire, qui consiste à profiter de la notoriété d'une entreprise, relève de la théorie de la concurrence déloyale. Mais le titulaire de la marque notoire est également protégé par le droit des marques en invoquant l'usage illicite de la marque d'autrui (CPI, art. 716-9, reprenant l'anc. C. pén., art. 422-2).

Il est d'autres dispositions pénales, comme la publicité commerciale trompeuse, relevant notamment du Code de la consommation (v. ss 392).

b) Responsabilité délictuelle

355. La théorie de la concurrence parasitaire, un rameau détaché de la théorie de la concurrence déloyale. Dans l'action en concurrence parasitaire, les conditions de l'action sont infléchies par rapport à celles exigées en concurrence déloyale. Le risque de confusion est plus facilement admis. Le rayonnement géographique du nom commercial ou de l'enseigne permet d'assurer une protection étendue de l'entreprise notoire. Par exemple, un brasseur parisien ne peut reproduire l'enseigne et les stores de la brasserie Lipp, même si les deux établissements sont situés dans deux arrondissements différents⁴ ; un restaurant situé à Marseille ne peut s'appeler Maxim's. Plus l'entreprise est notoire, plus son champ de protection s'étend. La protection ne s'étend pas seulement géographiquement. Elle s'étend à toute activité qui risquerait de lui être rattachée, sans qu'il s'agisse nécessairement d'une activité concurrentielle.

Le préjudice ne consiste pas seulement en un manque à gagner lié à une perte de clientèle. Il peut également consister en une atteinte à la notoriété, résultant en une dilution du signe distinctif si celui-ci a été imité.

celle-ci, proposant ainsi, à moindre frais, à une clientèle identique un produit de substitution, la cour d'appel a pu déduire de ces constatations que la société Robbler avait commis des actes de concurrence déloyale à l'origine du préjudice subi par la société Polyne ».

1. Com. 22 oct. 2002, *Cartier c/ Métro*, CCC 2003, n° 8, et nos obs. : « en offrant la copie d'une montre de haute renommée, la société Métro a nécessairement recherché à s'approprier la notoriété qui s'y attache... un tel usage, en ce qu'il affectait l'image... d'un produit notoire et de marque, ne fût-il plus couvert par un droit privatif, était fautif ».

2. Par ex. : Com. 16 nov. 1981, *JCP* 1982. IV. 49 ; mais n'est pas déloyal le fait de se présenter comme un « spécialiste de la marque » (Com. 17 déc. 1991, *D.* 1992. Somm. 388, obs. D. Ferrier).

3. Com. 17 déc. 1985, *Bull. civ.* IV, n° 300 ; 2 févr. 1988, *Bull. civ.* IV, p. 42.

4. TGI Paris, 21 oct. 1987, *PIBD* 1988. III. 111.

356. Confusion sur l'origine des produits et principe de spécialité des marques. La notoriété de l'entreprise victime des agissements déloyaux est parfois telle que la confusion peut s'établir en l'absence même de concurrence entre les deux entreprises. Le parasitisme commercial consiste à profiter de la notoriété d'une entreprise pour acquérir une clientèle sans effort particulier, en profitant seulement de la confusion avec l'entreprise notoire. Si le parasitisme est prouvé, l'entreprise notoire peut interdire au tiers d'utiliser ses signes distinctifs (nom, enseigne...), même dans un secteur d'activité étranger à celui pour lequel l'entreprise est connue.

Ainsi, la société Morabito a-t-elle pu faire interdire à M. Pascal Morabito d'utiliser son nom, « même s'il s'agissait de secteurs d'activité que cette société n'exercerait pas effectivement dans ses propres magasins »¹ ; il a été interdit à une entreprise de vendre des réfrigérateurs sous une marque célèbre de voitures².

La confusion ne porte pas sur le produit mais sur son origine. Le public ne sait plus à quelle entreprise rattacher le produit commercialisé. Cette preuve doit être rapportée³, car le simple usage par un tiers d'une marque notoire ne constitue pas à lui seul une faute, en l'absence de toute confusion⁴.

Cette jurisprudence permet d'assouplir sans pour autant abandonner le principe de la spécialité des marques. La jurisprudence rappelle avec fermeté la règle : « en énonçant qu'une marque pouvait en raison de sa seule notoriété bénéficier de la protection légale et en décidant que cette protection était opposable à quiconque dans quelque domaine que ce soit, une cour d'appel a violé le principe de la spécialité des marques »⁵.

357. Évolution. Cependant, la jurisprudence évolue dans un sens favorable à la théorie du parasitisme. L'adoption d'une marque notoire pour un autre secteur est souvent considérée par les tribunaux comme un acte de parasitisme. La confusion dans l'esprit du public n'est pas toujours relevée. Des agissements parasitaires sans recherche de confusion sont sanctionnés.

2° Détournement des efforts intellectuels et investissements d'une entreprise

358. La protection légale. On peut hésiter à protéger un simple travail ou une idée. Le principe est que de simples informations ou un travail, qui ne présentent pas d'originalité et n'ont pas une expression matérielle, ne sont pas des œuvres de l'esprit, et ne sont donc pas protégés par la loi de 1957. La création qui ne répond pas aux exigences légales appartient au domaine public.

359. La protection assurée par le droit de la responsabilité. Ce qui ne peut être protégé sur le terrain de la loi de 1957 peut l'être sur le fondement de la responsabilité en cas de déloyauté. L'action en responsabilité est alors ouverte dans deux séries d'hypothèses, lorsque les conditions d'obtention de l'information sont anormales (a) ou en cas de parasitisme économique (b).

1. Com. 5 nov. 1985, *D.* 1987. 22, note Burst ; Paris, 10 juill. 1986, *Rothschild*, *JCP* 1986. II. 20712, note Agostini.

2. Paris, 8 déc. 1962, *Pontiac*, *D.* 1962. 406.

3. Paris, 8 déc. 1962, *Pontiac*, préc. ; v. égal. Paris, 19 oct. 1970, *RIPLA* 1971. 188, note Dussolier.

4. Com. 18 janv. 1994, *Établissement VJV c/ Sté Puratos*, *BRDA* 1994/4, p. 12.

5. Com. 4 juin 1991, *Coca-Cola*, *Bull. civ.* IV, n° 210, *Cah. dr. entr.* 1991. Pan. 317 ; v. égal. Com. 18 janv. 1994, *Établissement VJV c/ Sté Puratos*, *BRDA* 1994/4, préc.

a) Une utilisation des informations dans des conditions anormales

360. Quand l'utilisation du travail d'autrui ou de l'information se fait dans des conditions anormales (après la rupture de pourparlers¹ ou une rupture de contrat²...), la responsabilité de son auteur est engagée.

Un développement particulier sera consacré au détournement d'informations privilégiées et de savoir-faire par débauchage (v. ss 380 s.).

b) Parasitisme économique

361. *Une économie injustifiée.* La jurisprudence, approuvée par une doctrine abondante, sanctionne l'usurpation des investissements et des efforts intellectuels d'autrui quand celle-ci a permis une économie injustifiée.

362. *Protection des idées ou des investissements intellectuels ou financiers.* L'action, fondée sur le parasitisme, est facilement engagée³. Il importe peu que le bien imité soit entré dans le domaine public : a été sanctionnée l'imitation d'un dictionnaire franco-provençal⁴, le plagiat d'un plan de ville⁵, d'un planisphère⁶, l'utilisation d'un code d'accès télématique⁷, l'imitation d'une formule publicitaire⁸. L'imitation peut porter sur tout produit ou service, par exemple sur des catalogues publicitaires, des tarifs et produits⁹.

Il importe peu que le produit soit facilement copiable, tel un plan de ville¹⁰.

1. Com. 20 mars 2007, CCC 2007, comm. 150, et nos obs. ; 5 juill. 2006, CCC 2006, comm. 233, et nos obs. ; 30 oct. 1978, *Chantiers modernes*, D. 1980. 55 ; Rouen, 13 janv. 1981, *Jacottet*, D. 1983. 53, note Lucas : « en s'appropriant le fruit des dites recherches, qui avaient nécessité la mise œuvre de certaines techniques, même si les éléments combinés n'étaient ni nouveaux ni originaux... » ; Com. 12 févr. 2013, 12-11860 : la société Visuol technologies a réalisé deux prototypes (investissement important...) de sorte que son travail ne peut être assimilé à la simple mise en œuvre d'un principe technique public ; ... que le GIE (concurrent)... n'était pas en droit, à ce stade des rapports contractuels, de revendiquer la propriété du savoir-faire développé par la société Visuol technologies, dont la réalité n'est pas contestable ; qu'il en déduit qu'en utilisant les plans ou le projet que cette dernière avait établis à l'occasion de leurs relations contractuelles ou précontractuelles, le GIE a commis des actes de parasitisme ».

2. Civ. 1^{re}, 13 déc. 2005, *Propriété intell.* avr. 2006, p. 226, obs. J. Passa.

3. Pour d'autres exemples, v. Ph. le Tourneau, in *J.-Cl. Conc. consom.*, fasc. 227, 2013.

4. Com. 18 janv. 1982, *Bull. civ. IV*, n° 19.

5. Lyon, 17 mars 1955, *Ann. propr. ind.* 1955. 257, note Mathély, et sur pourvoi, Civ. 26 nov. 1957, D. 1958. Somm. 202 ; par ex. : imitation d'une méthode de solfège.

6. Paris, 26 oct. 1987, D. 1987. IR 229.

7. L'usurpation d'un code d'accès à un kiosque télématique (par ex. : code 36-15...) et d'en profiter aux dépens de celui qui l'a adopté est constitutif de concurrence déloyale (Paris, 20 sept. 1991, *JCP E* 1991. Pan.).

8. Com. 30 janv. 1996, *Bull. civ. IV*, n° 32 ; Paris, 30 avr. 1963, *JCP* 1963. II. 13243 ; Com. 15 juin 1983, *Gaz. Pal.* 1984. I. Pan. 28 (reproduction d'un catalogue publicitaire) ; Paris, 1^{er} avr. 1987, *Ann. propr. ind.* 1986. 30 ; T. com. Paris, 10 juill. 1978, *RIPIA* 1979. 248, note Saint-Gal ; Paris, 4 avr. 1991, *PIBD* 1991. 504.

9. Com. 15 déc. 2009, *Sté Tentation*, CCC 2010, comm. 76, et nos obs. : cassation de l'arrêt qui considérait que le demandeur ne justifiait pas avoir développé un concept original et ne démontrait pas que les défendeurs avaient procédé à une copie servile de son catalogue et de son concept ; cassation car fondé « sur un motif impropre à justifier l'existence d'actes de concurrence déloyale » ; v. cependant Com. 9 mars 2010, *TB Art International*, C. Le Stanc, « Pour en finir avec le parasitisme, mais y parviendra-t-on ? » *Propriété industr.* 2010, repère 6.

10. A. Lucas, *La protection des créations industrielles abstraites*, « coll. CEIPI », Litec, 1975, n°s 385 s. ; Desjeux, « Le droit de la responsabilité comme limite au principe de la liberté du commerce

Même si le bien copié est protégé par un droit de propriété intellectuelle, l'action en concurrence déloyale est ouverte si, aux faits de contrefaçon, s'ajoutent des faits distincts. Il est controversé de savoir si l'économie de temps et d'argent résultant d'une copie servile d'un produit, fut-il breveté, est un fait distinct de la contrefaçon.

363. Preuve d'un réel investissement intellectuel ou financier. La protection du travail ou des idées d'autrui est subordonnée à la preuve d'un investissement intellectuel et/ou financier. Certains arrêts jettent le trouble en affirmant que l'action en parasitisme est subordonnée à la preuve d'une originalité. Par exemple, il est affirmé qu'une simple idée publicitaire n'est pas protégée par l'action en concurrence déloyale¹ ; elle doit être originale². D'autres décisions semblent en faire abstraction et ne s'attacher qu'à l'usurpation du travail d'autrui : « Il y a faute (...) à s'appuyer sur les initiatives et efforts d'un concurrent »³.

Tout est une question de mesure : l'imitation d'un produit quelconque ne mérite pas une protection – sous peine de patrimonialiser toute initiative et de freiner l'innovation, qui procède à l'origine d'une imitation. En revanche, dès lors que le bien a nécessité un travail de conception, alors même que le travail repose sur des données techniques, cet investissement lié à la conception ne peut être détourné ; s'il l'était, un tel détournement serait sanctionné par l'action en parasitisme. Si ces techniques sont connues du public, on peut hésiter à les protéger car une telle solution pouvant donner lieu à critiques comme entravant de façon excessive la liberté d'entreprise. Lorsqu'est en cause un détournement de savoir-faire, la jurisprudence exige une certaine confidentialité de ce dernier pour être protégé.

364. Exemple des slogans publicitaires. Un concept et un slogan publicitaire peuvent être protégés au titre du parasitisme s'il est prouvé que ce concept n'est pas purement descriptif et qu'il a nécessité un savoir-faire ou des investissements intellectuels et/ou financiers⁴. Ainsi, une entreprise de presse a-t-elle été condamnée pour avoir usurpé pour partie « le travail de recherche et de conception, en reprenant les idées contenues dans la plaquette publicitaire conçue par les créateurs et (...) en exprimant ces idées à plusieurs reprises au moyen des mêmes mots... »⁵.

Si ce concept a connu un succès en raison de campagnes publicitaires, la reprise de ce concept par une entreprise même non concurrente est parasitaire⁶.

et de l'industrie », *JCP E* 1985. II. 14490 ; J. M. Mousseron, « Recherche et parasitisme économique », *Le parasitisme économique*, Éd. Tech., 1989, p. 29 ; *contra* : Azéma, *Le droit français de la concurrence*, *op. cit.*, n° 165 : la conception extensive est à terme dangereuse pour la liberté du commerce.

1. Com. 16 juin 1964, *Bull. civ.* III, n° 309 ; Com. 29 nov. 1960, *RIDA*, t. 37, p. 112 ; Civ. 1^{re}, 18 déc. 1978, *D.* 1980. 49, note Colombet.

2. Versailles, 16 déc. 2004, *JCP E* 2005. 1004, n° 7, obs. C. Caron ; Toulouse, 5 avr. 2005, *JCP* 2006. 1017, n° 7, obs. C. Caron ; Paris, 22 avr. 1969, *D.* 1970. 214, note Mousseron ; Paris, 17 nov. 1992, *Paule Marot c/ Madura*, *JCP E* 1993. II. 418.

3. Paris, 18 mai 1989, *Ungaro*, *D.* 1990. Somm. 76.

4. Par ex. : Com. 9 juill. 2013, *Sté CSF*, pourvoi n° W 12-23.389 : « au regard du caractère purement descriptif et usuel du concept et slogan publicitaires..., la sté ... ne rapporte pas la preuve des investissements qu'elle aurait réalisés et dont la sté... aurait indirectement profité » ; Paris, 3 mai 2000, *RJDA* 2000, n° 1191.

5. Paris, 14 mai 1992, *D.* 1993. Somm. 154, obs. Izorche ; Paris, 22 mai 1990, *D.* 1992. IR 175.

6. Com. 30 janv. 1996, *Bull. civ.* IV, n° 32, *Fleurs Éclairs*, *D.* 1997. 232, note Y. Serra : Une société néerlandaise titulaire de la marque « la Hollande, l'autre pays du fromage » utilise ce slogan dans le cadre de campagnes publicitaires destinées à promouvoir les produits fromagers des Pays-Bas. Or, un fleuriste français a utilisé le slogan « La Côte d'Azur, l'autre pays de la tulipe » comme formule publicitaire. Il a été condamné au motif que « l'imitation de la formule publicitaire utilisée depuis

365. Exemple des informations de presse : entre droit à l'information et droit sur l'information¹. L'article 41 de la loi du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique (CPI, art. L. 122-5) ne s'oppose pas à la reproduction de courtes citations « justifiées par le caractère critique, polémique (...) et d'information de l'œuvre à laquelle elles sont incorporées », ainsi que « les revues de presse » et « la diffusion même intégrale, par la voie de presse ou de radio-diffusion, à titre d'information d'actualité des discours destinées au public... ».

Dans un arrêt important, l'assemblée plénière de la Cour de cassation a, sur ce fondement, autorisé une société commerciale à éditer un index comportant la mention des titres du journal *Le Monde* ainsi que des résumés². En revanche, la publication intégrale ou quasi intégrale d'études parues dans une revue, simplement traduites, est sanctionnée³.

Alors même que les données ne sont pas protégées par le droit d'auteur, elles peuvent l'être par le droit de la responsabilité.

Un arrêt a ainsi condamné un organe de presse qui avait publié, sans l'autorisation du concepteur, des études statistiques au motif que « même si elles ne sont pas protégées par un droit privatif, des études statistiques sont le fruit d'un savoir-faire dans la conception des méthodes de sondage, d'importantes prestations de services pour l'exécution de ceux-ci et d'un travail intellectuel pour leur exploitation ; en publiant de telles données, un organe de presse commet un acte de concurrence déloyale »⁴.

Un contrat d'édition confère aux sociétés éditrices un droit exclusif de reproduction – droit qui se distingue des informations qui y sont contenues et qui ne sont pas la « propriété exclusive des éditeurs »⁵. Si ces informations sont « pillées » sans aucune démarche personnelle, le « pirate » peut engager sa responsabilité⁶.

C. Agissements parasitaires

366. L'économie injustifiée. La jurisprudence et la loi, sanctionnent les agissements parasitaires d'entreprises, qui sans rechercher une confusion dans l'esprit du public, profitent simplement de la notoriété d'autrui. Comme la Cour de cassation, dans une reprise par un commerçant d'un slogan publicitaire, « les agissements parasitaires d'une société peuvent être constitutifs d'une faute au sens de l'article 1382 du Code civil, même en l'absence de toute situation de concurrence »⁷.

plusieurs années par l'Office, indéniablement réalisée par la mise en œuvre du slogan « La Côte d'Azur, l'autre pays de la tulipe » qui n'est que l'adaptation du précédent aux produits commercialisés par la société Fleurs Eclairs, pour les besoins d'une publicité, dans le but évident de profiter à un moindre coût de l'impact des campagnes promotionnelles de l'Office, caractérisée par une faute au sens de l'article 1382 du Code civil (...) ».

1. C. Geiger, « Droit des marques et liberté d'expression, de la proportionnalité de la libre critique », *D.* 2007. Chron. 884 ; notre article, « Le journaliste, le commerçant et le procès », in *Mélanges Serra*, Dalloz, 2006.

2. Cass., ass. plén., 30 oct. 1987, *Microform c/ Le Monde*, *D.* 1987. IR 232.

3. Paris, 25 mars 1982, *D.* 1983. IR 97.

4. Paris, 22 mars 1990, *D.* 1990. IR 175.

5. J. Passa, « La propriété de l'information : un malentendu ? », *Dr. et patr.* mars 2001, n° 91, p. 64.

6. Civ. 1^{re}, 17 oct. 2000, *Bull. civ. I*, n° 246, *JCP* 2001. I. 338, n° 6, obs. G. Viney : « faisant application du principe d'opposabilité des conventions aux tiers, les juges du fond ont pu retenir la faute de la société P. à l'égard des titulaires des droits d'édition de l'ouvrage pour avoir divulgué des informations puisées dans un ouvrage que les éditeurs s'approprièrent à diffuser, privant ainsi cette publication d'une partie de son originalité » ; v. aussi, Com. 21 avr. 1992, *PIBD* 1992, n° 531, III. 562 ; Com. 3 mai 2000, *CCC* 2000, n° 111, et nos obs.

7. Com. 30 janv. 1996, pourvoi n° 94-15725.

367. Affaire Champagne. La théorie du parasitisme a donné lieu à la fameuse affaire *Champagne*. La cour d'appel de Paris a, à ce titre, sanctionné Yves Saint-Laurent qui avait baptisé un parfum « Champagne », et pourtant les deux entreprises n'étaient pas concurrentes. La cour d'appel s'est prononcée uniquement sur le terrain de la responsabilité civile en affirmant que la société Yves Saint-Laurent avait usurpé la notoriété de l'appellation Champagne par un parasitisme de notoriété¹.

368. Exemples. La faute consiste à profiter d'une notoriété, à moindre coût. Les exemples abondent. Par exemple, un fabricant de jouets qui dénomme son jouet l'Orient-Express profite de la réputation du train pour vendre son jeu plus facilement sans bourse délier et est donc condamné : « s'il ne cherche pas à créer une confusion sur l'origine du produit, le fabricant se livre à une exploitation injustifiée de la marque d'autrui »² ; une société de revêtement de façades ne peut, dans sa publicité, utiliser sans autorisation une photographie d'un immeuble nouvellement construit qui connaissait une certaine renommée en raison de son originalité et de sa situation³ ; une entreprise de verrerie ne peut s'installer à Baccarat, alors même qu'il a été prouvé qu'aucune confusion n'était possible entre les deux entreprises, les étiquettes et les papiers commerciaux étant suffisamment clairs⁴ ; ou encore, est constitutif d'un agissement parasitaire le fait, pour des entreprises, de se placer dans le sillage d'une manifestation, par exemple sportive, et de profiter de la notoriété sans en supporter les coûts, en plaçant notamment des achats publicitaires aux abords de l'événement avec un visuel reprenant la thématique de celui-ci (« *ambush marketing* »)⁵. Le but principal de l'*ambush marketing* est d'obtenir les bénéfices d'un partenariat, en termes de notoriété et d'image, sans en subir les coûts.

En se plaçant dans le sillage d'une entreprise notoire, le pirate profite de sa notoriété en établissant un rapport artificiel entre les deux entreprises.

369. Consécration législative. L'article 16 de la loi du 4 janvier 1991 (CPI, art. L. 713-5) a consacré la théorie du parasitisme en énonçant que « l'emploi d'une marque jouissant d'une renommée pour des produits ou services non similaires à ceux désignés dans l'enregistrement engage la responsabilité de son auteur s'il est de nature à porter préjudice au propriétaire de la marque ou constitue une exploitation injustifiée du signe ». La jurisprudence a admis que la victime peut préférer agir sur le terrain de la responsabilité plutôt que sur le fondement de l'article L. 713-5 du CPI, car le fait d'imiter une marque notoire constitue une faute de parasitisme⁶.

De même, l'article L. 121-9 du Code de la consommation énonce que « La publicité comparative ne peut : 1° Tirer indûment profit de la notoriété attachée à une marque de fabrique, de commerce ou de service, à un nom commercial, à d'autres signes distinctifs

1. Paris, 15 déc. 1993, *JCP E* 1994. II. 540, note Pollaud-Dullian, *D.* 1994. 145, note Ph. le Tourneau : « le fabricant de parfum a voulu créer un effet attractif emprunté au prestige de l'appellation litigieuse et a, par un procédé constitutif d'agissements parasitaires, détourné la notoriété dont seuls les producteurs et négociants en champagne peuvent se prévaloir pour commercialiser le vin ayant droit à cette appellation ».

2. Paris, 21 nov. 1991, *D.* 1992. IR 37.

3. Paris, 19 juin 1979, *RDJA* juill. 1981. 208, *D.* 1981. IR 83, obs. Colombet.

4. Com. 17 mai 1982, *Bull. civ.* IV, n° 180.

5. L. Arcelin-Lécuyer, « Coupe du monde de football 2010 : l'embuscade des Bavaria Girls », *JCP E* 2010. 1741 ; pour une application raisonnée de la notion d'*ambush marketing* : Paris 12 déc. 2012, pôle 5, ch. 1, n° 10/10996, *Sté française de rugby*.

6. Com. 31 oct. 2006, *CNOSF c/ Galec*, *Propri. industr.* 2007, comm. 3, obs. P. Tréfigny.

d'un concurrent ou à l'appellation d'origine ainsi qu'à l'indication géographique protégée d'un produit concurrent ». Pour autant, le seul recours à une publicité comparative n'est pas, en lui-même de nature à tirer un profit indu de la notoriété d'une entreprise ou ses signes distinctifs¹.

370. Préjudice. Le préjudice consiste non en un détournement de clientèle, faute de concurrence entre les deux entreprises, mais en un trouble commercial, actuel ou futur, tenant en une dilution de la valeur de l'entreprise ou de ses signes usurpés (préjudice de dilution) et une diminution de la capacité de concurrence de l'entreprise piratée (préjudice de développement)². Il peut même y avoir un préjudice supplémentaire tenant en une dévalorisation du signe si la comparaison est peu flatteuse pour l'entreprise notoire.

Sous-section 2

La désorganisation

371. Désorganisations du marché et de l'entreprise³. La désorganisation du marché porte atteinte, non à une seule entreprise concurrente, mais à l'ensemble des concurrents fabriquant ou distribuant le produit. Elle consiste pour l'essentiel en la pratique de prix anormalement bas pour éliminer tous les concurrents. Ce type de comportement est réservé aux *happy few* puisqu'il suppose une importante puissance économique et sera étudié au titre de l'abus de domination. Lorsque la désorganisation émane d'un commerçant ou d'une entreprise sans puissance économique particulière, elle constitue une rupture de la règle de l'égalité dans la concurrence et est souvent la conséquence d'une situation de para-commercialité.

La désorganisation d'une entreprise peut porter sur son activité productrice ou commerciale (§ 1) ; la désorganisation des réseaux de distribution, par le développement des importations parallèles, fera l'objet d'une étude particulière (§ 2).

§ 1. DÉSORGANISATION DE LA PRODUCTION OU DE L'ACTIVITÉ COMMERCIALE

A. Désorganisation directe

Le concurrent peut désorganiser l'activité productrice ou commerciale par de moyens directs, tels le détournement de commandes ou la suppression de la publicité de l'adversaire.

1. CJCE 23 févr. 2006, C-59/05, *Siemens AGc/ VIPA Gesellschaft für Visualisierung und Prozeßautomatisierung mbH* : « Il en résulte que cette disposition (relative à la publicité comparative : art. 3 bis direc. n° 84/450, telle que modifiée par la directive n° 97/55) doit être interprétée en ce sens que, en utilisant dans ses catalogues l'élément central d'un signe distinctif d'un fabricant, à savoir un système de numéros de commande de ses produits connu dans les milieux spécialisés, un fournisseur concurrent ne tire pas indûment profit de la notoriété qui est attachée à ce signe distinctif ».

2. Par ex. : Paris, 10 juill. 1986, *JCP* 1986. II. 20712, note Agostini : « l'utilisation de la marque Rothschild est source d'affaiblissement du caractère distinctif et du pouvoir attractif des marques ».

3. M. Texier, *La désorganisation. Contribution à l'élaboration d'une théorie de la désorganisation de l'entreprise*, PU Perpignan, 2006.

La pratique du « couponnage électronique » qui consiste, à l'occasion de la vente de produits déterminés, à remettre à l'acheteur lors du passage en caisse, un bon de réduction sur un autre produit, destiné à concurrencer un produit concurrent, a été jugée déloyale car destinée à désorganiser l'activité du concurrent¹.

372. Le prix d'appel. La pratique de prix anormalement bas, mais au-delà du seuil de revente à perte, n'est pas constitutive de concurrence déloyale, en dehors d'autres circonstances², telle une tromperie ou d'un dumping.

La *tromperie* est en effet condamnable. Elle consiste à proposer à bas prix un produit notoire pour attirer la clientèle sans pouvoir satisfaire la demande et la détourner vers d'autres produits à marge bénéficiaire. Cette pratique de prix d'appel nuit au producteur, en raison de la dévalorisation de son produit, est préjudiciable aux concurrents puisqu'elle conduit à un détournement de clientèle et trompe les consommateurs.

La pratique se distingue du *dumping* qui se définit comme une vente à bas prix, afin d'attirer la clientèle suivie d'une hausse une fois la concurrence locale éliminée. La pratique est déloyale.

Le fabricant victime peut en référé demander l'interruption de la campagne publicitaire, et au fond obtenir des dommages et intérêts, refuser de vendre au distributeur déloyal et agir au pénal pour publicité mensongère. Les commerçants victimes de concurrence déloyale peuvent également agir.

373. Utilisation de la marque d'autrui à titre promotionnel. Le titulaire de la marque est en droit de s'opposer à l'utilisation non autorisée de sa marque si elle est utilisée à des fins qui n'ont pas pour objet la commercialisation des produits sous marque³. De même, l'utilisation du titre d'un journal à des fins publicitaires constitue un usage illicite de la marque d'autrui⁴.

B. Désorganisation indirecte

374. Désorganisation indirecte. La désorganisation peut être plus indirecte. Elle peut prendre de multiples facettes. Seuls seront étudiés les cas liés à un débauchage de personnel (1°), au démarchage de clientèle (2°) ou à l'obtention d'informations privilégiées ou du savoir-faire dans des conditions irrégulières (3°).

1° Débauchage

375. La liberté d'embauche est le principe. En l'absence de manœuvres, le débauchage n'est pas réprimé même si le salarié provoque, du fait de son départ, un déplacement de clientèle⁵. La clientèle n'est pas attachée au fonds de commerce ou à une entreprise.

1. Com. 18 nov. 1997, *Orangina*, CCC 1998, comm. 6, obs. L. Vogel, *JCP* II. 10026, note P.-Y. Gautier, *D.* 1998. 260, note R. Bout ; sur renvoi, Lyon, 5 nov. 2001, *RJDA* 2002, n° 329 (adoptant la même solution que la Cour de cassation).

2. Par ex. : Com. 16 déc. 2005, CCC 2006, comm. 48 et nos obs. ; cf. J.-J. Burst, *Concurrence déloyale et parasitisme*, coll. « Droit usuel », Dalloz, 1993, n° 153.

3. Crim. 2 juill. 1996, *Dior*, *Bull. crim.*, n° 201.

4. Crim. 1^{er} févr. 1990, *Bull. crim.*, n° 57.

5. Com. 25 avr. 2006, *Concurrences* n° 3-2006, p. 110, obs. D.F. et S.M. ; Com. 8 janv. 1991, *JCP* 1991. IV. 82 (conseil juridique devenu salarié d'un autre cabinet) ; Com. 6 mars 1990, *Bull. civ.* IV, n° 62 ; *contra* : Com. 23 sept. 1953, *D.* 1984. IR 141 ; v. D. Labarthe, « Le débauchage de personnel, parent pauvre de l'action en concurrence déloyale », *D.* 2005. Chron. 1231.

Elle peut donc suivre l'ex-salarié. Le débauchage devient illicite s'il intervient dans des circonstances suspectes, comme le débauchage massif¹ ou avec une rémunération anormalement élevée², ou encore s'il intervient en cours de contrat, par exemple en cours de préavis. La preuve de la faute doit être rapportée³.

Le nouvel employeur est condamné s'il n'a pas vérifié que le salarié était libre de tout engagement⁴.

2° Démarchage de clientèle

376. Démarchage de l'ancienne clientèle par l'ex-salarié n'est pas illicite *a priori*. La jurisprudence affirme avec constance que le démarchage de la clientèle est libre, même s'il est systématique, par exemple, via les liens commerciaux⁵, s'il n'est pas accompagné d'un procédé déloyal résultant par exemple du démarchage de clientèle en cours de préavis, ou du démarchage systématique malgré une obligation de bonne foi⁶. Tout dépend des circonstances dans lesquelles le démarchage intervient.

377. *Clientèle électronique*⁷. Le principe de liberté du démarchage de clientèle a été transposé au monde d'internet. Le référencement ou les liens hypertextes sont des outils considérés en principe comme loyaux.

Il a par exemple été jugé que le fait pour un annonceur (un concurrent) de placer un lien hypertexte permettant d'accéder au site (non contrefaisant) d'un tiers est licite dès lors que ce lien reste un simple lien « dit de surface », c'est-à-dire redirige l'internaute vers la page d'accueil d'un autre site (il ne permet pas de s'approprier directement le contenu du

1. Paris, 10 mars 1987, *D.* 1988. Somm. 175, obs. Y. Serra.

2. Par ex. : Com. 24 sept. 2002, pourvoi n° 00-15596.

3. Com. 7 nov. 1984, *Bull. civ.* IV, n° 301 ; 9 mars 1999, *D.* 2000. Somm. 321, obs. Y. Picod.

4. Par ex. : Paris, 10 juin 1991, *JCP E* 1991. Pan. 997 : « l'employeur se devait de s'assurer, par la production du certificat de travail qu'il lui appartenait de réclamer aux intéressés, que (les ex-salariés) étaient libres de tout engagement ; ne l'ayant pas fait, il engage sa responsabilité envers le précédent employeur ».

5. Par ex. : Com. 29 janv. 2013, pourvois n° 11-21011 et n° 11-247123 : « en statuant ainsi, sans relever de circonstances caractérisant un risque de confusion entre les sites internet des deux entreprises et alors que le démarchage de la clientèle d'autrui est licite s'il n'est pas accompagné d'un acte déloyal, la cour d'appel a privé sa décision de base légale » ; 19 mars 2013, pourvoi n° 12-16.936 : « en vertu du principe de la liberté du commerce et de l'industrie, le démarchage de la clientèle d'autrui est libre, fût-ce par un ancien salarié, dès lors que ce démarchage ne s'accompagne pas d'un acte déloyal » ; Com. 14 mai 2013, *CCC* 2013 comm. 182 et nos obs.

6. Exemples de procédés déloyaux : *démarchage en cours de préavis* (Paris, 1^{er} févr. 1984, *D.* 1984. IR 445 : des salariés se rendent coupables de concurrence déloyale s'ils ont, sans effectuer leur préavis, détourné la clientèle de l'ancien employeur au profit d'un nouvel employeur en utilisant les connaissances acquises pour effectuer les actes de concurrence déloyale ; *démarchage systématique accompagné d'un manquement à une obligation de bonne foi* résultant d'une convention de partenariat (Com. 14 sept. 2010 : « le démarchage systématique des clients liés par le contrat Evatel avait pour objectif de les faire renoncer massivement au service de présélection téléphonique auquel ils avaient souscrit antérieurement et de réduire dans les mêmes proportions les commissions perçues par la société Evatel ; (...) cette circonstance suffit à établir que la pratique adoptée par la société Afone est constitutive d'un manque caractérisé à l'exécution de bonne foi de la convention de partenariat ») ; *utilisation des informations privilégiées* (fichiers, connaissances des tarifs...) sur la clientèle « afin de (...) la démarcher plus facilement, sans bourse délier » (*J.-Cl. Conc. Consom.*, fasc. n° 223, n°s 107 et 108 et la jurisprudence citée).

7. V. notre étude, « Les valeurs immatérielles et virtuelles, entre protection et liberté », *D.* 2013. Chron. 1919, spéc. n° 16.

site à partir du lien hypertexte placé) et qu'il ne crée aucune confusion auprès de l'internaute entre l'annonceur et le titulaire de la marque¹ – la preuve d'un risque de confusion est très difficile à rapporter².

Pareillement, il ne peut être reproché un détournement déloyal de clientèle au moteur de recherche qui offre, à partir de mots-clés, un service d'affichage de liens commerciaux renvoyant à différents sites³. Par ailleurs, le moteur de recherche, simple intermédiaire technique, ne peut jamais être poursuivi pour contrefaçon⁴. Sa responsabilité ne pourra être engagée que si l'on prouve son rôle actif dans le référencement d'un site contrefaisant.

L'utilisation de la marque d'autrui par l'annonceur ou le moteur de recherche pour faire de la publicité pour des produits concurrents par des liens commerciaux ou des référencement ne peut être en principe ni sanctionnée par l'action en contrefaçon ni par l'action en concurrence déloyale.

Pour engager la responsabilité d'un opérateur sur le fondement des pratiques commerciales déloyales régies par le Code de la consommation, il faut prouver une altération substantielle du comportement économique du consommateur (C. consom., art. L. 121-1) – en matière de comparateur de prix, une absence d'identification claire du référencement prioritaire a été jugée de nature à altérer substantiellement le comportement économique du consommateur⁵.

378. En revanche, si le lien commercial qualifié alors de « lien profond » conduit à une extraction du contenu du site, par exemple en permettant de visionner un film directement à partir d'un lien hypertexte placé sur son site⁶(pratique du « streaming »), une action en contrefaçon et en parasitisme des investissements d'autrui peut être engagée.

De même, l'usage excessif de référencement peut être considéré comme déloyal⁷, comme le fait d'enregistrer des noms de domaine voisins dont la typographie est voisine de celle de sites connus dans le but de créer la confusion et d'attirer la clientèle (pratique du « *typosquatting* »)⁸. Il est encore d'autres comportements parasitaires⁹.

1. CJUE 23 mars 2010, C-236/08 à C-238/08 ; Com. 29 janv. 2013, *RLDI* 2013, comm. 3035 ; T. com. 8 nov. 2000, *Legipresse* 2001, n° 181, I, p. 57 ; TGI Nancy 6 déc. 2010, *Gaz. Pal.* 24 févr. 2011, p. 13, note L. Marino

2. Com. 25 sept. 2012, *CCE* 2012, comm. 130, obs. C. Caron : « les annonces, qui sont classées sous la rubrique "liens commerciaux..." s'affichent sur une colonne nettement séparée... » ; en conséquence, Google n'est pas responsable pour avoir proposé « l'affichage de liens commerciaux renvoyant aux sites internet de sociétés concurrentes ».

3. Com. 25 sept. 2012, *RLDI* 2012/86, n° 2884.

4. CJUE 23 mars 2010, aff. 236/08 à 238/08, préc. : « le prestataire d'un service de référencement sur internet qui stocke en tant que mot clé un signe identique à une marque renommée et organise l'affichage d'annonces à partir de celui-ci, ne fait pas un usage de la marque d'autrui ».

5. Com. 4 déc. 2012, *RLDI* janv. 2013, p. 2970, note L. Grymbaum : « l'absence d'identification claire du référencement prioritaire est susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique du consommateur ».

6. Civ. 1^{re}, 12 juill. 2012, trois arrêts (*SARL Google France*), *JCPE* 2012. 1627, note J. M. Bruguière, *CCE* 2012, comm. 91, obs. C. Caron ; pour l'instant, la Cour de cassation n'a pas eu à connaître de l'utilisation de liens hypertexte permettant d'accéder à l'œuvre d'autrui sur un site distinct.

7. Paris, 5 oct. 2011, *Prop. indust.* 2012, comm. 9, obs. Larrieu : « en multipliant la réservation de noms de domaine comportant à de nombreuses reprises le terme bière favorisant la création de liens orientant vers leur nom de domaine, le plaçant de ce fait en tête des moteurs de recherche, Julien L. et la SARL Saveur Bière ont commis des actes de concurrence déloyale en privant le site appartenant à Céline S., qui exerce dans le même secteur d'activité, d'être normalement visité ».

8. Paris, 30 nov. 2011, *RJDA* 2012, n° 724, cité par Ph. le Tourneau, *J.-Cl. conc. consom.* 2013, fasc. 227, n° 60.

9. V. C. Féral-Schul, *Cyberdroit*, Dalloz, n° 83.10 s. ; autre ex. : l'utilisation dans le code source (caractéristiques numériques d'une page web) d'une marque (meta tag) pour permettre le référencement automatique du site à travers les moteurs de recherche : Paris, 23 mars 2002, *D.* 2002. 1031, note Auguet.

De même, la constitution d'une société rivale par l'ancien employé démissionnaire n'est pas prohibée en elle-même¹.

3° Obtention d'informations privilégiées ou du savoir-faire dans des conditions irrégulières

L'appropriation d'informations privilégiées, tel que secrets d'affaires ou savoir-faire peut être directe (a) ou indirecte (b).

a) Appropriation directe

379. Les exemples d'appropriation d'informations privilégiées ou de savoir-faire sont nombreux : espionnage industriel, détournement de fichiers... Ils relèvent de dispositions pénales spéciales (vol, protection des logiciels informatiques, secret de fabrique...) ². Si l'information n'est pas un secret de fabrique, ces données peuvent aussi être protégées par la concurrence déloyale en cas d'espionnage commercial ³.

b) Appropriation indirecte du savoir-faire ou d'informations privilégiées acquis dans l'entreprise

380. *Principe de la liberté d'embauche.* Le principe est la liberté d'embauche. La jurisprudence exige la preuve de manœuvres en vue de détourner un salarié. Ces manœuvres sont diverses. La déloyauté peut résulter d'un débauchage en vue de s'approprier le savoir-faire ou des informations privilégiées sur une entreprise concurrente ⁴. Il a par exemple été affirmé que le débauchage n'est déloyal que s'il a été « accompli dans un but déterminé, tel que l'utilisation des connaissances acquises par l'ouvrier, le détournement d'une clientèle ou la connaissance d'un secret de fabrique » ⁵.

381. *Un équilibre entre liberté et protection.* L'entreprise a un intérêt légitime à voir protéger son savoir-faire par l'action en responsabilité, même si ce savoir-faire n'est pas couvert par un droit de propriété intellectuelle au titre du brevet ou par le droit pénal au titre du secret de fabrique. Cependant, une fois transmis au salarié, ce savoir-faire s'est en quelque sorte incorporé à la personne. Comment distinguer savoir-faire personnel et savoir-faire acquis ? Si l'on arrive à distinguer, au-delà des difficultés pratiques, faut-il sanctionner l'ex-salarié, même de façon imparfaite avec la responsabilité, car une telle sanction pourrait être perçue comme une entrave à la mobilité des salariés et un frein à l'innovation et au dynamisme entrepreneurial si ce salarié ne peut faire profiter son nouvel employeur ou s'il ne peut exploiter pour lui-même ce savoir-faire, même acquis dans une précédente entreprise ? Le droit oscille donc entre liberté et protection.

1. Versailles, 8 sept. 1988, *Gaz. Pal.* 1989, 150.

2. M. Malaurie-Vignal et M. Bigot, *Les nouvelles valeurs de l'entreprise*, à paraître, Actes du colloque « Le patrimoine de l'entreprise : un patrimoine affecté ? », Université Lille 2, 31 mai 2013, Larcier.

3. Com. 25 sept. 1985, *Gaz. Pal.* 1985, 1. Somm. 6 (espionnage commercial).

4. La notion d'informations privilégiées vise toute information stratégique, portant sur l'entreprise, qu'il s'agisse de sa clientèle, de son savoir-faire ou de projets qu'elle entend réaliser.

5. Soc. 7 juill. 1960 : *Bull. civ.* V, n° 749 ; Com. 30 juin 1992 : *RJDA* 1992/12, p. 953 ; Versailles, 29 juin 1993, *D.* 1994, Somm. 217, obs. Y. Serra.

382. Les juges hésitent à faire une distinction entre savoir-faire propre à l'entreprise et savoir-faire acquis au salarié. Une telle distinction entre le savoir-faire propre de l'entreprise¹ et celui de ses salariés² est parfois retenue, sans toutefois donner de précisions quant au critère de distinction. Tout ce qui relève de l'habileté et de l'expérience du salarié reste acquis au salarié et ne peut dès lors être couvert par la clause de confidentialité³. Il est, cependant, quelques décisions qui affirment la liberté de l'ancien salarié d'utiliser le savoir-faire acquis dans son précédent emploi sans aucune référence au caractère personnel de ce savoir-faire⁴.

383. En revanche, les tribunaux exigent toujours, pour justifier une protection du savoir-faire de l'entreprise, que celui-ci soit « confidentiel », ou « propre », « spécifique » ou « particulier », sans qu'un critère l'emporte sur l'autre⁵.

384. Sanction au titre du parasitisme économique. La protection du savoir-faire relève de la théorie du parasitisme économique – même si la jurisprudence mêle souvent parasitisme et concurrence déloyale⁶. Est alors condamnée l'économie injustifiée qui en

1. Par ex. : Com. 24 avr. 2007, pourvoi n° 06-11008 : « constitue un acte de concurrence déloyale le fait pour une société d'utiliser le savoir-faire propre à une autre société et détourné par un ancien employé de cette dernière ; qu'après avoir constaté que la preuve du pillage des secrets de fabrication de la société Synthésia était rapportée, l'arrêt retient que les sociétés Ateliers de Beaulieu, Plasti-Tremp et Formuplast ont ainsi bénéficié du savoir-faire propre acquis par la société Synthésia après de nombreuses années de recherches et d'investissements coûteux et détourné par son ancien employé à leur profit ».

2. Paris, 10 nov. 1994, *PIBD*, n° 582, III. 103.

3. Y. Serra, *La non-concurrence*, Dalloz, 1991, n° 99 s. ; par ex. : Dijon, 6 avr. 2000, *D.* 2002. 1271, note S. Robinne : « attendu qu'il ne peut en effet être interdit à un ancien salarié, qui va travailler licitement dans le même domaine mais pour une société qu'il a créée de faire abstraction de ses connaissances... » ; Paris, 11 mai 1989, *D.* 1989. IR 188 : il ne peut être fait grief d'avoir utilisé « l'expérience et les connaissances acquises auprès de leur précédent employeur » ; Com. 9 nov. 1987, *D.* 1988. Somm. 213, obs. Y. Serra.

4. Par ex. : Paris, 13 janv. 2010, n° RG 07/19979, *Juris-Data* n° 2010-000334 : « toute entreprise peut, par principe, profiter du savoir ainsi que du savoir-faire acquis dans une autre société par les salariés ou les collaborateurs qu'elle recrute ; qu'il ne saurait être d'avantage reproché à ceux-ci d'exploiter les connaissances techniques ou commerciales acquises auprès de leur précédent employeur » ; Paris, 23 mars 1982, *D.* 1983. IR 53, obs. Y. Serra ; Paris 11 mai 1989, *D.* 1989. IR 188 : « il ne peut être fait grief d'avoir utilisé l'expérience et les connaissances acquises auprès de leur précédent employeur » ; Com. 9 nov. 1987, *D.* 1988. Somm. 213, obs. Y. Serra.

5. Com. 24 sept. 2013, pourvoi n° 12-22413, *CCC* 2013, comm. 264, et nos obs. : « en l'absence d'un savoir-faire particulier et propre à la société Synergie, cette dernière ne saurait imputer à la société Norton un éventuel parasitisme dès lors que celui-ci supposerait la reproduction de données ou d'informations résultant d'un travail intellectuel et d'un investissement propre et qu'un risque de confusion puisse en résulter dans l'esprit de la clientèle... » ; Com. 11 févr. 2003, pourvoi n° 00-15149, *Bull. civ.* IV, n° 17, *Propr. intellect.* oct. 2003, n° 29, p. 449, note J. Passa, *RTD com.* 2003. 309, obs. C. Champaud et D. Danet à propos de la copie d'un catalogue représentant une carte du monde sur un fond imitant la carte du monde diffusée par un concurrent : « en se déterminant par ces seuls motifs, sans établir le caractère confidentiel des informations qui auraient été détenues par la salariée et qui auraient relevé d'un savoir-faire propre à l'employeur qu'elle avait quitté, la cour d'appel, ... n'a pas donné de base légale à sa décision » ; Com. 26 févr. 2013, pourvoi n° 12-13721.

6. Par ex. : Com. 24 avr. 2007, pourvoi n° 06-11008 : « constitue un acte de concurrence déloyale le fait pour une société d'utiliser le savoir-faire propre à une autre société et détourné par un ancien employé de cette dernière ; qu'après avoir constaté que la preuve du pillage des secrets de fabrication de la société Synthésia était rapportée, l'arrêt retient que les sociétés Ateliers de Beaulieu, Plasti-Tremp et Formuplast ont ainsi bénéficié du savoir-faire propre acquis par la société Synthésia après de nombreuses années de recherches et d'investissements coûteux et détourné par son ancien employé à leur profit ».

résulte¹, en raison du détournement du travail et des investissements qu'une entreprise a dû mettre en œuvre pour développer ce savoir-faire ou méthodes². Un arrêt de septembre 2013 de la Cour de cassation l'énonce très clairement³.

385. Si le savoir-faire n'est ni « spécifique » ni « singulier » et est banal ou est à la portée de tout homme de l'art, et n'a donc demandé aucun investissement financier et/ou intellectuel, n'est pas protégé⁴. Cette exigence de singularité ou de spécificité du savoir-faire se retrouve en droit de la franchise.

Le nouvel employeur qui n'a débauché le salarié que pour se procurer irrégulièrement les procédés de fabrication peut être condamné pour concurrence déloyale⁵.

§ 2. IMPORTATIONS PARALLÈLES

386. Selon une jurisprudence bien établie, le fait de commercialiser des produits relevant d'un réseau de distribution sélective ou exclusive ne constitue pas en lui-même un acte fautif⁶. Car les produits peuvent avoir été acquis régulièrement (par exemple auprès d'un revendeur étranger hors réseau, qui s'approvisionnait directement auprès du fabricant).

Pour engager la responsabilité civile du distributeur parallèle (qualifié aussi d'importateur parallèle, de parasite, de *free-rider* ou encore de *maverick*), il faut prouver une faute distincte de celle de la simple revente hors réseau. Le tiers engage sa responsabilité délictuelle s'il est prouvé qu'il s'approvisionne directement auprès d'un membre du réseau (A). La faute résultera aussi de comportements déloyaux (B) ou du parasitisme (C). Outre

1. En ce sens, P. Verron, La protection de l'information par le droit de la concurrence déloyale et parasitaire, Cahiers de droit de l'entreprise, 1988, n° 1, p. 16.

2. Com. 13 déc. 2005, *Bull. civ. I*, n° 499, *Propriété intellectuelle*, avr. 2006, n° 19, p. 226-228, note J. Passa : « la cour d'appel a relevé que le logiciel litigieux avait été conçu et mis au point par cette dernière en utilisant le travail de recherche de M. X... et de M^{me} Y..., et que ce détournement de savoir-faire, rendu possible en raison des relations contractuelles qu'elle avait dénoncées, lui avait permis de réaliser des économies importantes au détriment des susnommés » ; Com. 26 juin 2012, pourvoi n° 11-20629 : « le salarié qui lui avait révélé le détail du fonctionnement des sociétés Roldan et Nateco, ... a pu en déduire que la société Les Comptoirs du monde avait pillé systématiquement le savoir-faire économique de la société Roldan et Nateco, et, ce faisant, s'était approprié les résultats de l'investissement financier et professionnel consenti par elles ».

3. Com. 10 sept. 2013, pourvoi n° 12-20933, *CCC* 2013, comm. 263, et nos obs. : « en exploitant pour son propre compte la technologie et l'architecture des outillages dont la fabrication lui avait été précédemment confiée en sous-traitance par la société Serf sans avoir à investir dans leur mise au point, la société Serop s'était livrée à des actes de concurrence parasitaire, caractérisant ainsi la faute dans l'utilisation d'un même savoir-faire ».

4. Com. 18 déc. 2012, pourvoi n° 11-24798 : « la seule présentation d'un produit dans un filet auquel est fixé une étiquette ne saurait caractériser l'existence d'un savoir-faire, ni celle d'un travail intellectuel et qu'elle n'est pas constitutive de parasitisme, cette forme de présentation, d'un usage ancien et banal dans ce secteur, étant déjà connue pour d'autres produits alimentaires et son application au fromage ne constituant qu'une idée » ; Com. 4 déc. 2012, n° 11-26066, préc. : « la société Oxypas ne justifie pas être à l'origine d'un mode de commercialisation singulier, fruit d'un savoir-faire ou d'un investissement intellectuel ».

5. Com. 18 déc. 1957, *Bull. civ. III*, n° 355.

6. Com. 1^{er} mars 1994, *Bull. civ. IV*, n° 86 ; Com. 30 janv. 2001, *CCC* 2001, n° 89, et nos obs. ; 1^{er} déc. 1998, *CCC* 1999, n° 55, et nos obs. ; Com. 6 mai 2003, *CCC* 2003, comm. 159, et nos obs., *LPA* 15 juin 2004, p. 14, note E. Baccichetti et J.-P. Dom : « Le seul fait pour un tiers d'acquiescer et de commercialiser des produits faisant l'objet d'un contrat de distribution exclusive n'est pas constitutif d'un acte de concurrence déloyale ».

la faute, le promoteur du réseau est tenu d'établir la licéité de son réseau, mais non son étanchéité, pour engager la responsabilité du tiers (D).

A. Approvisionnement auprès d'un membre du réseau

387. Approvisionnement irrégulier. La jurisprudence a toujours affirmé que le fait pour un distributeur hors réseau (un « *free-rider* ») de s'approvisionner (directement ou indirectement par le biais de sociétés-écran) auprès d'un distributeur agréé engage sa responsabilité, car toute personne qui aide une autre personne à enfreindre ses obligations contractuelles commet une faute délictuelle. La responsabilité du distributeur hors réseau est alors engagée sur le fondement de la tierce-complicité – ce qui suppose de prouver l'interdiction de revente hors réseau et la connaissance par le distributeur de cette interdiction¹. En revanche, faute de prouver la tierce complicité, la simple revente hors réseau n'est pas fautive.

388. Participation à la violation de l'interdiction de revente hors réseau. La participation directe ou indirecte (via des sociétés-écran) à la violation d'une interdiction de revente hors réseau est prohibée par l'article L. 442-6, 6° du Code de commerce issu de la loi Galland du 1^{er} juillet 1996, dès lors que l'interdiction est conforme au droit de la concurrence. Cette disposition ne fait que consacrer la tierce complicité.

389. Pour échapper à toute responsabilité, le *free rider* doit prouver qu'il s'est licitement approvisionné. Il suffisait naguère que l'importateur parallèle refuse de communiquer sa source d'approvisionnement pour échapper à toute condamnation. Par trois arrêts rendus le 27 octobre 1992 mettant en cause des parfumeurs, la Cour de cassation est revenue sur cette solution. « L'achat de marchandises dans des conditions dont l'illicéité ou le caractère frauduleux est révélé par le refus de justifier leur provenance constitue en lui-même un acte de concurrence déloyale »².

390. Preuve d'un approvisionnement régulier. Le tiers hors réseau peut échapper à toute condamnation en prouvant que c'est le fournisseur qui organise lui-même les « fuites », en désorganisant le réseau et commercialisant lui-même hors de son réseau puisque la revente hors réseau n'est pas en elle-même constitutive d'un acte de concurrence déloyale.

Le franc-tireur peut aussi prouver que le bien ne provient pas d'un membre du réseau ; il échappe alors à la condamnation de concurrence déloyale en prouvant qu'il a acquis régulièrement les marchandises³. Il n'a pas à remonter la chaîne des transmissions et établir que les approvisionnements en amont étaient eux-mêmes réguliers⁴.

B. Comportements déloyaux

391. Commercialisation dans des conditions préjudiciables à la marque ou au réseau. Si le distributeur parallèle commercialise le bien dans des conditions préjudiciables à la

1. Com. 25 avr. 2001, *Bull. civ. IV*, n° 77, *JCP E* 2001. 1100, note J.-C. Fourgoux, *CCC* 2001, comm. 108, et nos obs.

2. Com. 27 oct. 1992, *D.* 1992. 507, note A. Bénabent ; 15 mars 1995, *Bull. civ. IV*, n° 108 ; Com. 19 mai 1998, *Bull. civ. IV*, n° 157.

3. Com. 9 juin 1996, *Bull. civ. IV*, n° 204 ; Com. 26 janv. 1999, *Bull. civ. IV*, n° 29.

4. Com. 19 oct. 1999, *Bull. civ. IV*, n° 168.

marque ou au réseau, il engage sa responsabilité délictuelle envers le fournisseur ou les distributeurs agréés. Il pratique par exemple une politique de prix d'appel ou des prix anormalement bas¹ ; il commercialise malgré la mention apposée sur le produit selon laquelle il ne peut être vendu que par des distributeurs agréés².

En revanche, la distribution parallèle de produits ne constitue pas une faute caractéristique de concurrence déloyale si les prix proposés à la vente sont suffisamment élevés (ne sont pas « bradés ») pour ne pas nuire aux distributeurs agréés³. La simple commercialisation hors réseau n'est pas déloyale.

392. Pratiques commerciales déloyales. Depuis la loi du 3 janvier 2008, l'article L. 120-1 du Code de la consommation prohibe les pratiques commerciales déloyales tandis que l'article L. 121-1 du Code de la consommation prohibe les pratiques commerciales trompeuses. Une telle pratique peut consister en une pratique qui crée une confusion avec un autre bien ou service, une marque, un nom commercial ou un autre signe distinctif du concurrent. La tromperie peut aussi consister en une omission, dissimulation ou du caractère inintelligible d'une information substantielle. En conséquence, la publicité de nature à induire en erreur sur l'appartenance au réseau est susceptible d'être condamnée sur le terrain du droit de la consommation – lequel peut être invoqué par tout professionnel.

C. Parasitisme commercial

393. La jurisprudence *Azzaro* admet également que le franc-tireur commet un acte de concurrence déloyale car il « commercialise sans être soumis aux contraintes habituelles des distributeurs agréés et bénéficie de la valeur publicitaire de la marque pour développer sa propre commercialisation »⁴. Ce comportement est constitutif de parasitisme commercial.

Mais on rappelle que la simple commercialisation hors réseau n'est pas en elle-même fautive. Il faut prouver que l'importateur parallèle a *profité* de l'existence d'un réseau : il vend par exemple à bas prix, n'étant pas soumis aux contraintes financières résultant de l'appartenance au réseau.

Un arrêt a ainsi énoncé que « le distributeur exclusif est fondé à se prévaloir de la notoriété des biens (...) pour établir le préjudice que lui occasionnent les agissements d'autres revendeurs qui proposent ces produits, acquis sur le marché parallèle, dans des magasins d'articles bas de gamme (...) avec un personnel dépourvu de connaissances... »⁵. Le fait de revendre hors réseau malgré la mention apposée sur le produit de l'existence d'un réseau est parasitaire⁶.

Le parasitisme est parfois retenu du simple fait de commercialiser hors réseau, sans être soumis aux contraintes des distributeurs agréés, notamment aux exigences relatives à la présentation des produits⁷.

1. Par ex. : Com. 21 juin 1994, *Natalys c/ Sorolec*, *Bull. civ.* IV, n° 229.

2. Com. 23 févr. 1993, *Leclerc c/ Dior*, CCC 1993, n° 71, obs. L. Vogel ; *ibid.* 21 juin 1994, *Hermès c/ Rocadis*, *Bull. civ.* IV, n° 235 ; *ibid.* 5 janv. 1995, *Dior c/ Leclerc*, *Lexilaser*, pourvoi n° 91-11-205.

3. Com. 15 mars 1994, *Carrefour*, *BRDA* 1994/7, p. 9 ; Civ., 3 avr. 2001, *Bull. civ.* I, n° 95, *Propr. intell.* oct. 2001, note J. Passa.

4. Com. 27 oct. 1992, *Azzaro*, préc.

5. Com. 18 oct. 1994, *Sté Time*, *JCP* 1994. IV. 2581.

6. Par ex. : Com. 21 juin 1994, *Hermès*, *Bull. civ.*, n° 235.

7. Paris, 18 oct. 2006, *Carrefour*, *Propr. intell.* 2007, n° 3, p. 108 ; Paris, 24 mars 1994, *Sté Elmswake Ltd*, *D.* 1994. IR 120 : « l'épuisement du droit de reproduction et l'impossibilité qui en résulte pour le concessionnaire de faire obstacle à l'importation parallèle en France de produits

Par ailleurs, la commercialisation, malgré la mention sur le conditionnement de l'existence d'un réseau de distribution, est considérée par l'arrêt *Rochas* d'octobre 1992 et par des arrêts postérieurs¹ « de nature à favoriser la vente ». Cette autre forme de parasitisme engage la responsabilité de son auteur.

D. Licéité du réseau et étanchéité

394. Pour engager la responsabilité du franc-tireur, le promoteur du réseau est tenu de prouver la *licéité* de son réseau, le cas échéant au regard du droit européen en démontrant par exemple que les critères de sélection sont objectifs, et que le contrat d'exclusivité n'opère pas un cloisonnement territorial absolu². La preuve peut être obtenue auprès du juge des référés, à travers l'apparence d'un contrat licite³. En outre, elle peut se déduire d'une validation déjà obtenue auprès des autorités de concurrence⁴ ou du juge⁵.

Mais il n'est pas tenu de prouver l'étanchéité du réseau. Il ne peut être reproché au fournisseur de ne pas apporter la preuve de son *étanchéité*⁶ ou de l'irrégularité de l'approvisionnement.

La CJCE, sur recours préjudiciel, a affirmé que l'étanchéité mondiale d'un réseau sur toute la Communauté n'est pas une condition de validité du réseau au regard du droit européen car la législation de certains États tiers peut organiser différemment la distribution (ainsi, en Suisse, les distributeurs agréés ne peuvent pas être contraints de ne vendre qu'à des distributeurs agréés)⁷.

Sous-section 3

Le dénigrement⁸

« Calomniez, il en restera toujours quelque chose ». Discrediter (§ 1) revient à affaiblir son concurrent (§ 3) et par symétrie à rehausser son prestige. Le message doit être diffusé (§ 2).

Le dénigrement, comme toute pratique déloyale, peut être appréhendé au titre des pratiques anticoncurrentielles, notamment de l'abus de position dominante s'il fausse le marché⁹. Par ailleurs, la loi du 3 janvier 2008 qui transpose la directive du 11 mai 2005 sur

protégés mis de façon licite dans le commerce en Grande-Bretagne par un autre licencié ne vont cependant pas jusqu'à autoriser ce dernier à organiser en France une concurrence active en instituant au détriment du licencié exclusif un réseau de distribution parallèle avec un tiers ; en mettant en place ce réseau (...) parallèle sans y être autorisé et en s'appropriant ainsi indûment les efforts de prospection de la clientèle déployés par le concessionnaire, le licencié engage sa responsabilité extra-contractuelle »

1. Par ex. : Com. 5 janv. 1995, *Dior c/ Leclerc*, préc.

2. Par ex. : Com. 27 oct. 1992, préc.

3. Com. 15 mars 1994, *D.* 1995. Somm. 83, obs. D. Ferrier ; J. Reynaud, « La preuve complète, irréfutable n'est pas nécessaire dès lors que le réseau a l'apparence d'un réseau licite », *RJDA* 1993. 1.

4. Com. 15 mars 1994, *D.* 1994. Somm. 81, obs. D. Ferrier.

5. Rouen, 8 déc. 1992, *D.* 1995. Somm. 83, obs. D. Ferrier.

6. Com. 23 févr. 1993, *Dior c/ Leclerc*, CCC 1993, n° 71, obs. Vogel ; Com. 18 oct. 1994, *Bull. civ.* IV, n° 310

7. CJCE 13 janv. 1994, aff. C-376/92, *Métro c/ Cartier*, *BRDA* 1994/3, p. 13.

8. C. Champalaume, « Concurrence déloyale par dénigrement », *RJDA* 6/02, p. 495.

9. Par ex. : ADLC n° 13-D-11 du 14 mai 2013, *Sanofi*, CCC 2013 comm. 157 et nos obs., et comm. 161, obs. D. Bosco.

les pratiques déloyales a renforcé la poursuite des actes de dénigrement par les consommateurs et associations de consommateurs (C. consom., art. L. 121-1 et 121-1-1).

§ 1. UN MESSAGE CRITIQUE : LE DISCRÉDIT

Comme en matière de dol qui connaît le *bonus dolus* et le *malus dolus*, on peut distinguer les bonnes et les mauvaises critiques (A). L'auteur du discrédit ne peut invoquer certains faits justificatifs, admis pourtant dans des circonstances comparables, telle l'action en diffamation (B). La comparaison n'est pas nécessairement un dénigrement (C).

A. Distinction entre les bonnes et les mauvaises critiques

395. Le discrédit. La mauvaise critique est malveillante. Elle ternit l'image de marque du concurrent ou sa réputation commerciale : il est par exemple déloyal d'affirmer qu'« une entreprise est de troisième ordre, que les produits vendus sont invendables, inutilisables et de mauvaise qualité » ; un commerçant ne peut, par exemple, donner des informations d'ordre privé (en précisant sa religion ou sa race ou celle de ses clients...¹) ou patrimonial (en indiquant l'ouverture prochaine d'une procédure collective par exemple²) sur son concurrent ; il y a aussi dénigrement lorsque l'on donne des informations partielles quand elles sont chiffrées³, de nature à induire en erreur le consommateur ou un professionnel – utilisateur potentiel⁴.

Les tribunaux distinguent le dénigrement d'une simple critique. La critique sera plus facilement admise si elle ne sert pas exclusivement les intérêts de celui qui l'émet. Par exemple, un comité national contre les maladies respiratoires peut parodier la marque Camel⁵.

396. Dénigrement et diffamation. La diffamation vise à atteindre la réputation d'une personne physique ou morale ; le dénigrement porte atteinte à la réputation des produits, services ou prestations d'une entreprise. La difficulté tient en ce que le dénigrement porte souvent sur l'entreprise ou le commerçant. Il convient de rechercher si, à travers la personne, c'est son activité économique qui est visée⁶.

397. Dénigrement et information de la clientèle. L'information de la clientèle est légitime. Elle peut prendre la forme de la distribution de tracts, faisant état par exemple de l'ouverture d'un fonds de commerce, dès lors que ces documents ne contiennent pas des propos dénigrants⁷. En revanche, la jurisprudence condamne *a priori* la diffusion d'informations sur l'ouverture d'une procédure judiciaire ou d'une décision judiciaire

1. Rennes, 27 déc. 1904, *DP* 1905. 2. 39 ; TGI Paris, 2 mai 1968, *JCP* 1969. IV. 53.

2. Com. 16 juin 1965, *Bull. civ.* IV, n° 345 ; Com. 19 janv. 1988, *Bull. civ.* IV, n° 28.

3. Paris, 26 sept. 1992, *D.* 1992. Somm. 342, obs. Izorche.

4. Paris, 26 sept. 1992, préc. : « le fait que les destinataires de la publicité soient des professionnels était sans influence » ; Crim. 26 janv. 1984, *D.* 1985. 105, note Roujou de Boubée ; Crim. 27 nov. 1990, *D.* 1991. IR 35.

5. Civ. 2^e, 19 oct. 2006, *D.* 2008. Pan. 252, obs. Y. Picod.

6. Par ex. : Civ. 2^e, 8 avr. 2004, *Bull. civ.* IV, n° 109 ; Com. 5 déc. 2006, *CCC* 2007, comm. 54, et nos obs. : même si les allégations de « faux certificats » et « faux rapports » établis contre un gérant de société, elles « n'avaient pour objet que de mettre en cause la qualité des prestations fournies par la sté..., dans la mesure où elles émanaient d'une sté concurrente de la même spécialité exerçant dans le même secteur d'activité et étaient proférées dans le but manifeste d'en détourner la clientèle ».

7. Par ex. : Com. 29 mars 2006, *SARL Optique Chevillard*, *CCC* 2006, comm. 116, et nos obs.

non définitive, même si l'information est exacte¹. Par exemple, le fait d'écrire publiquement qu'une entreprise ne respecte pas les normes imposées et est donc moins chère peut être constitutif d'un dénigrement déloyal, même si l'allégation est exacte². Pour autant, une entreprise a le droit d'informer, mais ses observations doivent être mesurées³.

398. Une critique licite. Une critique mesurée dans son contenu est licite. Une certaine tolérance est nécessaire, surtout en matière de presse. La critique humoristique ou polémique⁴ n'est pas condamnable : le *Gault et Millau* a le droit de critiquer de manière acerbe un restaurant londonien⁵. En effet, comme le remarque un auteur⁶, si la critique est permise, pourquoi l'obligerait-on à être ennuyeuse ? Ainsi, une publicité fantaisiste et humoristique, telle la comparaison entre un verre de bière et un bateau⁷, n'est pas déloyale.

La critique doit être mesurée dans son contenu mais aussi dans sa forme. Une impression défavorable peut se dégager de la présentation matérielle.

L'emphase ou l'exagération est également licite, comme l'est le *bonus dolus*⁸ : une agence immobilière peut en 1993 exagérer les qualités d'un produit et dans sa publicité nier la crise du logement⁹. La jurisprudence récente semble ne plus admettre l'humour¹⁰...

N'est pas déloyal le fait de tenir des propos flatteurs sur soi-même s'ils ne ternissent pas un concurrent en le désignant indirectement et s'ils ne sont pas une publicité mensongère.

B. Éléments indifférents

399. La divulgation d'une information exacte. Sous réserve de la publicité comparative, il est indifférent que l'information soit exacte et de notoriété publique¹¹. L'*exceptio veritatis* du droit de la diffamation n'est pas un fait justificatif.

La diffamation vise à atteindre la réputation d'une personne physique ou morale. Il n'est pas toujours aisé de distinguer dénigrement ou diffamation¹². Le discours commercial d'une entreprise de presse relève, non de la théorie de la concurrence déloyale, mais de la liberté de la presse¹³.

1. V. notre article, « Le journaliste, le commerçant et le procès », in *Études Serra*, Dalloz, 2006, p. 247, spéc. n° 5 s. ; par ex. : Paris 23 sept. 2009, CCC 2010, comm. 49 et nos obs. : la mise en garde de la clientèle contre les risques de contrefaçon de son concurrent est constitutive d'un comportement déloyal.

2. Com. 28 sept. 2010, CCC 2010 comm. 275 et nos obs.

3. Com. 15 janv. 2002, *Propr. industr.* 2002, comm. 94, obs. J. Dragne.

4. Civ. 2^e, 21 janv. 1981, *Bull. civ.* II, n° 8.

5. Civ. 3 févr. 1972, *D.* 1972. 365.

6. G. Durry, *RTD civ.* 1972. 783.

7. Versailles, 15 mars 1991, *D.* 1992. Somm. 56, obs. Y. Serra.

8. Crim. 21 mai 1984, *Sansonite*, *D.* 1985. 105, note Marguéry.

9. Crim. 5 avr. 1990, *D.* 1990. IR 145.

10. Par ex. : Com. 30 janv. 2007, *Sté Orangina Schweppes holding c/ Centre d'études et de documentation du sucre*, CCC 2007, comm. 103, et nos obs.

11. Par ex. : Com. 24 sept. 2013, n° 12-19790, CCC 2013, comm. 262, et nos obs. : « la divulgation d'une information de nature à jeter le discrédit sur un concurrent constitue un dénigrement, peu important qu'elle soit exacte ».

12. Civ. 1^{re}, 5 déc. 2006, CCC 2007, comm. 54, et nos obs., *D.* 2008. 672, note V. Valette-Ercole : dans la mesure où les allégations, tout en visant le gérant, « n'avaient pour objet que de mettre en cause la qualité des prestations fournies par la sté... concurrente, exerçant dans le même secteur et étaient proférées dans le but manifeste d'en détourner la clientèle... », il ya concurrence déloyale et non diffamation ».

13. Cass., ass. plén., 12 juill. 2000, *Canal + (produisant les « Guignols de l'info ») c/ Citroën* ; v. aussi, Crim 19 nov. 1997, *D.* 1998. 613, note Galloux (publicité pour le tabac) ; v. aussi, Civ. 2^e, 19 oct. 2006, *Bull. civ.* II, n° 282 (pas abus expression de la liberté d'expression d'une association de

La bonne foi est également indifférente. Il n'est pas nécessaire de rapporter la preuve de manœuvres dolosives¹.

C. La comparaison

400. La loi du 18 janvier 1992. Le droit européen a très tôt admis la publicité comparative² (directive du 10 septembre 1984, remplacée par la directive du 6 octobre 1997 ; directive n° 2005/29/CE du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs ; directive n° 2006/114/CE du 12 décembre 2006 en matière de publicité trompeuse et comparative). La jurisprudence française voyait dans la publicité comparative un dénigrement. Puis la loi française a autorisé, de façon restrictive, la publicité comparative par une loi de 18 janvier 1992, insérée dans le Code de la consommation sous les articles L. 121-8 et suivants, modifiés depuis lors par des textes postérieurs.

L'article 1^{er} de la directive de 2006 prévoit expressément qu'entre dans son champ d'application la publicité comparative diffusée par et pour des professionnels. Elle peut être invoquée par des consommateurs et des professionnels.

401. L'article L. 121-8 du Code de la consommation autorise « toute publicité qui met en comparaison des biens ou services en identifiant, explicitement ou implicitement, un concurrent ou des biens ou des services offerts par un concurrent ». La publicité est licite si elle « compare des biens ou services répondant aux mêmes besoins ou ayant le même objectif » – ce qui est plus large que la rédaction antérieure issue de la loi du 18 janvier 1992 qui n'autorisait la publicité comparative qu'entre produits ou services de même nature. Parmi les produits comparables, des règles particulières visent les produits marqués de certains signes distinctifs (article L. 121-10 pour les appellations d'origine ou les indications géographiques protégées).

La publicité doit comparer « objectivement une ou plusieurs caractéristiques essentielles, pertinentes, vérifiables et représentatives de ces biens et services, dont le prix peut faire partie ». Pour autant, en France, la publicité comparative portant sur les prix n'est pas licite si les produits comparés ne sont pas identifiés ou désignés avec suffisamment de précision pour que la comparaison sur les prix soit pertinente. La comparaison peut donc porter sur une seule caractéristique du produit ou service³ mais le produit ou service doit répondre aux mêmes besoins⁴. La condition issue de la loi du

lutte contre le tabagisme) ; CEDH 26 avr. 1979, *Sunday Times c/ Royaume Uni* : les personnes morales ont un droit à la liberté d'expression. Lorsque le discours est commercial, le droit de la concurrence déloyale peut s'appliquer : v. G. Trebulle, « Responsabilité sociale des entreprises et liberté d'expression, considérations à partir de l'arrêt *Nike c/ Kasky* », *Rev. sociétés* 2004. 261 ; N. Mathey, « Les droits et libertés fondamentaux des personnes morales de droit privé », *RTD com.* 2008. 205 s., spéc. 218 et 219.

1. Com. 6 nov. 1990, *JCP* 1991. IV. 3.

2. L. Arcelin, « La publicité comparative, à la croisée des intérêts des consommateurs et des concurrents », *RLC* oct.-déc. 2007, p. 130 s.

3. Versailles, 3 avr. 1998, *D. Affaires* 1998. 1168.

4. Par ex. : l'exposition de deux chariots provenant de deux magasins, accompagnés du coût global de ces produits ne constitue pas une publicité comparative licite dans la mesure où il n'est pas possible de s'assurer que les produits présentaient les mêmes caractéristiques essentielles : Crim. 9 mai 2007, *CCC* 2007, comm. 314, obs. G. Raymond ; Com. 31 oct. 2006, *Bull. civ.* IV, n° 207, *CCC* 2007, comm. 32, et nos obs.

18 janvier 1992 quant à la nécessité de comparer le prix des produits vendus *dans les mêmes conditions* disparaît avec l'ordonnance du 23 août 2001.

Les articles L. 121-8 et 9 du Code de la consommation définissent les cas dans lesquelles la publicité comparative est illicite : lorsqu'elle est trompeuse ou de nature à induire en erreur, en cas de parasitisme (tirer indûment profit de la notoriété attachée à une marque, à un nom commercial, à d'autres signes distinctifs...), imitation, de confusion ou de dénigrement (du nom, de la marque ou du signe).

L'annonceur doit être en mesure de prouver l'exactitude de ses allégations (art. L. 121-12), mais disparaît la condition tenant en l'obligation pour l'annonceur d'informer à l'avance au concurrent de l'existence d'une publicité comparative le mettant en cause.

402. Conception européenne. Pour la CJCE, le simple fait de comparer avec un produit de renommée n'est pas en soi constitutif de parasitisme ; par ailleurs, la publicité comparative n'est pas illicite par le fait même que le « comparant » tire des bénéfices de la comparaison¹. Selon la conception européenne, la publicité comparative est un instrument de concurrence. Elle a pour objectif de stimuler la concurrence entre fournisseurs de biens et services, afin de mettre les consommateurs en mesure de tirer parti au maximum du marché intérieur. La comparaison peut porter sur un produit ou service, mais aussi sur une catégorie de produits².

403. Comparaison et dénigrement. La comparaison peut être accompagnée de propos dénigrants, directs ou indirects résultant d'une comparaison : par exemple, est dénigrant le fait de comparer les services avec ceux rendus par une société concurrente en vantant la qualité de ses services dans des termes excessifs³. En revanche, évoquer l'inconvénient d'un produit concurrent dans des termes modérés n'est pas, en l'absence d'autres circonstances, dénigrant⁴.

§ 2. UN MESSAGE DIFFUSÉ

Tout moyen d'expression peut être retenu : parole, écrit, image. Mais le dénigrement doit être public. Il n'y a pas de dénigrement quand le document est destiné à un usage interne⁵. Mais il suffit cependant d'une lettre adressée à un seul client.

1. CJCE 23 févr. 2006, aff. C-59/05, *Siemens*, CCE 2006, comm. 128, obs. C. Chabert, *Propriété intell.* avr. 2006, p. 222 ; CJCE 25 oct. 2001, *Toshiba Europe GmbH*, Rec. 7945, *RJDA* 2002, n° 108. Néanmoins, CJCE 18 juin 2009, aff. 487/07, *L'Oréal c/ Bellure*, *RJDA* 12/09, n° 1125 : dans une publ comparative, l'annonceur ne peut pas mentionner de manière explicite ou implicite que le produit qu'il commercialise constitue « une imitation ou une reproduction du service ». Le profit qu'il pourrait réaliser grâce à une telle publicité illicite serait considéré comme « indument tiré » de la notoriété attachée à la marque.

2. CJCE 19 avr. 2007, aff. C-381/05, *de Landsheer*, CCC 2007, comm. 161, obs. G. Raymond ; CJCE 19 sept. 2006, aff. C-356/04, *Lidl Belgium GmbH*, *JCP E* 2006. Pan. 1607.

3. Douai, 2 oct. 1995, *D.* 1996. 99, note J.-C. Fourgoux.

4. Com. 15 janv. 2002, *Syndicat national de l'industrie et du commerce*, *Propriété industr.* 2002, n° 94, obs. J. Dragne : « l'information, non arguée de caractère mensonger, et donnée, en termes mesurés, au consommateur sur les propriétés objectives qu'il peut attendre d'un produit, fussent-elles destinées à remédier aux conséquences de l'usage d'un autre produit, non concurrent, n'est pas, en l'absence d'autres circonstances, constitutive d'un trouble manifestement illicite ».

5. Paris, 3 juill. 1991, *D.* 1992. Somm. 341, obs. Izorche ; Paris, 21 janv. 1959, *JCP* 1959. II. 11334.

§ 3. DÉNIGREMENT PAR UNE PERSONNE EN SITUATION DE CONCURRENCE

Le dénigrement suppose que la personne soit désignée (A) et qu'elle soit en situation de concurrence (B).

A. Une personne désignée

404. Une désignation individuelle ou collective. Il n'y a de concurrence déloyale qu'autant que le concurrent est désigné ou facilement reconnaissable (par ex., « ici, on est mieux qu'en face » !) – ce qui ne signifie pas qu'il n'y a pas de dénigrement quand une catégorie de personnes est visée par la critique.

En revanche, le conseil de « se méfier des autres maisons » n'est pas une désignation visant un concurrent particulier¹.

Le dénigrement peut être collectif. L'ensemble d'une profession peut être visé, telle l'épicerie traditionnelle qualifiée par un grand distributeur d'*attrape-nigaud*².

Néanmoins, la personne doit être identifiable³.

B. Une personne en situation de concurrence

405. Évolution. Naguère, on considérait qu'il n'y avait concurrence qu'entre professionnels de la même spécialité offrant au public des produits analogues. Aujourd'hui, l'action en concurrence déloyale peut être mise en œuvre alors même que les intéressés ne se situent pas au même niveau économique, tels un producteur et un distributeur. Néanmoins, la jurisprudence continue, en cas de dénigrement, à exiger que les deux entreprises s'adressent à la même clientèle.

Il n'y a pas par exemple de situation de concurrence entre deux laboratoires pharmaceutiques ayant des produits différents⁴ ou entre deux éditeurs s'adressant à des jeunes d'âges différents⁵.

L'existence d'une clientèle commune est aujourd'hui appréciée avec souplesse⁶, et est maintenant abandonnée par la jurisprudence qui admet que l'action en concurrence déloyale peut être exercée en l'absence d'un rapport de concurrence dès lors qu'il existe une atteinte au libre jeu de la concurrence⁷.

406. Compétence du juge des référés. Le juge des référés peut faire cesser une campagne publicitaire déloyale. Le fait que le comportement litigieux soit pénalement sanctionné n'est pas un obstacle à la compétence des juges des référés⁸.

1. Douai, 29 juill. 1887, *Ann. propr. ind.* 1988. 24.

2. Bordeaux, 3 mars 1971, *Gaz. Pal.* 1971. II. 398.

3. Com. 19 juin 2001, *Bull. civ.* IV, n° 121.

4. Com. 7 oct. 1980, *D.* 1981. IR 207.

5. Civ. 1^{re}, 3 mars 1982, *Bull. civ.* I, n° 98.

6. Com. 21 juin 1990, *Gaz. Pal.* 18-19 juill. 1990 : concurrence entre un fabricant de lessive sans phosphate et un fabricant de phosphate.

7. Com. 25 janv. 2000, *CCC* 2000, comm. 63, et nos obs. ; Versailles, 12 févr. 1990, *D.* 1990. 264 ; 21 oct. 1997, *RJDA* 2/98, n° 248 : « la situation de concurrence entre les parties... n'est pas une condition de l'action en concurrence déloyale » par dénigrement.

8. Com. 19 oct. 1999, *CCC* 2000, comm. 7, et nos obs.

Titre 3

Protection du marché

407. Le droit de la concurrence a pour vocation essentielle de protéger le marché contre toute pratique susceptible de l'affecter. Les deux droits, interne et européen, édictent une réglementation des *comportements*, par une interdiction des pratiques anti-concurrentielles (Chapitre 1) et un contrôle des *structures* rattaché au contrôle des concentrations (Chapitre 3). Le droit européen veille à l'*égalité dans la concurrence* par un contrôle des aides d'État (Chapitre 2).

Pratiques anticoncurrentielles en droit interne et européen

Droits interne et européen sanctionnent les ententes anticoncurrentielles (Section 1) et les abus de domination (Section 2). Le droit interne ajoute les abus de dépendance économique et prix abusivement bas (Section 3). Des exemptions ou des sanctions peuvent être prononcées (Section 4).

Section préliminaire

Les organismes de contrôle

Il faut distinguer les autorités de concurrence (§ 1) des juridictions nationales (§ 2).

§ 1. AUTORITÉS DE CONCURRENCE

A. Autorité nationale

408. En France, depuis août 2008, l'autorité compétente est l'Autorité de la concurrence¹ (ADLC). Elle remplace le Conseil de la concurrence, instituée par l'ordonnance de 1986². L'ADLC est une autorité administrative indépendante, composée de magistrats de l'ordre judiciaire ou administratif, de personnalités choisies en fonction de leur compétence économique ou représentant des secteurs socioprofessionnels (art. L. 461-I). Un rapporteur général, assisté de rapporteurs adjoints, dirige les services de l'instruction. Il a le pouvoir de proposer à l'ADLC de se saisir d'office, ou de décider de suivre la procédure simplifiée (C. com., art. 463-4), de gérer le secret des affaires et l'accès au dossier (C. com., art. L. 463-4). Àuprès de l'ADLC, un Commissaire du gouvernement représente les intérêts de l'État, mais il n'a pas qualité de partie à l'instance. Et enfin, un conseiller-auditeur est chargé de veiller au bon déroulement de la procédure contradictoire devant l'ADLC (il n'a donc aucun pouvoir en matière d'enquêtes).

L'ADLC participe au fonctionnement des marchés à l'échelon européen et mondial. Elle participe au réseau européen de concurrence (REC) et au réseau international de concurrence (ICN : *International Competition Network*).

1. L. Idot et C. Lemaire, « Le nouveau visage de la concurrence en France, l'autorité de la concurrence entre les deux Europe », *JCP* 2009. I. 125.

2. Pour les décisions antérieures à la prise de fonctions de l'ADLC, nous continuerons à parler du Conseil de la concurrence.

Si l'on se limite à la dimension européenne, l'Autorité nationale de concurrence joue un rôle essentiel dans la construction du droit européen de la concurrence en raison de l'obligation qui lui est faite d'appliquer les articles 101 et 102 TFUE – rôle partagé avec la Commission de Bruxelles.

L'ADLC dispose de pouvoirs autonomes lorsqu'elle émet un avis (1°) et de pouvoirs contentieux contrôlés lorsqu'elle se prononce sur des pratiques qui lui sont déferées (2°).

1° Pouvoirs autonomes

409. Fonction consultative. De réforme en réforme, l'Autorité de la concurrence voit son activité consultative étendue¹. La saisine pour avis est parfois obligatoire et son avis s'impose au cas où le gouvernement voudrait édicter une mesure d'exemption catégorielle (C. com., art. L. 420-4-II). Dans d'autres cas, sa consultation est obligatoire mais ne s'impose pas en cas de projet d'imposition de pratiques uniformes de prix ou de conditions de vente, soumission de l'exercice d'une profession ou l'accès à un marché à des restrictions quantitatives ou en cas d'établissement de droits exclusifs dans certaines zones (art. L. 462-2).

La consultation peut être facultative à la demande de commissions parlementaires, du gouvernement, de collectivités locales, d'organisations professionnelles et syndicales ou d'associations de consommateurs (art. L. 462-1).

L'ADLC peut aussi être consultée par les juridictions sur les pratiques anticoncurrentielles (C. com., art. L. 462-3).

410. Saisine d'office, enquête sectorielle et régulation des marchés. Depuis la loi du 4 août 2008, l'Autorité peut se saisir d'office prendre et donner un avis sur toute question mettant en jeu la concurrence en émettant des recommandations destinées à améliorer les marchés (C. com., art. L. 462-4). Son activité consultative est devenue aussi importante que son activité contentieuse, notamment dans les domaines des télécommunications ou des transports. Par son activité consultative, l'ADLC participe à la régulation de la concurrence, en procédant à des enquêtes de secteur. À l'issue de son enquête, l'Autorité peut émettre un avis recommandant des modifications de pratiques contractuelles ou des modifications structurelles. L'ADLC n'hésite pas à recommander des réformes législatives en vue de mieux réguler le secteur. L'ADLC peut ensuite s'auto-saisir et lancer une procédure contentieuse.

L'avis de l'Autorité ne peut être contesté devant le juge administratif, sauf s'il revêt le caractère de disposition générale et impérative ou de prescription individuelle dont l'Autorité pourrait ultérieurement censurer la méconnaissance² : sous couvert d'avis, se cache un acte réglementaire ou une décision individuelle.

L'Autorité de la concurrence s'est engagée en juillet 2013 à soumettre systématiquement à consultation publique les premiers résultats de ses saisines d'office, afin qu'un minimum de contradictoire puisse s'instaurer.

2° Pouvoirs contentieux contrôlés

411. Enquête : Autorité et DGCCRF. L'ADLC est compétente pour appliquer le droit interne et européen des pratiques anticoncurrentielles. La loi du 4 août 2008 renforce les

1. N. Jalabert-Doury, « Nouvelles formes d'intervention des autorités de concurrence : points de vue des autorités et des entreprises », CCC mai 2013, étude 8.

2. CE 11 oct. 2012, deux arrêts, *Sté Casino et sté ITM*, RLC mars 2013, p. 55, obs. C. Glamour, RTD com. 2012. 747, note E. Claudel.

pouvoirs de l'Autorité de la concurrence puisqu'elle dispose désormais de pouvoirs d'instruction propre (C. com., art. L. 450-1 et 461-4), avec, le cas échéant le concours des agents de la Direction générale de la concurrence et de la répression des fraudes (DGCCRF) dépendant du ministère de l'économie.

Les services de la DGCCRF conservent un pouvoir d'enquête, mais plus encadré depuis la loi du 4 août 2008.

Si la DGCCRF envisage de diligenter une enquête, ils doivent en informer le rapporteur général de l'ADLC qui peut décider d'en prendre la direction (C. com., art. L. 450-5). À défaut, les services de la DGCCRF dirigent l'enquête mais sont tenus d'en transmettre les résultats au rapporteur général qui proposera ou non une auto-saisine de l'ADLC. Le ministre de l'Économie peut sanctionner s'il s'agit d'une micro-PAC.

412. Micro-PAC. Le ministre de l'Économie se voit conférer un pouvoir nouveau à l'égard des « micro-pratiques anticoncurrentielles » de dimension locale : il peut enjoindre aux parties d'y mettre fin ou proposer une transaction dès lors que l'ADLC n'est pas saisie (C. com., art. L. 464-9). Ce pouvoir reconnu au ministre est contestable.

413. Saisine. L'Autorité peut être saisie d'une pratique anticoncurrentielle par le ministre de l'Économie, par les entreprises, par un organisme visé à l'article L. 462-1 ou peut être saisie d'office sur proposition du rapporteur général de l'ADLC¹ (art. L. 462-5).

414. Nature des sanctions prononcées par l'Autorité. L'Autorité de la concurrence n'est pas une juridiction. Elle prononce des sanctions qui ont le caractère d'actes administratifs collectifs. Elle peut décider de transmettre le dossier pour que soient engagées des poursuites pénales contre les auteurs de pratiques anticoncurrentielles.

415. Recours en interprétation. Un arrêt de la Cour de justice² a dénié à l'autorité de concurrence grecque la possibilité d'exercer un recours préjudiciel en interprétation, car les décisions rendues par cette autorité sont dépourvues de nature juridictionnelle. La solution vaut pour toutes les autorités de concurrence. Pour des auteurs³, l'argument invoqué tenant en l'absence d'indépendance de l'autorité grecque est peu convaincant. Il traduit une méfiance à l'égard des autorités nationales et le souci de préserver la place de la Commission à la tête du réseau européen.

416. Principe de l'autonomie procédurale devant les autorités de concurrence. La jurisprudence européenne⁴ et le Règlement n° 1/2003 reconnaissent le principe de l'autonomie procédurale (art. 35) – ce qui peut conduire à des divergences de solutions entre autorités de concurrence, notamment en raison des disparités de législation en matière de prescription ou sur la question de l'opportunité de poursuites. Pour autant, un principe de cohérence entre les décisions rendues par les diverses autorités de concurrence est mis en place par le Règlement n° 1/2003 (v. ss 37 s.).

1. Depuis la loi LME du 4 août 2008, pour respecter le principe de séparation de l'instruction et du jugement, le rapporteur général de l'ADLC propose à l'Autorité de se saisir d'office et non plus l'Autorité elle-même.

2. CJCE 31 mai 2005, aff. C-53/03, *Syfait et a.*

3. L. Idot, *Europe* 2005, comm. 256 ; C. Momège, *Concurrences* 2005. 116.

4. Premier arrêt à admettre le principe de l'autonomie procédurale : CJCE 16 déc. 1976, C-33/76, *Rewe*, à propos du contentieux de la répétition de l'indu dans le domaine fiscal.

417. Séparation de l'instruction et du jugement. Chaque État membre à la liberté de choisir le modèle institutionnel de son autorité de concurrence. La France a choisi le modèle d'une autonomie administrative indépendante, avec une séparation entre les services d'instruction sous la responsabilité du rapporteur général et le collège qui adopte les décisions (art. L. 463-7) ; le rapporteur n'est pas présent au délibéré (C. com., art. L. 450-6 et 463-6). Cette séparation des pouvoirs est une exigence constitutionnelle¹.

La procédure devant l'Autorité de concurrence est soumise au droit français. Mais de quel droit s'agit-il ? Droit commun de la procédure ou règles spéciales ? Bien entendu, si des règles spéciales sont prévues, elles s'appliquent. Ainsi, le déroulement des enquêtes est assez réglementé par le Code de commerce. À défaut de texte spécial, il semble que les règles générales de la procédure civile s'appliquent². Par ailleurs, il n'est pas toujours aisé de distinguer la procédure du fond. Par exemple, les sanctions pécuniaires prononcées par l'ADLC ont été considérées comme des règles de procédure³, tandis que les questions d'imputabilité de la sanction comme des règles de fond⁴. Curieux distinguo.

418. Une double limite à l'autonomie procédurale : Principes d'effectivité et d'équivalence du droit européen et droits fondamentaux. L'autonomie procédurale est doublement encadrée par les principes d'effectivité et d'équivalence du droit européen⁵ et par les exigences des droits fondamentaux⁶. Doivent ainsi être respectés les principes du contradictoire, de l'égalité des armes, d'impartialité et de loyauté des preuves (par ex. : l'enregistrement d'une conversation téléphonique réalisé à l'insu de l'auteur des propos tenus constitue un procédé déloyal prohibé par l'article 6 de la CEDH⁷).

Pour autant, l'application du droit européen se doit d'être effective. Aussi, la CEDH et la CJCE considèrent-elles que des impératifs de souplesse et d'efficacité peuvent justifier un particularisme de la procédure devant l'autorité administrative, qu'elle soit européenne ou nationale, au regard de l'article 6 de la CEDH. Il est admis que devant ces autorités administratives, il ne soit pas satisfait à toutes les exigences du procès équitable, dès lors que ces exigences sont satisfaites devant la juridiction de recours et que le justiciable dispose d'un recours de pleine juridiction.

1. Cons. const. 5 juill. 2013, déc. n° 2013-331, QPC, *Sté Numéricâble*, CCC 2013, comm. 215, obs. D. Bosco (à propos de l'ARCEP) ; v. aussi Com. 5 oct. 1999, *Bull. civ. IV*, n° 158 : « la participation du rapporteur au délibéré, serait-ce sans voix délibérative, dès lors que celui-ci a procédé aux investigations utiles pour l'instruction des faits dont le Conseil est saisi, est contraire au principe évoqué (CESDH, art. 6.1) ; qu'il en est de même pour la présence à ce délibéré du rapporteur général, l'instruction du rapporteur étant accomplie sous son contrôle ».

2. V. obs. E. Claudel, in *RTD com.* 2010, 74 et 75.

3. ADLC Comm. du 16 mai 2011 relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires.

4. ADLC n° 09-D-36 du 9 déc. 2009, *Orange Caraïbes*.

5. Par ex. : Com. 14 déc. 2004, *Pharma Lab*, *Concurrences* n° 1-2005, p. 105-106, note V. Michel-Amsellem : « le principe de l'autonomie procédurale commande à l'autorité nationale de concurrence qui applique les articles 81 ou 82 du traité CE de mettre en œuvre les règles de procédure interne, sauf si ce principe conduit à rendre impossible ou excessivement difficile l'application du droit communautaire de la concurrence » ; v. principe d'effectivité du droit européen et private enforcement, ss 654 s.

6. Trib. UE 16 juin 2011, aff. T-235/07, *Bavaria* et aff. T-240/07, *Heineken c/ RLDA* 2011/63, n° 3606, obs. C. Mathonnière.

7. Cass., ass. plén., 7 janv. 2011, CCC 2011, comm. 71 : « l'enregistrement d'une conversation téléphonique réalisé à l'insu de l'auteur des propos tenus constitue un procédé déloyal prohibé par l'article 6 de la CEDH et le principe de loyauté dans l'administration de la preuve ».

Ainsi, devant l'autorité de concurrence française, les séances de l'autorité de la concurrence ne sont-elles pas publiques, contrairement à l'article 6 de la CDEH qui requiert une audience publique (C. com., art. L. 463-7). Seuls peuvent y participer les parties et le commissaire du Gouvernement.

De même, l'exigence d'un délai raisonnable est appréciée avec pragmatisme. Le seul fait d'avoir été adopté au-delà d'un délai raisonnable, par exemple vingt-sept ans, ne saurait rendre illégale une décision prise par la Commission à la suite de la notification d'un accord. La solution serait la même si était en cause l'Autorité de la concurrence. Pour annuler la procédure, l'écoulement excessif du temps doit avoir affecté la capacité des entreprises concernées de se défendre effectivement, sans quoi le non-respect du principe du délai raisonnable est sans incidence sur la validité de la procédure.

419. Administration de la preuve. L'administration de la preuve est soumise aux règles nationales (autonomie procédurale), sous réserve du respect des droits fondamentaux (ex : loyauté de la preuve, droits de la défense), mais aussi le principe d'effectivité. Ainsi, des documents confidentiels (secrets d'affaires) peuvent être utilisés comme moyens de preuve¹. De même, a-t-il été affirmé un droit à ne pas s'auto-incriminer². Ou encore, les saisies et enquêtes suscitent un contentieux nourri, afin de concilier efficacité des poursuites et loyauté.

420. Un cocktail de règles³ : Devant l'Autorité de concurrence, les règles nationales s'appliquent, spéciales et générales issues du Code de procédure civile— sous réserve de ne pas nuire aux principes d'effectivité et d'équivalence.

Mais, comme l'a affirmé la Cour de justice, la procédure devant le Conseil de la concurrence (devenu l'ADLC) ou devant la Commission est « quasi pénale », soumise aux exigences de l'article 6 de la CEDH⁴. Le droit est devenu quasi répressif⁵. Les droits de la défense⁶, la présomption d'innocence⁷ et le principe de non-rétroactivité de la règle plus sévère⁸ ou s'appliquent donc devant les autorités de concurrence. La CEDH a également affirmé que les procédures de concurrence, dont l'objectif est de punir ou dissuader les contrevenants, sont répressives au sens de l'article 6 de la CEDH⁹.

421. Recours. Le recours en annulation ou réformation de la décision de l'Autorité de la concurrence est porté devant la cour d'appel de Paris, qualifiée par un auteur de « juridiction administrative occasionnelle »¹⁰ ! La cour d'appel de Paris a compétence exclu-

1. CJUE 25 janv. 2007, C-411/04, *Salzgitter Mannesmann GmbH*.

2. CEDH 25 févr. 1993, *Funcke c/ France* ; CJCE 18 oct. 1989, C-374/ 87, *Orkem* ; ADMC n° 10-D-32, 16 nov. 2010, secteur de la télévision payante.

3. Expression empruntée à L. Idot.

4. CJCE 8 juill. 1999, aff. C-199/92, *Hüls*, aff. C-199/92 : les amendes prononcées par la Commission CE peuvent être qualifiées de pénales au sens de l'article 6 de la CEDH ; Cass., ass. plén., 5 févr. 1999, *Oury*, *JCP* 1999. II. 10057, note M. A. Lafortune.

5. L. Idot, « Responsabilité quasi-répressive : l'exemple du droit de la libre concurrence », *LPA* 11 juill. 2001, p. 34 ; M.-A. Frison-Rochie et M.-S. Payet, *op. cit.*, n° 301.

6. CJCE 9 nov. 1983, *Michelin*, aff. C-322/81, *Rec.* 3461.

7. TPICE 25 oct. 2005, *Danone*, *Rec.* 4407.

8. TPICE 9 juill. 2003, *Chell Jedang Corporation*, aff. T-220/00, *Rec.* 2473 ; Cons. conc. n° 04-D-43 du 8 sept. 2004, *Marchés publics organisés par la commune de Grasse dans le secteur des transports scolaires* (BOCC 9 déc. 2004).

9. CEDH 3 juin 2004, *OOO Nestlé*, *RD aff. int.* 2005, n° 2, p. 207.

10. P. Delvolvé, « La cour d'appel de Paris, juridiction administrative ? », in *Mélanges J.-M. Auby*, Dalloz, 1992, p. 47

sive pour connaître des pratiques anticoncurrentielles¹. Ce recours est spécifique et se distingue sur certains aspects d'un appel. Il n'est pas suspensif (art. L. 464-8 al. 3), sauf sursis à exécution ordonné par le premier président de la cour d'appel de Paris. Ce recours est ouvert aux parties, au ministre de l'Économie (art. L. 464-8). Et, pour se mettre en conformité avec l'arrêt *Vebic*², l'Autorité de concurrence est partie défenderesse dans les recours dirigés contre ses décisions. L'Autorité peut former un pourvoi en cassation (C. com., art. L. 464-8, al. 4).

En cas de groupe de sociétés, alors même que la société mère n'est pas condamnée, il peut être tenu compte de l'appartenance au groupe pour apprécier l'existence de conséquences manifestement excessives en vue d'ordonner un sursis à exécution³.

L'arrêt d'appel peut être frappé d'un pourvoi en cassation devant la chambre commerciale de la Cour de cassation.

Le contrôle juridictionnel est régi par les règles institutionnelles⁴.

Le ministre peut aussi, sans vouloir exercer un recours, déposer des conclusions et les développer oralement à l'audience ou produire des procès-verbaux et des rapports d'enquête (art. L. 470-5).

B. Autorité européenne

422. L'autorité de concurrence est la Commission européenne (Commission de Bruxelles). La Commission cumule les pouvoirs de réglementation⁵, d'enquête et de décision – système critiqué par l'OCDE⁶. Pour mettre fin au grief de partialité, un « conseiller-auditeur » a été créé, chargé d'organiser les auditions dans les procédures de concurrence et de veiller au bon déroulement, afin que les droits de la défense soient respectés.

423. Enquête sectorielle. L'article 11 du Règlement n° 1/2003 et l'article 2, § 1, du Règlement n° 773/2004 autorisent la Commission à procéder à des enquêtes sectorielles,

1. Com. 21 févr. 2012, n° 11-13.276, *RLDA* 2012/70, n° 3973, obs. C. Mathonnière : « il résulte de la combinaison des articles L. 420-7 et R. 420-5 du Code de commerce, ce dernier issu du décret n° 2005-1756, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2006, que la cour d'appel de Paris est seule investie du pouvoir de statuer sur les appels formés contre les décisions rendues sur les litiges relatifs à l'application des articles L. 420-1 à L. 420-5 du même code, ainsi qu'à l'application des articles 81 et 82 du traité, devenus 101 et 102 du TFUE ; que l'inobservation de ces textes est sanctionnée par une fin de non-recevoir ».

2. CJUE 7 déc. 2010, aff. C-439/08, *Europe* 2011, comm. 71, obs. L. Idot : « L'article 35 du Règlement (CE) n° 1/2003... doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une réglementation nationale qui n'accorde pas la faculté à une autorité de concurrence nationale de participer, en tant que partie défenderesse, à une procédure judiciaire dirigée contre la décision dont cette autorité est l'auteur ».

3. Com. 22 oct. 2013, pourvoi n° 12-23486 : « il n'est pas interdit au premier président, saisi en application de (C. com., art. 464-8), de tenir compte, s'il l'estime justifié par les circonstances de l'espèce, de l'appartenance de la personne morale sanctionnée à un groupe pour apprécier si l'exécution immédiate de la décision est susceptible d'entraîner des conséquences manifestement excessives ».

4. CJUE 25 janv. 2007, *Salzgitter Mannesmann GmbH*, préc. : le contrôle de la CJUE est limité dans la mesure où elle n'est pas compétente pour constater les faits ni pour examiner les preuves que le tribunal a retenues à l'appui de ces faits. Dès lors que ces preuves ont été obtenues régulièrement, que les principes généraux du droit et les règles de procédure ont été respectés, seul le tribunal peut apprécier la valeur des éléments soumis.

5. La Commission élabore des projets qui seront adoptés par le Conseil, et même adopte des règlements, lignes directrices ou communications.

6. OECD, *Competition Law and Policy in the European Union*, 2005.

avant toute poursuite. La Commission peut procéder à des investigations systématiques, et décider à l'issue de poursuivre des entreprises. Ces enquêtes débouchent souvent sur des procédures au fond.

424. Procédure contentieuse. La Commission peut se saisir elle-même ou être saisie d'une plainte pour pratique anticoncurrentielle. Sont habilitées à déposer une plainte devant la Commission les personnes physiques ou morales qui font valoir un intérêt et les États membres (art. 7, Règl. n° 1/2003). Un consommateur peut saisir la Commission dans la mesure où il a un intérêt légitime à faire cesser l'infraction¹.

Pour mener son instruction, la Commission dispose d'enquêteurs chargés de recueillir des renseignements auprès des autorités nationales et des États. La Commission peut aussi interroger directement les entreprises en leur demandant des renseignements, et peut, avec le concours des autorités nationales, faire procéder à des inspections.

425. Recours. La décision de la Commission peut être frappée d'un recours devant le Tribunal de l'Union européenne (Trib. UE) puis devant la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE). Le recours devant le tribunal est un recours de pleine juridiction – ce qui signifie que le Tribunal dispose d'un contrôle entier sur la matérialité des faits (erreur de fait) et l'application des règles de droit (erreur de droit), tandis que le contrôle de la Cour est un contrôle de droit.

En principe, le pourvoi devant la Cour n'a pas d'effet suspensif. S'il est recevable et fondé, la Cour annule la décision du Tribunal. Dans le cas où l'affaire est en état d'être jugée, la Cour peut trancher elle-même définitivement le litige. Dans le cas contraire, elle renvoie l'affaire au Tribunal, qui est lié par la décision rendue par la Cour dans le cadre du pourvoi.

§ 2. JURIDICTIONS NATIONALES

426. Mise en œuvre du droit des pratiques anticoncurrentielles par les juridictions et le « private enforcement ». Les juridictions nationales ont une compétence exclusive pour accorder des dommages-intérêts et/ou annuler un accord contrevenant au droit de la concurrence.

Section 1

Ententes

À quelques exceptions près, les solutions de droit interne sont calquées sur celles de droit européen. Aussi, les deux droits seront-ils présentés ensemble.

Sous-section 1

Éléments constitutifs de l'entente

Pour être condamnée, l'entente suppose une concertation entre plusieurs entreprises (§ 1) et une atteinte au marché (§ 2).

1. Par ex. : Comm. CE n° 1999/271/CE du 9 déc. 1998, *Transbordeurs grecs* (JOCE n° L-109 du 27 avr. 1999, p. 24).

§ 1. UNE CONCERTATION ENTRE PLUSIEURS ENTREPRISES

427. L'article L. 420-1 du Code de commerce vise les actions concertées, les conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions. L'article 101 TFUE mentionne les accords entre entreprises, les décisions d'associations d'entreprises et toutes les pratiques concertées. Sous un vocabulaire un peu différent, sont désignés les accords, entente expresse ou tacite (A), les pratiques concertées (B) et les décisions d'association d'entreprises qui passent par une forme sociale (C). La concertation doit être prouvée.

On rappelle que la concertation n'est prohibée qu'autant qu'elle met en cause des entreprises au sens du droit de la concurrence.

A. Accord, entente expresse ou tacite

1° Forme de l'entente

428. Est une entente¹ un accord entre concurrents (accord horizontal) ou entre non-concurrents (accord de distribution qualifié d'accord vertical²). Il n'est pas nécessaire que les parties aient conclu une convention au sens civiliste : il peut s'agir de conditions générales de vente acceptées, de lettres ou circulaires adressées à des distributeurs...

429. *Un accord non obligatoire.* Constitue une entente toute coordination concertée entre opérateurs économiques. Il suffit que les parties aient décidé de suivre une politique commune susceptible de fausser la concurrence sans s'obliger juridiquement et en se réservant la possibilité de changer d'avis. Les solutions sont les mêmes en droit interne et européen. Sont des ententes de simples recommandations ou avis émanant d'un organisme, une circulaire, un engagement d'honneur³, une règle déontologique⁴, un code de bonne conduite⁵, une transaction, même une convention nulle selon le droit national⁶. Il n'est pas nécessaire qu'un accord soit respecté ; il suffit qu'un accord ait un objet restrictif de concurrence⁷.

430. *Infraction complexe ou infraction globale.* Le cartel complexe, qualifié aussi d'infraction globale, peut prendre la forme d'un plan coordonné sur une longue durée. Il peut consister en une série d'actes particuliers s'inscrivant dans une structure d'ensemble ou en un comportement continu. Le cartel complexe est considéré comme une seule infraction se poursuivant dans le temps. Il importe peu que le cartel ait été modifié, adapté ou renforcé si les objectifs initiaux sont maintenus. Il importe peu qu'existent entre les membres du cartel des conflits et rivalités internes. Il suffit qu'ils aient un objectif commun et permanent.

1. E. Claudel, *Ententes anticoncurrentielles et droit des contrats*, thèse dactyl., Paris X, 1993.

2. Arrêt de principe : CJCE 13 juill. 1966, *Grunding et Consten*, Rec. 429.

3. CJCE 15 juill. 1970, *Chemiefarma*, aff. 41/69, Rec. 661.

4. TPICE 28 mars 2001, *Institut des mandataires agréés près l'Office européen des brevets (OEB)*, aff. T-144/9, CCC 2001, comm. 109 (à propos d'une règle déontologique interdisant toute publicité comparative).

5. Cons. conc. n° 07-D-04, *Franchise Jeff de Bruges*, Concurrences n° 2/2007, pt 99.

6. CJCE 11 janv. 1990, *Sandoz*, aff. C-277/87, Rec. 45.

7. TPICE 15 mars 2000, *Cimenteries*, aff. T-25... 95, Rec. 491, pt 897.

La notion d'infraction complexe a été reconnue pour la première fois en droit européen dans l'affaire du polypropylène¹ et retenue par une jurisprudence postérieure². Cette notion est également retenue en droit interne³.

Il faut prouver que chaque entreprise poursuivie a entendu contribuer par son comportement à l'objectif commun et qu'elle avait connaissance des comportements des autres entreprises participant à l'entente ou consciente de participer à un plan global ou qu'elle pouvait raisonnablement le prévoir⁴. La durée et la continuité de l'infraction doivent aussi être établies⁵.

L'entreprise ayant participé à l'infraction sera aussi responsable des comportements mis en œuvre par d'autres entreprises. En effet, une participation partielle ou épisodique peut entraîner une responsabilité globale – la notion d'infraction complexe permet ainsi de déroger aux exigences habituelles de la preuve⁶. Cependant, pour respecter le principe de personnalité des peines, chaque entreprise doit avoir participé à l'entente collective en connaissance de cause.

L'entreprise peut être déchargée de toute responsabilité si elle prouve qu'elle a pris ses distances à l'égard de l'entente. Elle pourra n'être tenue responsable des agissements que pendant la période où elle a été active et ne sera pas responsable des agissements postérieurs, si elle prouve que sa participation n'a pas été continue⁷.

La participation à une entente complexe est considérée comme plus nocive que la participation à une entente simple⁸.

2° Entente expresse ou tacite

431. En l'absence d'accord exprès, le consentement peut résulter d'un comportement actif démontrant la volonté d'adhérer à l'entente. Le consentement tacite résultera le plus souvent de la présence à des réunions, de communications téléphoniques au cours desquelles l'objet de l'entente a été débattu. Ou encore, l'adhésion à une entente peut être déduite de l'acceptation de conditions commerciales attestée par des factures payées par le distributeur.

Le consentement à l'entente résulte de sa réalisation ou/et de la participation à l'élaboration de l'entente : par exemple, l'entreprise a participé à la rédaction de protocoles d'accord ayant un objet anticoncurrentiel⁹. Est punissable aussi bien celui qui a conçu l'entente, qui l'a organisée, ou mise en œuvre. Mais l'auteur doit avoir pris une « part personnelle et déterminée » à l'entente.

1. Comm. n° 86/398/CEE du 26 avr. 1986.

2. Par ex. : CJCE 8 juill. 1999, C-49/92, *Anic*.

3. Par ex. : Com. 9 oct. 2007, *Veolia*, CCC 2007, comm. 304, obs. G. Decocq ; ADLC n° 13-D-12 du 28 mai 2012, *Pratiques mises en œuvre dans le secteur de la commercialisation de commodités chimiques*.

4. TPICE 14 mai 1998, *Buchmann GmbH*, T-295/94 ; CJCE 8 juill. 1999, C-49/92, *Anic*.

5. Par ex. : Com. 15 mars 2011, n° 09-17. 055 ; TPICE 16 nov. 2006, *Peroxidos Organicos*, T-120/04, pt 51 (infraction ininterrompue).

6. TPICE 8 oct. 2008, *Schunk GmbH*, T-69/04 : « on ne saurait exiger de la Commission qu'elle qualifie précisément l'infraction, pour chaque entreprise et à chaque instant donné, dès lors que, en toute hypothèse, l'une et l'autre de ces formes d'infraction sont visées à l'article 101 TFUE ».

7. Trib. UE 17 mai 2013, aff. jtes T-147/09 et 148/09, *Trelleborg*.

8. CJUE 6 déc. 2012, C-441/11, *Verhuizingens*, pt. 71.

9. Com. 13 févr. 2001, *SA Synergie c/ Sté Adecco et autres*, CCC 2001, n° 90.

3° Échange de consentement

432. Preuve d'un consentement. L'entente suppose une pluralité de participants (au moins deux). Les autorités de contrôle doivent prouver que les parties à l'entente ont eu la volonté de participer à une action concertée. Si le consentement n'est pas prouvé, le comportement est unilatéral¹. En cas d'entente verticale, la question est délicate (a). L'intention anticoncurrentielle n'est pas exigée (b).

a) Entente verticale²

433. Vraie et fausse décision unilatérale. Des conditions générales de vente ou une circulaire adressée aux distributeurs par le fournisseur peuvent être qualifiées d'ententes si elles ont été acceptées par ces derniers. L'acceptation peut être expresse ou tacite. Toute la difficulté est de prouver cette acceptation. À défaut, le comportement litigieux émane unilatéralement du fournisseur. Par exemple, le distributeur est resté silencieux après avoir reçu la circulaire. L'a-t-il acceptée ?

Si l'accord vertical comporte des clauses manifestement illicites, l'accord de volonté à l'entente anticoncurrentielle est établi. Ce sera le cas si le contrat comporte des « clauses noires », qualifiées de « restrictions flagrantes » par le Règlement d'exemption n° 330/2010 du 20 avril 2010 sur les restrictions verticales (par ex., clause d'imposition d'un prix minimal de revente ; clause de territorialité absolue).

434. La réalité du consentement à l'entente. Si le contrat ne comporte pas de restrictions flagrantes, la preuve du consentement à l'entente est délicate, car il convient de vérifier que le distributeur a bien adhéré à la politique anticoncurrentielle de son fournisseur – afin de distinguer les comportements unilatéraux des comportements bilatéraux.

La jurisprudence récente interne et européenne distingue les vrais des faux comportements unilatéraux. En conséquence, elle vérifie en premier lieu qu'il y a bien eu une offre anticoncurrentielle adressée à son partenaire³.

Par exemple, dans l'affaire *Bayer*⁴, la Cour de justice a considéré que le refus opposé par le fabricant Bayer d'approvisionner des grossistes situés en Espagne et en France ne pouvait être qualifié d'entente entre Bayer et ses distributeurs, car il n'était pas prouvé que Bayer avait exigé de ses distributeurs qu'ils refusent d'approvisionner les grossistes espagnols et français. Bayer n'avait pas adressé une « invitation » claire à la réalisation d'une pratique anticoncurrentielle.

En second lieu, elle vérifie l'existence d'un véritable acquiescement, même tacite. Cet acquiescement résulte, par exemple, de la mise en œuvre de la politique anticoncurrentielle préconisée par le fabricant. En revanche, la preuve d'un acquiescement ne peut être déduite de la simple existence de relations commerciales continues⁵. De même, elle ne

1. Com. 12 janv. 1999, *OFUP*, CCC 1999, n° 57, et nos obs.

2. V. Sélinisky, « Standards de preuve de la concertation illicite dans le cadre d'ententes horizontales renforcées par des ententes verticales », *RLC* juill.-sept. 2006, p. 23 s.

3. Par ex. : CJCE 6 janv. 2004, *Bayer*, aff. jtes C-2/01 et 3/01, *Europe* 2004, comm. 84, obs. L. Idot : « pour qu'un accord au sens de l'article 81, § 1, CE, puisse être réputé conclu au moyen d'une acceptation tacite, il est nécessaire que la manifestation de volonté de l'une des parties contractantes visant un but anticoncurrentiel constitue une invitation à l'autre partie... » (pt 102).

4. CJCE 6 janv. 2004, *Bayer*, aff. jtes C-2/01 et 3/01, *Europe* 2004, comm. 84, obs. L. Idot.

5. TPICE 3 déc. 2003, *Volkswagen*, aff. T-208/01, *Europe* 2004, comm. 84, obs. L. Idot ; revirement de jurisprudence par rapport à CJCE 18 sept. 2003, aff. C-338/00, *Volkswagen I*, *Europe* 2003, comm. 370, obs. L. Idot ; CJCE 6 janv. 2004, *Bayer*, préc.

peut être déduite de la simple adhésion à un réseau de distribution. Il n'y a entente que si la mesure découle directement du contrat de distribution par la stipulation de clauses anticoncurrentielles (les « restrictions flagrantes ») ou si les distributeurs acquiescent expressément ou tacitement à la politique concurrentielle du fournisseur¹.

Par exemple, dans l'affaire *Volkswagen*², les circulaires adressées aux concessionnaires allemands, les invitant à adopter une politique anticoncurrentielle, bien que s'inscrivant dans des relations contractuelles, ne peuvent être considérées comme une invitation à s'entendre, faute d'une acceptation par les concessionnaires.

De même, un simple accord donné lors de la conclusion du contrat de distribution de portée générale à une clause générale stipulée dans le contrat, telle que « l'obligation de défendre les intérêts du fournisseur et d'en assurer la promotion par tout moyen » ne suffit pas à caractériser l'acceptation du distributeur³. Certes, l'acceptation peut être implicite mais elle ne doit pas être ambiguë⁴. « Le seul fait qu'une mesure adoptée par le fabricant a pour objet ou pour effet de restreindre la concurrence et s'inscrit dans le cadre de relations continues ne saurait être suffisant pour conclure à l'existence d'un accord »⁵.

En revanche, le consentement à l'entente est prouvé si le distributeur s'engage chaque année à respecter la politique commerciale de son fournisseur en réitérant annuellement son accord⁶. De même, le consentement est établi si le distributeur met à exécution la politique anticoncurrentielle du fournisseur.

Par exemple, le Conseil de la concurrence (devenu l'Autorité de la concurrence) a affirmé qu'en présence d'une invitation d'un fabricant à respecter des prix « conseillés », l'accord de volontés des distributeurs peut être démontré par une uniformisation anormale des prix pratiqués par les revendeurs mais aussi par la signature d'un contrat de coopération commerciale impliquant le respect de la politique commerciale ou de la politique de communication du fabricant par les revendeurs⁷.

Dans un arrêt important mettant en cause les parfumeurs, la Cour de cassation a précisé qu'en présence d'une invitation d'un fabricant à respecter des prix conseillés, la preuve de l'entente n'est pas subordonnée à l'identification de tous les distributeurs ayant participé à l'entente⁸.

b) Intention anticoncurrentielle

435. Preuve d'une intention anticoncurrentielle ? La preuve de l'intention anticoncurrentielle n'a pas à être rapportée⁹, car le droit de la concurrence est un droit objectif, qui ne s'intéresse qu'au marché tant en droit interne qu'en droit européen et aux pratiques (pouvant prendre la forme d'un contrat) affectant ce marché. Seule importe la preuve d'une adhésion à l'entente, sans nécessairement que les parties aient eu l'intention de fausser le jeu de la concurrence. La bonne foi n'est pas une cause d'exonération de la pratique¹⁰.

1. En ce sens, L. Idot, obs. in *Europe* 2004, comm. 45.

2. TPICE 3 déc. 2003, *Volkswagen II*, aff. T-208/01, *Europe* 2004, n° 84, obs. L. Idot.

3. TPICE 3 déc. 2003, *Volkswagen II*, préc.

4. Par ex. : Cons. conc. n° 05-D-07 du 24 févr. 2005, *Pratiques mises en œuvre sur le marché des armes et munitions* (BOCC 28 oct. 2005, p. 745).

5. CJCE 6 janv. 2004, *Bayer*, aff. C-2/01, *Europe* 2004, n° 84, obs. L. Idot.

6. Cons. conc. n° 05-D-07 du 24 févr. 2005, *Pratiques mises en œuvre sur le marché des armes et munitions* (BOCC 28 oct. 2005, p. 745).

7. Cons. conc. n° 05-D-66 du 5 déc. 2005, *SARL Avantage*.

8. Com. 11 juin 2012, *Sté Marionnaud*, D. 2013. 1542.

9. Trib. UE 14 mars 2013, T-587/08, *Frash dels Monte Produce*, et T-588/08, *Dole food Cpany*, CCC 2013, comm. 137, obs. G. Decocq ; CJCE 13 févr. 1979, aff. 85/76, *Hoffman Laroche*.

10. Par ex. : CJUE 18 juin 2013, C-681/11, D. 2013. 1542 : l'erreur commise la licéité d'un comportement n'est pas une cause d'exonération de la pratique.

Si l'intention des parties ne constitue pas un élément nécessaire pour déterminer le caractère restrictif d'une pratique concertée, rien toutefois n'interdit aux autorités de concurrence d'en tenir compte pour fixer le montant de l'amende.

436. Indifférence des objectifs poursuivis par les participants à l'entente ou la pratique concertée. Une entente est anticoncurrentielle, alors même qu'elle a pour objet ou effet d'évincer une entreprise opérant illégalement¹, dès lors que le marché est affecté.

Plus généralement, un accord ou une pratique concertée qui poursuit des objectifs légitimes (telle une entente en vue d'écouler très rapidement des produits périssables) peut être considérée comme ayant un objet anticoncurrentiel même si l'objectif principal n'est pas de fausser la concurrence².

437. Participation et/ou contribution active à l'entente. Une entente peut être caractérisée alors même qu'une partie n'est pas présente sur le marché mais a participé activement à sa mise en œuvre. Par exemple, un cabinet d'avocats qui délivre des conseils anticoncurrentiels peut être poursuivi pour entente. Il faut que l'entreprise ait contribué, même passivement, à la mise en œuvre de l'entente et ait souscrit, même tacitement, aux objectifs poursuivis³.

4° Un échange de consentements libres

438. Un accord libre. Le consentement doit être libre : n'est pas libre l'entente qui résulte de l'application d'un texte législatif ou réglementaire pris pour son application ; elle est alors exemptée par le droit interne (C. com., art. L. 420-4-1). En droit européen, il n'existe pas de texte analogue à l'article L. 420-4-1, mais le droit européen vérifie également que le consentement a été donné librement. Si l'État impose une entente, les entreprises ne peuvent être poursuivies. Par exemple, la qualification d'entente ne sera pas retenue, dans une hypothèse de fixation et de répartition de quota entre cinq importateurs, au motif que les autorités françaises ont imposé aux importateurs ces quotas et que ces derniers n'avaient pas eu le choix au moment de la signature de leur engagement⁴.

Mais si les entreprises disposent d'une marge de manœuvre, l'article 81 (devenu art. 101 TFUE) est applicable⁵. Ainsi, si l'État aide, renforce ou homologue une entente, adoptée par des entreprises les entreprises sont alors poursuivies (v. ss 98 s.), à propos de l'homologation d'entente tarifaire conclue au sein d'un ordre professionnel.

439. Accord donné par une entreprise dépourvue d'autonomie. De même, n'est pas poursuivie une entité dépourvue d'autonomie puisqu'elle n'a fait que suivre les instructions d'un autre organisme.

440. Consentement donné sous la contrainte⁶. Le droit interne et européen des pratiques anticoncurrentielles, à la différence du droit des pratiques restrictives est indifférent

1. CJUE 7 févr. 2013, C-68/12, *Protimonopoly urad Slovenskej*, D. 2013. 431.

2. Trib. UE 14 mars 2013, T-587/08, *Frashi dels Monte Produce*, préc.

3. Par ex. : TPICE 8 juill. 2008, *Treuhland*, C-99/04, CCC 2008, comm. 235, obs. G. Decocq.

4. TPICE 26 oct. 2000, *Asia Motors*, aff. T-154/98, Rec. 3456.

5. Par ex. : CJCE 11 avr. 1989, *Ahmed Seed Flugreisen*, aff. 66/86, Rec. 803.

6. Pour de plus amples développements, v. L. Arcelin-Lécuyer, *Droit de la concurrence*, 2^e éd., n° 102, PU Rennes.

à l'inégalité des partenaires. Il importe peu qu'une entreprise en position de force impose ses conditions à ses partenaires. Si ceux-ci les ont acceptées, l'entente est caractérisée. La violence économique n'est pas admise au stade de la qualification des comportements. Elle peut simplement jouer au niveau de la sanction – l'entreprise ayant imposé une entente sera plus lourdement condamnée que les entreprises qui n'ont fait que suivre les ordres imposés par une autre entreprise.

441. Certes, de rares décisions de droit interne décident que la participation à une entente anticoncurrentielle peut être exonérée si elle est consentie sous une menace, telle une menace de boycott¹. En droit européen, il a été affirmé qu'« une entreprise ne pourrait échapper à l'application de l'article 85 (devenu art. 81 Traité CE, et maintenant art. 101 TFUE) au motif qu'elle a agi sous la contrainte que si ce comportement était indispensable pour écarter un péril dont l'entreprise était menacée, si les menaces étaient directes, si le péril était imminent et si aucune voie légale ne permettait d'y parer »². La contrainte doit donc être grave et le péril imminent. Il résulte de cet arrêt qu'une contrainte moins forte ne peut que diminuer le montant de la sanction.

442. Le fait d'obéir à la loi peut faire disparaître le caractère volontaire de l'adhésion à l'entente (v. ss 533 s.).

443. Entente de crise. L'entente de crise est très exceptionnellement admise par les autorités de contrôle internes et européennes (v. ss 498).

B. Action concertée

444. Toutes les ententes ne sont pas juridiquement structurées, sous forme d'une entente expresse ou tacite. L'action concertée est une prise de contact direct ou indirect entre concurrents de nature à dévoiler le comportement qu'une entreprise adopterait sur ce marché et qui a pour objet pu effet d'aboutir à des conditions de concurrence qui ne correspondent pas aux conditions normales du marché³. L'action concertée ne réunit pas tous les éléments d'un accord, mais résulte d'une « coordination qui s'extériorise par le comportement des participants »⁴. La notion a été consacrée dans l'affaire des matières colorantes⁵.

L'action concertée se distingue difficilement du parallélisme de comportements. Or, le parallélisme de comportements n'est pas nécessairement la résultante d'une entente. Le parallélisme est suspect, mais il peut résulter du jeu naturel du marché ou du fait que les entreprises les moins puissantes doivent s'aligner sur les plus puissantes. Les entreprises peuvent s'adapter de façon autonome au contexte de marché.

445. La solution en droit interne⁶ et européen⁷ est que le parallélisme de comportements ne suffit pas, à lui seul, à démontrer une entente, une telle attitude pouvant résulter

1. Cons. conc. n° 90-D-35 du 9 oct. 1990, CCC 1991, n° 40, obs. L. Vogel : une société, contrainte d'aligner ses prix sous la pression de graves menaces et sous l'empire de contraintes individuelles, n'avait pas consenti à l'entente et son comportement n'est pas anticoncurrentiel.

2. TPI 14 mai 1998, *Cascades*, aff. T-308/94, *Rec.* 925.

3. TPICE 15 mars 2000, aff. jtes T- 22/95 et autres, pts 132 s.

4. CJCE 14 juill. 1972, *Matières colorantes*, *Rec.* 619.

5. CJCE 14 juill. 1972, *Matières colorantes*, *Rec.* 619.

6. Com. 8 oct. 1991, *Bull. civ.* IV, n° 195.

7. CJCE 8 juill. 1999, *Anic*, aff. C-49/92, *Rec.* 4125.

de décisions prises par des entreprises qui s'adaptent de façon autonome au contexte de marché. C'est le parallélisme non seulement conscient mais concerté qui est répréhensible. Il a, par exemple, été jugé que la simple convergence des intérêts particuliers de deux entreprises, qui étaient dans des situations différentes, n'est pas un élément de preuve suffisant d'une pratique concertée¹. La preuve d'un faisceau d'indices doit être rapportée. Mais un faisceau d'indices ne suppose pas pour autant une « diversité de leur source »².

446. Preuve d'un consentement à l'entente et droit européen. S'il est rapporté que les entreprises ont eu une réunion ou une prise de contact téléphonique, même isolée suivie d'un parallélisme de comportements, l'entente est présumée avoir affecté le marché. En effet, « s'il est établi que cette exigence d'autonomie n'exclut pas le droit des opérateurs économiques de s'adapter intelligemment au comportement constaté ou à l'escompter, elle s'oppose à toute prise de contact, directe ou indirecte, entre de tels opérateurs ayant pour objet ou effet d'influencer le comportement sur le marché d'un concurrent actuel ou potentiel »³. La concurrence exige une autonomie de comportement. Pour être ne pas être condamnée, l'entreprise doit prouver qu'elle n'a été en aucune manière influencée par les échanges d'informations (sur les échanges d'informations, v. ss 476 s.). Cet échange d'informations se fait souvent à l'occasion de réunions, même informelles, ou sont organisées au sein d'organisation professionnelle ou par des syndicats.

447. Preuve de l'entente et participation à une réunion. Le droit européen condamne l'échange réciproque d'informations si la concertation donne à chacun des partenaires une assurance sur la politique suivie par ses concurrents et fait ainsi disparaître tout risque inhérent au jeu de la concurrence. En effet, la concurrence suppose que les entreprises adoptent un comportement autonome de façon à assumer le risque de la concurrence. Certes, les entreprises peuvent s'adapter au comportement des autres opérateurs, mais ne peuvent avoir des contacts ayant pour objet ou effet d'influencer leur décision⁴. Dès lors que l'entreprise a participé à une réunion au cours de laquelle des informations ont été communiquées, l'entente est prouvée. Même si l'entreprise ne s'est pas conformée à la politique commerciale pratiquée par les autres participants, elle est présumée avoir adhéré à la concertation⁵. Car l'entreprise a « dû nécessairement prendre en compte, directement ou indirectement, les informations obtenues au cours de ces réunions pour déterminer la politique qu'elle entendait suivre sur le marché »⁶.

En revanche, l'entreprise ne sera pas poursuivie si elle a émis des réserves. Il en est ainsi lorsqu'elle s'est publiquement (par lettre ou tout moyen) démarquée d'une politique

1. Droit interne : Paris, 15 févr. 2000, CCC 2000, n° 6, et nos obs. ; Com. 12 févr. 2002 (BOCC 27 mars 2002, p. 197).

2. Com. 25 avr. 2001, *Sté L. Bouillet* (BOCC 23 juin 2001, p. 525).

3. CJCE 16 déc. 1975, *Suiker*, aff. jtes 40 à 18, 50, 54 à 56, 111, 113, et 114/73, *Rec.* 1663 ; CJCE 8 juill. 1999, *Anic*, aff. C-49/92, *Rec.* 4125.

4. CJCE 16 déc. 1975, *Suiker*, préc. ; CJCE 8 juill. 1999, *Anic*, préc.

5. CJCE 4 juin 2009, aff. C-8/08, *T-Mobile Neterlands BV*, *Europe* 2009, comm. 323, obs. L. Idot ; CJCE 15 oct. 2002, *Limburgse...*, aff. jtes C-238/99 et autres, CCC 2003, n° 60, obs. S. Poillot-Peruzzetto : la responsabilité d'une entreprise peut être retenue si elle a participé à des réunions ayant un objet anticoncurrentiel, quelle que soit l'intensité de sa participation, en ayant connaissance de cet objet et même si ensuite elle n'a pas mis en œuvre les mesures convenues.

6. TPICE 12 juill. 2001, T-202/98 s., *Tate & Lyle British Sugar*.

anticoncurrentielle. Cette distanciation doit être exprimée avec précision et ne peut être formulée en termes généraux¹. Il ne suffit pas qu'elle ait quitté la réunion².

Le droit interne, pendant longtemps plus rigoureux, se rallie désormais à la position européenne³.

448. Parallélisme, oligopole et absence d'explication économique plausible en droit européen. Le parallélisme de prix peut résulter d'une anticipation permise par la transparence du marché⁴ et ne permet donc pas en lui-même de prouver la pratique concertée. Un marché oligopolistique peut justifier que les entreprises adoptent un comportement identique. On a pu parler de l'« immunité oligopolistique ».

La preuve d'une entente peut être apportée par un faisceau d'indices. En cas de parallélisme de comportements, la Commission européenne doit établir qu'il n'existe « aucune explication économique valable » ou que « la concertation est la seule explication plausible »⁵. Si les entreprises apportent la preuve d'une explication plausible qui justifie le parallélisme et qui n'est pas contestée par la Commission, la concertation n'est pas caractérisée⁶. Ainsi, n'est pas condamné un comportement parallèle qui peut être expliqué par un « leadership » en prix et non par une concertation⁷.

449. Droit interne. De même, dans l'affaire de la distribution des carburants en Corse, il est admis qu'un parallélisme de comportements qui ne se justifie ni par les caractéristiques du marché ni par les coûts d'exploitation communs démontre l'entente, en l'absence de contacts préalables⁸. Des auteurs ont critiqué la solution comme étant contraire à un droit d'inspiration libérale⁹. Si une explication économique est proposée, les entreprises ne sont pas condamnées¹⁰.

1. CJUE 3 mai 2012, C-290/11, *Comap SA*.

2. CJCE 19 mars 2009, *Archer Daniels Midlands Co*, aff. C-510/06, pt 120.

3. Paris, 25 févr. 2009, *Secteur de déménagement*, CCC 2009, comm. 108, obs. G. Decocq, *RLC* 2/2009, p. 103, obs. M. Debroux, *RTD com.* 2010. 77 s., note E. Claudel.

4. Cons. conc. n° 99-D-10 du 2 févr. 1999, *Secteur des tubes en polychlorure de vinyle (BOCC* 3 juin 1999, p. 296), CCC 1999, comm. 128, et nos obs.

5. Par ex. : CJCE 31 mars 1993, *Ahlström*, aff. C-89/85, *Rec.* 1307 : « le parallélisme des prix et leur évolution trouvent une explication satisfaisante dans les tendances oligopolistiques du marché ainsi que dans les circonstances particulières à certaines périodes » ; TPICE 20 avr. 1999, T-305/94, *PVC II, Europe*, comm. 210, obs. L. Idot ; Trib. UE 12 avr. 2012, 22 arrêts, T-442/08 et a., *Europe* 2013 comm. 269, obs. L. Idot.

6. Par ex. : CJCE 31 mars 1993, *Ahlström*, aff. C-89/85, *Rec.* 1307 : « le parallélisme des prix et leur évolution trouvent une explication satisfaisante dans les tendances oligopolistiques du marché ainsi que dans les circonstances particulières à certaines périodes » ; v. aussi, TPICE 20 avr. 1999, T-305/94, *PVC II, Europe*, comm. 210, obs. L. Idot ; Trib. UE 12 avr. 2012, 22 arrêts, T-442/08 et a., *Europe* 2013, comm. 269, obs. L. Idot.

7. Comm. n° 84/405 CEE du 6 août 1984, *Groupe de producteurs de zinc (JOCE n° L-220 du* 17 août 1984, p. 27).

8. Com. 8 oct. 1991, *Bull. civ.* IV, n° 195.

9. A. Decocq, *Gaz. Pal.* 21-23 mars 1993. *Doctr.* 4, spéc. 9 ; H. Synvet, *JCP* 1003. II. 22095, sous Com. 8 oct. 1993.

10. Paris, 20 oct. 1993, CCC 1992, n° 195, obs. L. Vogel (le parallélisme du prix de revente du prix du carburant sans plomb est justifié par les mesures d'incitation fiscale) ; Com. 12 févr. 2002, *CNPA (BOCC* 27 mars 2002, p. 197) : « une identité de prix sur trois produits, relevée sur une seule journée, ne suffisait pas à elle seule, à établir l'existence d'une concertation entre les deux centres Leclerc... dès lors que des éléments objectifs tels que les conditions d'approvisionnement ou d'exploitation, identiques ou très proches, pouvaient expliquer une uniformité de prix ».

450. *Entreprise en position dominante.* Il est plus facile d'admettre qu'une entreprise en position dominante puisse contraindre ses concurrents à aligner leurs prix sur les siens, par application de la théorie du *price leader*. En revanche, il est douteux qu'une similitude de coûts et charges puisse être justifiée par le parallélisme.

C. Entente et groupement

1° La constitution d'un groupement

451. *L'entente peut être constituée à travers un groupement.* La structure juridique du groupement importe peu ; il peut ne pas avoir la personnalité morale. Le groupement peut être utilisé ou créé à cette fin. Le principe est que la création d'un groupement n'est pas répréhensible *per se*, sauf lorsque l'objet social est manifestement anticoncurrentiel. L'objet est anticoncurrentiel en raison : 1° des caractéristiques du marché (par exemple marché étroit que la constitution d'un groupement risquerait d'assécher) ; et 2° en raison de l'absence de justifications objectives.

À l'inverse, la constitution d'un GIE entre concurrents en vue de répondre aux appels d'offres et de coordonner les offres peut être justifiée par des considérations techniques : regroupement des entreprises pour exécuter en commun les travaux ou mettre en commun les moyens¹, répartition des compétences ou par des justifications économiques (recherche d'économie d'échelle)².

2° Décision d'association d'entreprises

452. *Ordre professionnel, syndicat, organisme professionnel.* Un ordre professionnel, un syndicat ou une organisation professionnelle sont considérés comme une association d'entreprises³ dès lors que le groupement réunit des professionnels qui sont des opérateurs économiques. Il importe peu que certains de ses membres n'aient pas une activité économique⁴.

En revanche, si les adhérents au groupement ne sont pas des entreprises au sens du droit de la concurrence, le groupement ne peut être poursuivi sur le terrain du droit de la concurrence (par ex. : un syndicat de salariés ne peut être qualifié d'entreprise, faute pour ses membres d'exercer une activité économique en toute indépendance⁵).

Cependant, le syndicat, comme un ordre professionnel, a pour mission de défendre les intérêts de leurs membres. Il a pour mission de défendre les intérêts de ses membres. S'il agit à des fins non économiques et dans le respect de la mission qui lui est impartie, il ne sera pas assujéti aux lois de la concurrence⁶.

1. Com. 10 janv. 1995, *RJDA* 1995, n° 596 ; Cons. conc. n° 07-D-34 du 24 oct. 2007, *Marché de la restructuration de l'hôpital St-Léon-de-Bayonne*.

2. Com. 10 janv. 1995, *RJDA* 1995, n° 596.

3. Par ex. : Trib. UE 26 oct. 2010, *CNOP*, T-23/09 (ordre national des pharmaciens).

4. Trib. UE 13 déc. 2006, *FNCBV*, aff. T-217/03 et T-245/03, *Rec. II-4987*, *RTDE* 2008. 313, note J.-B. Blaise.

5. Com. 15 janv. 2002, *D.* 2002. 720, obs. É. Chevrier ; approuve la solution : P.-H. Antonmattéi, « Droit social, droit de la concurrence : rencontre d'un autre type », *Rev. Lamy dr. éco.* déc. 1999, p. 1 ; critique la solution : B. Edelman, « Où la concurrence sera le genre humain », *D.* 2000. Chron. 261.

6. CJCE, 19 févr. 2002, aff. C-309/99, *Wouters*.

453. Mais certaines des décisions des ordres professionnels ou des syndicats ont un impact sur le marché. Un syndicat, dans la mesure où il exerce une activité économique, par exemple en incitant au boycott de produits concurrents (ex. les fraises espagnoles), est alors soumis aux lois du marché¹. Pour que l'organisation puisse se voir reprocher une infraction aux règles de concurrence, il faut qu'elle exerce une activité sur le marché atteint par la pratique litigieuse². Il importe peu que la décision litigieuse soit dépourvue d'effet obligatoire (par exemple, une simple recommandation).

En bref, un organisme professionnel peut élaborer et diffuser des documents destinés à l'ensemble de ses membres dans le cadre de sa mission d'information, de conseil et de défense des intérêts professionnels, il ne peut toutefois porter atteinte à l'autonomie de comportement de ses adhérents sur le marché.

Et, l'État peut être condamné s'il confie au groupement des missions régaliennes (sur l'entente automatique, v. ss 98 s.).

3° Accords pris par le groupe

Il faut distinguer les accords internes (a) des accords externes (b).

a) Accords internes au groupe (accords intra-groupe)

454. Le droit des ententes suppose qu'au moins deux entreprises soient parties à l'accord. Lorsque les entreprises appartiennent à un même groupe, la jurisprudence, depuis l'arrêt *Viho*³, déclare l'article 81 (devenu art. 101 TFUE) inapplicable aux accords intra-groupe lorsque la filiale n'a aucune autonomie – ce qui suppose un contrôle à 100 %⁴. L'exclusion de l'art. 101 suppose que la filiale ne dispose d'aucune autonomie et que la société mère ait exercé un pouvoir de contrôle sur sa filiale (v. ss 149).

b) Accords externes⁵

455. En cas d'entente anticoncurrentielle nouée entre une filiale et un tiers, la société mère peut être poursuivie et condamnée si sa filiale ne dispose d'aucune autonomie (v. ss 144 s.).

456. *Fraude*. Des entreprises appartenant à un même groupe, peuvent présenter des offres distinctes et concurrentes à l'occasion d'un appel d'offres, à la condition de ne pas se concerter avant le dépôt des offres et de ne pas dissimuler leur appartenance au groupe. À l'inverse, les entreprises peuvent renoncer à leur autonomie et se concerter pour présenter une offre unique⁶. Si elles dissimulent au tiers leur appartenance à un groupe, elles commettent une fraude (v. ss 148).

1. Com. 15 janv. 2002, *Bull. civ. IV*, n° 15 ; Com. 7 juin 2011, pourvoi n° 10-12.038, *RLDA* 2011/62, n° 3554, obs. C. Mathonnière ; Paris, 13 nov. 2002, *CCC* 2003, comm. 41, et nos obs.

2. Com. 15 janv. 2002, *Bull. civ. IV*, n° 15 : « le Conseil de la concurrence a exclu que les syndicats parties à l'entente incriminée aient une activité économique sur le marché voisin du placement des travailleurs et relève qu'aucune activité de cette nature ne leur est imputée sur le marché de référence ».

3. CJCE 24 oct. 1996, *Viho Europe*, *Rec.* 5482 ; TPICE 6 juill. 2000, *Sté VW et Audi*, aff. T-62/98.

4. F. Chaput, « L'autonomie de la filiale en droit des pratiques anticoncurrentielles », *CCC* 2010, étude 1.

5. V. la très complète étude de L. Idot, « La responsabilité pénale des personnes morales – les leçons du droit européen de la concurrence », *Concurrences* n° 1-2012, p. 55 s.

6. Cons. conc. n° 03-D-07 du 4 févr. 2003, *Secteur des panneaux de signalisation*, *CCC* juin 2003, n° 92, et nos obs.

4° Imputabilité de l'entente en cas de restructuration

457. En cas de restructuration d'entreprises, est responsable l'entreprise qui a commis l'infraction. Ce principe est écarté à titre exceptionnel et la responsabilité de la pratique anticoncurrentielle est imputée au nouvel exploitant si le nouvel exploitant continue à exploiter l'entité impliquée dans l'entente.

§ 2. UNE ATTEINTE AU MARCHÉ

Tant le droit interne que le droit européen ne sanctionnent que les ententes qui ont pour objet ou effet (A) de fausser le jeu de la concurrence. Des tempéraments peuvent être apportés (B). Le droit européen ajoute une condition supplémentaire tenant en l'affectation du commerce entre les États membres (v. ss 173 s.).

A. Objet ou effet anticoncurrentiel

Une entente sera condamnée qu'autant qu'elle a un objet (1°) ou effet (2°) anticoncurrentiel. La condition est alternative. Mais, bien entendu, une pratique peut avoir un objet et un effet anticoncurrentiel.

1° Objet anticoncurrentiel

458. *Objet anticoncurrentiel.* Un objet non suivi d'un effet anticoncurrentiel suffit pour que soit retenu l'article 101 TFUE ou l'article L. 420-1 du Code de commerce. Par exemple, une clause d'interdiction d'exporter a un objet anticoncurrentiel, même si elle n'a pas été mise en œuvre¹.

La notion d'objet anticoncurrentiel, conçue à l'origine comme une règle probatoire, est aujourd'hui appréhendée comme une règle de fond qui prend une ampleur accrue en jurisprudence (v. ss 176 s.).

Une pratique anticoncurrentielle par objet est condamnée même si la pratique affecte de manière peu sensible le marché car les parties à l'entente ont de très faibles parts de marché (v. ss 467).

459. *Analyse économique favorable à une théorie des effets.* La théorie économique est plus favorable à une analyse des pratiques anticoncurrentielles fondée sur les effets des pratiques qu'à une condamnation en raison de leur objet², car cette seconde analyse conduit inéluctablement à sanctionner *per se* certains comportements. La théorie des effets est consacrée en droit de l'abus de position dominante (v. ss 537).

2° Effet anticoncurrentiel

460. *Effet réel ou potentiel et test « contrefactuel ».* Si une pratique a un effet anticoncurrentiel sur un marché, elle est condamnée par les autorités de concurrence, alors

1. TPICE 14 juill. 1994, *Parker Pen*, aff. T-77/92, *Rec.* 552.

2. A. L. Sibony, *Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence*, LGDJ, coll. « Droit et économie », 2008 ; P. Rey, « Concurrence par les mérites », in *La modernisation du droit de la concurrence*, LGDJ, coll. « Droit et économie ».

même que son objet n'est pas anticoncurrentiel. Par exemple, la prise de participation minoritaire dans une société n'a pas un objet anticoncurrentiel mais son effet peut l'être s'il conduit à une coordination du comportement des sociétés¹.

L'effet peut avoir été réalisé ou n'être que potentiel.

Pour mesurer l'effet anticoncurrentiel, les autorités de concurrence ont recours au test « *contrefactuel* ». Il s'agit de comparer la situation litigieuse avec une situation de concurrence réelle ou potentielle qui aurait existé en l'absence de l'accord. Ce test *contrefactuel* est consacré dans la communication de 2004².

Les Règlements d'exemption « nouvelle génération » (car intégrant l'analyse économique) et leurs lignes directrices intègrent également ce test, comme par exemple le Règlement sur les accords de coopération horizontale³.

461. Un effet anticoncurrentiel apprécié en fonction du pouvoir de marché des entreprises parties à l'entente. À la différence de l'objet anticoncurrentiel, l'effet anticoncurrentiel ne se présume pas. L'effet anticoncurrentiel est aujourd'hui mesuré par référence à une analyse économique centrée autour de la notion de pouvoir de marché de l'entreprise (v. ss s.).

Seule une pratique anticoncurrentielle affectant de manière sensible le marché sera condamnée (v. ss 463).

462. Lien entre la pratique et la restriction. Les deux droits exigent un lien de causalité entre la restriction de concurrence et la pratique litigieuse (v. ss 147 s. et 171).

B. Tempéraments

Les tempéraments sont liés à la théorie du seuil de sensibilité (1°), de l'effet cumulatif (2°), d'une concurrence praticable et de la règle de raison (3°).

1° Théorie du seuil de sensibilité

463. La théorie du seuil de sensibilité permet que des ententes affectant une part peu sensible, c'est-à-dire minime du marché, ne soient pas sanctionnées.

La jurisprudence européenne avait retenu cette théorie⁴. Cette solution a été consacrée par une Communication CE du 22 décembre 2001 *de minimis* qui détermine des seuils de parts de marché en deçà desquels un accord ne restreint pas sensiblement la

1. Par ex. : CJCE 17 nov. 1987, *Philips Morris et Reynolds*, Rec. 4487.

2. Communication 27 avr. 2004, préc., pt 18 : dans un premier temps, il faut rechercher si l'accord restreint la concurrence réelle ou potentielle inter-marques qui serait intervenue en l'absence de l'accord ; dans un deuxième temps, dans l'hypothèse d'un accord de distribution, il faut rechercher si les restrictions contractuelles restreignent la concurrence actuelle ou potentielle intra-marques qui aurait existé en l'absence de ces restrictions.

3. Point 28, Communication 2011/C 11/01 de la Commission, Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 TFUE aux accords de coopération horizontale (*JOUE* n° C-11) ; v. L. Idot, *Europe* févr. 2011, comm. 68 : « Il convient de comparer le contexte économique et juridique réel dans lequel la concurrence interviendrait en l'absence de l'accord, avec toutes ses restrictions alléguées du jeu de la concurrence... Aussi est-il nécessaire pour prouver les effets restrictifs potentiels ou réels d'un accord sur la concurrence de prendre en compte la concurrence entre les parties et la concurrence des tiers, en particulier la concurrence réelle ou potentielle qui aurait existé en l'absence de l'accord ».

4. Par ex. : CJCE 9 juill. 1969, *Völk*, aff. 5/69, Rec. 295.

concurrence : pour des accords horizontaux (les accords entre concurrents), la part de marché cumulée des parties ne doit pas dépasser 10 % ; pour les accords verticaux, le plafond est de 15 %. L'effet cumulatif est présumé si les accords (verticaux ou horizontaux) similaires couvrent plus de 30 % du marché. Si l'accord comporte des « restrictions flagrantes », la communication *de minimis* ne s'applique pas. S'il s'agit d'un accord entre concurrents, les « restrictions flagrantes » sont celles qui ont pour objet de fixer les prix de vente aux tiers (consommateurs par ex.), de limiter la production ou les ventes ou de répartir les marchés ou les clients. Dans les accords verticaux, ce sont les clauses fixant un prix minima de revente, ou celles qui limitent les possibilités de revente du distributeur. En présence d'une situation d'effet cumulatif, seul(s) l'accord(s) qui concerne moins de 5 % du marché bénéficie de la règle *de minimis*.

464. La théorie du seuil de sensibilité est également consacrée en droit interne par l'ordonnance du 25 mars 2004 (C. com., art. L. 464-6-1 et 464-6-2), fortement inspirée du droit européen, mais avec des divergences sur les modalités de calcul du seuil¹ ; par ailleurs, seul le droit européen infléchit le seuil de sensibilité en cas d'effet cumulatif.

465. Présomption réfragable. Les seuils posés par la communication *de minimis* posent une présomption réfragable d'affectation sensible².

466. Force contraignante de la règle de minimis. La règle en droit français est une règle de procédure, permettant à l'Autorité de concurrence de ne pas poursuivre une entente dénuée d'effet sensible sur le marché. Le texte de l'article L. 464-6 laisse l'Autorité libre d'agir en deçà des seuils, tandis qu'en droit européen, l'exigence d'un seuil de sensibilité est une condition de fond de mise en jeu de l'article 101 TFUE, sans que la Commission ne dispose d'un pouvoir d'appréciation.

La différence doit être, cependant, atténuée, car la communication indique elle-même qu'elle est dépourvue d'effet contraignant à l'égard des autorités et juridictions nationales. Les autorités de contrôle peuvent écarter la théorie en se fondant sur les caractéristiques intrinsèques des comportements litigieux et du degré de concentration du marché affecté.

467. Restriction par objet et seuil de sensibilité. Saisie d'un recours en interprétation, la Cour de justice a écarté l'application de la Communication à des restrictions de concurrence par objet (sur la notion de restriction par objet, v. ss 176 s.)³.

La Cour de cassation⁴ a admis également qu'une restriction par objet porte atteinte à la concurrence, en l'absence même d'affectation sensible du marché.

1. En droit interne, le seuil ne doit pas être franchi sur l'un des marchés, tandis qu'en droit européen, le seuil ne doit pas être franchi sur « aucun des marchés affectés ». Pour les ententes verticales, le seuil est calculé sur les parts de marché cumulée des entreprises non concurrentes en droit interne et, sur les parts de marché de chaque membre en droit européen.

2. Com. 23 nov. 2010, pourvoi n° 09-72031 (*aff. des parfums*), et sur renvoi, Paris, 26 janv. 2012.

3. CJUE 13 déc. 2012, *Expédia*, C-226/11, CCC 2013, comm. 41, obs. G. Decocq : « les articles 101, § 1, TFUE et 3, § 2, du Règlement n° 1/2003... ne s'opposent pas à ce qu'une autorité nationale de concurrence applique l'article 101, § 1, TFUE à un accord entre entreprises qui est susceptible d'affecter le commerce entre États mais n'atteint pas les seuils fixés par la Commission dans sa communication « de minimis », pourvu que cet accord constitue une restriction sensible de la concurrence au sens de l'article 101. ».

4. Com. 16 avr. 2013, *Sté Expédia*, D. 2013. 473, note C. Vincent, RLC 6/2013, n° 548.

2° Théorie de l'effet cumulatif

468. Droits européen et interne. Il y a effet cumulatif lorsque le marché est couvert par des réseaux parallèles d'accords ayant des effets similaires, contribuant ainsi à un effet de blocage du marché. La théorie de l'effet cumulatif a été consacrée en jurisprudence dans la célèbre affaire *Brasserie de Haecht*¹ et *Delimitis*² et d'autres arrêts³.

Il y a effet cumulatif quand 30 % du marché est couvert par des réseaux parallèles. Mais en présence d'une situation d'effet cumulatif, seul(s) l'accord(s) qui concerne moins de 5 % du marché bénéficie de la règle de *minimis* (article 8 de la communication de *minimis* de 2001).

La théorie de l'effet cumulatif est appliquée en droit interne⁴, mais appliquée restrictivement. Les réseaux parallèles d'accords sont généralement considérés comme susceptibles de susciter des préoccupations lorsqu'ils couvrent plus de 50 % d'un marché donné niveau national⁵.

3° Règle de raison, restrictions accessoires et théorie de la concurrence praticable

469. D'inspiration américaine, la règle de raison permet d'éviter le recours à la procédure lourde de l'article 101, § 3, TFUE⁶. Un accord ne tombe pas sous le coup de l'article 101, § 1, si les restrictions de concurrence sont raisonnables et proportionnées, ce qui suppose que les avantages concurrentiels l'emportent sur les effets négatifs. La clause ou le contrat litigieux ne sont pas appréhendés *ut singuli*, mais font l'objet d'une appréciation globale par rapport à l'ensemble contractuel et par rapport à l'environnement économique dans lequel s'inscrit le contrat. Un bilan concurrentiel est établi. S'il s'avère que les effets positifs sur la concurrence l'emportent sur les effets restrictifs, la clause est validée. La règle de raison rattachée à l'article 101, § 1, évite de passer par la procédure plus complexe de l'article 101, § 3.

Les autorités européennes avaient appliqué la règle de raison dans l'arrêt *Métro* en 1977 à propos d'un contrat de distribution sélective⁷, ou dans l'affaire *Pronuptia* en matière de franchise⁸ ou encore en matière d'entreprises communes coopératives avec la prise en compte d'effet pro et anti concurrentiels.

1. CJCE 12 déc. 1967, *Brasserie de Haecht*, aff. 23/67, Rec. 525.

2. CJCE 28 févr. 1991, *Delimitis*, aff. C-234/88, Rec. 935.

3. CJCE 7 déc. 2000, *Nestlé Markkinointi Oy et a.*, aff. C-214/99, CCC 2001, n° 46, obs. S. Poillot-Peruzzetto.

4. Com. 13 déc. 1988, *Bull. civ. IV*, n° 344 ; Paris, 7 mai 2002, *Sté Masterfoods*, CCC 2002, n° 176, et nos obs.

5. Cons. conc. n° 00-D-82 du 26 févr. 2001, *Glaces et crèmes glacées* (BOCC 2001. 187) ; ADLC n° 13-D-05 du 26 févr. 2013, *Pratiques mises en œuvre par la société Kalivia dans le secteur de l'optique et lunetterie*.

6. Droit européen : R. Kovar, « Le droit communautaire de la concurrence et la règle de raison », *RTD eur.* 1987. 327 ; D. Fasquelle, « Droit américain et droit communautaire des ententes », in *Étude de la règle de raison*, GLN Joly, 1993 ; en droit interne : J.-B. Blaise, « L'utilisation de la règle de raison », in *Mélanges C. Champaud*, Dalloz, 1997, p. 87.

7. CJCE 25 oct. 1977, *Metro*, Rec. 1875.

8. CJCE 28 janv. 1986, *Pronuptia*, Rec. 353 : l'ensemble des clauses restrictives incluses dans un contrat de franchise en vue d'assurer la protection du savoir-faire transmis ou la préservation de l'identité et de la réputation du réseau est compatible avec l'article 81.

De même, la théorie des restrictions accessoires avait été rattachée à la règle de raison¹, mais aujourd'hui, cette théorie est appréciée à l'aune d'un principe de nécessité et de proportionnalité, mais non d'une règle de raison².

Est une restriction accessoire une restriction de concurrence directement liée et nécessaire à la réalisation de l'opération principale. Par exemple, dans l'affaire *Rémia*, la Cour de justice avait admis que la clause de non-concurrence, accessoire à une cession d'entreprise, ne constitue pas une restriction de concurrence au sens de l'article 81, § 1 (devenu art. 101, § 3, TFUE)³.

470. Évolution. Aujourd'hui, les autorités européennes sont plus méfiantes à l'égard de la règle de raison, surtout en matière de pratiques concertées entre concurrents. Ainsi, le tribunal de première instance a-t-il refusé d'appliquer un bilan concurrentiel à propos d'une clause de non-concurrence stipulée à l'occasion de la création d'une entreprise commune, et énoncé que l'appréciation de la clause relève de l'article 81, § 3 (devenu art. 101, § 3, TFUE)⁴.

Ce déclin de la règle de raison est lié d'une part au retour de la notion de restriction par objet (v. ss 176 s.). D'autre part, et à l'inverse, lorsque l'effet anticoncurrentiel est retenu, l'analyse économique rend également inutile la règle de raison. La théorie de l'efficacité économique intègre les facteurs économiques favorables, de façon comparable à l'ancienne règle de raison.

Cependant, la Commission consacre la notion de restrictions accessoires qui permet de soustraire à l'interdiction des ententes les restrictions qui sont directement liées et objectivement nécessaires à la réalisation d'une opération (par ex., clause de non-concurrence liée à une opération de cession)⁵.

471. Distribution sélective. En matière de contrats de distribution sélective, la règle de raison conserve son intérêt : depuis l'arrêt *Métro*, il est de jurisprudence interne et européen constant que « le choix des revendeurs s'opère en fonction de critères objectifs de caractère qualitatifs, relatifs à la qualification professionnelle du revendeur, de son personnel et de ses installations, [...] les conditions (doivent) être appliquées de manière uniforme à l'égard de tous les revendeurs potentiels et appliquées de façon non discriminatoire »⁶. Le choix d'un réseau de distribution sélective doit être justifié en raison des « propriétés des produits », en présence de produits de haute ou moyenne technicité (justifiant un personnel spécialisé), ou des produits de luxe.

472. Règle de raison et droit interne. Comme en droit européen, le recours à la notion d'objet et à l'analyse économique rend moins utile la règle de raison.

1. R. Kovar, « Le droit communautaire et la règle de raison », *RTD eur.* 1987, 237.

2. Par ex. : Trib. UE 24 mai 2012, aff. T-11/08 ; *Master card*, CCC 2012 comm. 180, obs. G. Decocq : il ne s'agit pas d'opérer une balance entre effets pro et anticoncurrentiels mais de vérifier si la restriction accessoire est « dans le cadre particulier de l'opération principale, (si) la restriction est nécessaire à la réalisation de cette opération. Si, en l'absence de cette restriction, l'opération principale s'avère difficilement réalisable voire irréalisable, la restriction peut être considérée comme objectivement nécessaire à sa réalisation » (pt 80).

3. CJCE 11 juill. 1985, aff. 42/84, *Rémia*, *Rec.* 2545.

4. TPI 18 sept. 2001, *Métropole Télévision*, *Rec.* 2459, *Europe* 2001, n° 327, obs. L. Idot, *Journal de DIP*, avr.-mai 2002, p. 592, note crit. C. Prieto.

5. Communication sur les lignes directrices concernant l'application de l'article 81, § 3, 2004/C101/08, pt 30.

6. CJCE 25 oct. 1977, *Metro c/ SABA*, aff. 26/76, *Rec.* 1875 ; droit interne : Com. 21 oct. 1997, *Bull. civ.* IV, n° 271.

473. Théorie de la concurrence praticable et droits interne et européen. Le fait pour des partenaires de s'entendre n'est pas nécessairement répréhensible – fort heureusement ! Il est de bonnes ententes et de mauvaises ententes. La distinction fait appel à une analyse plus économique que juridique car elle repose sur la notion d'atteinte à la concurrence. Or, les autorités internes et communautaires de concurrence retiennent une conception modérée de la concurrence, une concurrence « praticable », efficace (*workable competition*) et non une concurrence parfaite et absolue. La pratique litigieuse ne doit pas conduire à une fermeture absolue du marché. L'article 101, § 1, TFUE ou l'article L. 420-1 du Code de commerce ne seront déclarés inapplicables par les autorités de concurrence qu'après un *examen in concreto et global* de l'objet ou l'effet anticoncurrentiel d'une pratique.

Sous-section 2

Quelques exemples de mauvaises ententes

L'article 101 TFUE comme l'article L. 420-1 du Code de commerce citent à titre d'exemple les ententes sur les prix (§ 1), celles visant à instituer des barrières à l'entrée sur le marché (§ 2), à répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement (§ 3). Le droit interne ajoute l'entente de quota (§ 4). Nous y ajouterons les ententes constituant une barrière à la sortie ou au changement de partenaire (§ 6). La liste n'est pas exhaustive.

Les économistes, relayés par les travaux de l'OCDE ont établi une liste des ententes injustifiables (les « restrictions flagrantes » qualifiées aussi de « *hard core cartels* », v. ss 176).

§ 1. ENTENTE SUR LES PRIX

Droits interne et européen prohibent les ententes limitant la liberté de fixation du prix (A), les échanges d'information (B) ou les recommandations tarifaires émanant d'organismes professionnels (C).

A. Entente limitant la liberté de fixation des prix ou des conditions commerciales

474. Interdiction des ententes sur les prix. Prix maxima. Tant au regard du droit européen que du droit interne, toute entente limitant artificiellement la liberté de fixation des prix est anticoncurrentielle.

La pratique de prix communs entre concurrents est anticoncurrentielle. Elle n'est licite que si elle porte sur des prix maxima ; la fixation de prix identiques ou minimums constitue une restriction par objet¹.

De même, les règlements européens en matière d'accords verticaux ou les lignes directrices excluent du bénéfice de l'exemption catégorielle tout accord comportant une clause de fixation de prix minima de revente. Pareillement, des concurrents ne peuvent fixer des

1. Par ex. : Trib. UE 24 mars 2012, *Mastercard*, RTDE 2013. 914, obs. J.-B. Blaise (accord entre banques pour fixer une commission interbancaire commune).

prix minima dans des accords de commercialisation ou de groupements d'achats. En revanche, un prix conseillé n'est pas illicite. Il a ainsi été jugé que des fournisseurs peuvent licitement publier des prix publics de vente dans les catalogues dès lors que les détaillants ou grossistes ne sont pas contraints de les respecter¹. Si celui qui propose un prix n'en contrôle pas l'application effective, la communication de prix n'est pas alors restrictive de concurrence².

Cette interdiction est assortie d'une exception en droit interne. Le Conseil de la concurrence (devenu l'autorité de la concurrence) avait admis, par une appréciation *in concreto*, que des commerçants réunis sous enseigne commune, puissent se concerter sur les prix lorsqu'ils ne sont pas situés dans une même zone de chalandise pour mener une campagne promotionnelle³. La loi du 15 mai 2001 a systématisé la solution en l'article L. 124-1-6° du Code de commerce⁴. Est admise l'adoption d'« opérations commerciales publicitaires ou non pouvant comporter des prix communs ». Cette validation *a priori* écarte l'appréciation *in concreto*.

On précisera que l'adoption de prix maxima peut être constitutive d'une entente anticoncurrentielle. Par exemple, est anticoncurrentiel l'accord conclu entre une fédération du bâtiment et des entreprises de travail temporaire visant à fixer un plafond maximal de rémunération, conduisant à uniformiser leur offre et exclure du marché les entreprises de travail temporaire qui ne sont pas adhérentes⁵.

De même, est anticoncurrentielle toute action visant à diminuer artificiellement les prix. Droits interne et européen sanctionnent toute pratique tarifaire visant à éliminer un concurrent par une politique de dumping ou par l'adoption d'un prix prédateur⁶.

475. Avantages discriminatoires. Des différenciations tarifaires (telles que des remises non prévues dans les conditions générales, des avantages accordés à certains clients nouveaux ou importants...) ne sont pas constitutives d'une entente anticoncurrentielle en l'absence de perturbation du marché.

Mais, même si l'accord discriminatoire a un effet d'exclusion du marché des clients défavorisés, l'accord pourra bénéficier d'une exemption sur le fondement de l'article 101, § 3, TFUE ou de l'article L. 420-4 du Code de commerce si l'accord procure des gains d'efficience (en matière d'abus de position dominante, v. gains d'efficience et pratiques discriminatoires, v. ss 553).

B. Échanges d'informations

476. Transparence, entente et intérêt des consommateurs. La théorie économique a démontré la nocivité des échanges d'information, même *a posteriori*. Un tel échange permet aux membres d'une entente de se surveiller mutuellement et de détecter les éventuelles « déviations » afin d'enclencher des représailles. Il favorise la collusion. Il réduit l'incertitude sur la stratégie des concurrents.

1. Cons. conc. n° 02-D-39 du 20 juin 2002, *Sté Concurrence* (BOCC 2002. 712).

2. TPICE 13 janv. 2004, *JCB Service*, aff. T-67101, *Europe* 2004, comm. 82, obs. L. Idot ; CJCE 28 janv. 1986, aff. 161/84, *Rec.* 353 (franchise).

3. Cons. conc. n° 99-D-17 du 24 févr. 1999 (BOCC 3 juin 1999, p. 300).

4. V. S. Grandvilllemin, « Le statut de commerçants détaillants ; déclin ou renouveau ? », *JCP E* 2003. I. 759.

5. Paris, 8 sept. 1998, *Addeco* (BOCC 30 sept. 1998, p. 534), *CCC* 1999, n° 8, et nos obs.

6. Le prix prédateur est défini comme un prix inférieur aux coûts moyens variables.

Mais des auteurs¹ ont montré que des informations publiques peuvent être utiles aux consommateurs et nouveaux entrants. Et des échanges d'informations entre concurrents portant sur des données confidentielles peuvent favoriser des politiques efficaces de baisse de prix. Dans certaines hypothèses de duopole, face à des biens différenciés et une incertitude sur la demande, un échange d'informations peut être pro-concurrentiel. Des décisions admettent donc qu'un échange d'informations bénéfique pour les consommateurs ne sera pas condamné².

Par exemple, si deux hôtels s'appellent pour demander le taux de remplissage et que pour l'un d'eux, il est très bas, le concurrent, qui a encore une grande capacité d'accueil, aura intérêt à baisser le prix pour attirer le client. L'échange d'informations peut être avantageux pour le consommateur.

La frontière entre ce qui est permis et interdit d'échanger est donc délicate.

477. Échanges d'informations. S'il est normal dans une économie de marché que les entreprises prennent des risques, elles doivent pouvoir les évaluer. La diffusion d'informations est nécessaire. Mais la libre concurrence impose que tout opérateur économique détermine de façon autonome sa politique commerciale. Les échanges d'information sur les prix sont de nature à réduire l'intensité de la concurrence. Aussi, l'échange d'information est-il soumis à un régime nuancé. Une distinction est faite entre l'échange *entre concurrents* (1°) et l'échange *entre partenaires liés par une relation verticale* (2°).

1° Échange entre concurrents

La jurisprudence et les lignes directrices relatives aux accords de coopération horizontale³ distinguent l'échange d'information dans le cadre d'une entente (a), et l'échange d'informations réalisé en dehors de toute autre pratique anticoncurrentielle (b).

a) Échange d'informations dans le cadre d'une entente

478. L'échange d'informations peut avoir lieu par l'intermédiaire d'une agence commune (comme, par exemple, une association professionnelle) ou d'un tiers, comme un bureau d'études de marché, ou par l'intermédiaire des fournisseurs ou des revendeurs des entreprises.

Il est décidé qu'un échange d'informations ne peut avoir lieu par l'intermédiaire d'un syndicat professionnel⁴. Le fait pour des producteurs de se réunir périodiquement au sein d'une association pour discuter des prix et fixer un « prix recommandé » est de nature à fausser le jeu de la concurrence, même si le prix recommandé n'est pas toujours suivi.

L'échange d'informations peut être réalisé au soutien d'une pratique anticoncurrentielle. Il est alors analysé en même temps que la pratique (par exemple, il peut s'agir d'un

1. F. Lévêque, « Échanges d'informations : faut-il bâillonner tous les oligopoleurs ? la jurisprudence John Deere vue par un économiste », *Concurrences* n° 3-2006, p. 33 s. ; F. Venayre, « Échanges d'informations : évaluation des effets anticoncurrentiels », *RLC* janv.-mars 2006, n° 6, p. 20 s. ; M.-A. Afchain, « Le fondement de l'illicéité des échanges d'informations entre concurrents », *JCP E* 2007, étude 1278.

2. Par ex. : CJCE 23 nov. 2006, *Asnef-Équifax*, CCC 2007, comm. 15, et nos obs. (échange d'informations entre établissements bancaires sur la solvabilité des clients emprunteurs).

3. Lignes directrices sur les restrictions horizontales du 14 janvier 2011 (*JOUE* n° C-11/1).

4. Cons. conc. du 1^{er} févr. 1994, *Pierre calcaire et marbre* (BOCC 8 avr. 1994, p. 144).

échange d'informations destiné à permettre aux participants à une entente sur les prix de contrôler l'application effective de la discipline tarifaire fixée en commun).

479. Échange d'informations et réunion. Si une entreprise participe à une (ou des) réunion au cours de laquelle des informations sont communiquées, l'échange auquel se livrent les participants est présumé être le support d'une pratique anticoncurrentielle, le moyen d'une entente de prix ou de répartition de marché. En conséquence, la jurisprudence présume que les participants à cette réunion, même informelle, tiendront compte des informations échangées.

b) L'échange d'information tel qu'en lui-même

480. Droit français. Le droit français est attaché à l'autonomie de comportement sur un marché. Aussi, un échange d'informations portant sur des données précises et diffusées qui permettent d'individualiser les intéressés, si le marché est très concentré et que les échanges sont réguliers, a peu de chance d'être considéré comme pro-concurrentiel. Cependant, à la différence du droit européen, la Cour de cassation, dans l'affaire de la téléphonie mobile¹ a considéré qu'on ne peut présumer à partir du simple caractère oligopolistique du marché et du caractère abstrait des données qu'un échange régulier d'informations est de nature à restreindre le jeu de la concurrence. On ne peut donc déduire le caractère anticoncurrentiel d'un échange d'informations d'une simple analyse structurale du marché et de la nature des informations échangées. Il faut encore démontrer que ces informations ont été effectivement utilisées ou ont été de nature à infléchir la politique commerciale des protagonistes.

En revanche, la jurisprudence interne condamne systématiquement les échanges d'informations à l'occasion de l'adjudication d'un marché, analysées comme des restrictions par objet². De même, entre filiales d'un groupe, l'échange d'informations est illicite si les entreprises dissimulent leur appartenance au groupe³. Cependant, dès lors que la transparence fonctionne, le regroupement d'entreprises à l'occasion d'un appel d'offres, avec échange d'informations sur les prix et répartition des travaux, eu égard aux spécificités de l'espèce, peut être légitime⁴.

Mais des informations générales telles que les moyennes de prix les plus bas et les plus hauts constatés sur le marché sur le marché pertinent ne sont pas en principe critiquables. De même, un accord de co-production ou de co-distribution peut « amener des entreprises liées à se concerter notamment en matière de stratégie commerciale et de prix ». Les

1. Com. 7 avr. 2010, pourvoi n° 09-12.934, *D.* 2010. Actu. 1014, obs. É. Chevrier, *RTD com.* 2010, obs. E. Claudel ; Com. 29 juin 2007, pourvois n° 07-10.303, n° 07-10.354 et n° 07-10.397, téléphonie mobile : « en se déterminant ainsi, sans rechercher de façon concrète, comme elle y était invitée, si l'échange régulier, de 1997 à 2003, d'informations rétrospectives entre les trois entreprises opérant sur le marché, en ce qu'il portait sur certaines données non publiées par l'ART ou intervenait antérieurement aux publications de cette autorité, avait eu pour objet ou pour effet réel ou potentiel, compte tenu des caractéristiques du marché, de son fonctionnement, de la nature et du niveau d'agrégation des données échangées qui ne distinguaient pas entre forfaits et cartes pré-payées, et de la périodicité des échanges, de permettre à chacun des opérateurs de s'adapter au comportement prévisible de ses concurrents et ainsi de fausser ou de restreindre de façon sensible la concurrence sur le marché concerné, la cour d'appel n'a pas légalement justifié sa décision ».

2. Com. 19 juin 2001, *SA Seco Desquenne*, *JCP* 2001. IV. 2530.

3. Com. 6 oct. 1992, *Sté J. Lefebvre et autres* (*BOCC* 29 oct. 1992, p. 325).

4. Cons. conc. n° 2000-D-53 du 18 janv. 2001, *Pratiques relevées dans les marchés de revêtement de sols et de peinture dans le Finistère*, *CCC* 2001, n° 72, et nos obs.

échanges d'informations sur les pourcentages de vente ou les prévisions de vente peuvent répondre à une nécessité industrielle de planification. Il faut néanmoins que ces échanges soient « nécessairement inhérents aux accords »¹.

De même, est-il admis qu'un accord de co-production ou de co-distribution peut « amener des entreprises liées à se concerter notamment en matière de stratégie commerciale et de prix ». Les échanges d'informations sur les pourcentages de vente ou les prévisions de vente peuvent répondre à une nécessité industrielle de planification. Il faut néanmoins que ces échanges soient « nécessairement inhérents aux accords »².

481. Droit européen : jurisprudence. La jurisprudence européenne adopte une conception relativement large de l'objet anticoncurrentiel des échanges d'informations en adoptant une analyse structurelle. Si le marché est concentré, sans être nécessairement oligopolistique, l'échange d'informations entre concurrents est restrictif de concurrence par objet³. Car l'échange de certaines informations permet aux entreprises de connaître la position et la stratégie commerciale de leurs concurrents sur le marché, faussant ainsi la rivalité sur ce marché et augmentant la probabilité d'une collusion, voire facilitant celle-ci.

En revanche, sur un marché atomisé, l'arrêt *John Deere* (affaire dite « des tracteurs anglais »)⁴ et des arrêts postérieurs⁵, ont affirmé que la diffusion d'informations peut être neutre, voire pro-concurrentielle, car elle peut être de nature à intensifier la concurrence entre offreurs⁶. Même dans un marché non concentré, un échange d'informations peut, cependant, être restrictif de concurrence. Une série de conditions cumulatives est énoncée par l'arrêt *John Deere*, reprises dans les lignes directrices, tenant compte de la nature du marché (plus il est concentré, plus l'atteinte à la concurrence est sensible), la nature des informations transmises (informations sensibles ou non ; informations publiques ; rôle des organismes professionnels, données personnalisées ou au contraire agrégées, données récentes ou anciennes)

Par exemple, la diffusion par un organisme professionnel d'une mercuriale de prix à des entreprises de taille modeste qui ne connaissent pas précisément leurs propres coûts peut les inciter à définir leur politique en fonction de la mercuriale et non selon leurs propres conditions d'exploitation et a donc un objet anticoncurrentiel⁷.

Il n'est pas nécessaire que l'échange d'informations soit réciproque pour être considéré comme anticoncurrentiel, dès lors que l'échange porte sur une information sensible, et influence, directement ou indirectement, la stratégie du destinataire de l'information⁸.

1. Cons. conc. du 5 mai 1992, *Produits phytosanitaires* (BOCC 30 mai 1992, p. 188).

2. Cons. conc. du 5 mai 1992, *Produits phytosanitaires* (BOCC 30 mai 1992, p. 188).

3. Trib. UE 14 mars 2013, T-587/08, *Frash dels Monte Produce*, et T-588/08, *Dole food cpny*, CCC 2013, comm. 137, obs. G. Decocq.

4. CJCE 28 mai 1998, C-7/95, *John Deere* (tracteurs anglais) : « en principe, la transparence entre les opérateurs est, sur un marché véritablement concurrentiel, de nature à concourir à l'intensification de la concurrence entre les offreurs... » ; v. F. Lévêque, « Échange d'informations : faut-il bâillonner tous les oligopoleurs ? La jurisprudence *John Deere* vue par un économiste », *Concurrences* n° 3-2006, p. 33 ; F. Rosati, « Échanges d'informations et autres comportements cordonnés : pour une théorie de l'entente », *Concurrences* n° 4-2008, p. 27 ; F. Venayre, « Échanges d'informations, évaluation des effets anticoncurrentiels », *RLC* janv.-mars 2006, p. 20.

5. Par ex. : CJCE 23 nov. 2006, aff. C-238/05, *Asnef-Équifax et a.*, CCC 2007, comm. 15, et nos obs.

6. CJCE 23 nov. 2006, aff. C-238/05, *Asnef-Équifax et a.*, CCC 2007, comm. 15, et nos obs. : l'échange d'informations peut cependant être légitime, notamment entre banques sur la solvabilité des emprunteurs en vue d'assurer la bonne exécution de contrats de prêts.

7. Cons. conc. n° 95-D-74 du 21 nov. 1995, *Secteur de la réparation automobile dans le département de l'Indre*.

8. Trib. UE 24 mars 2011, *IBP*, aff. T-384/06.

Même lorsqu'il existe une réglementation sectorielle produisant un effet sur l'offre, contribuant à la transparence sur les prix, les autorités de concurrence doivent protéger l'incertitude subsistante entourant les décisions des concurrents. Un échange d'informations qui a pour effet de réduire les degrés d'incertitude subsistants est anticoncurrentiel¹.

482. Lignes directrices sur les accords de coopération horizontale². L'échange d'information peut être anticoncurrentiel sans être réciproque, car le fait de divulguer à un concurrent des informations stratégiques peut être considéré comme une pratique concertée. L'entreprise destinataire est présumée avoir adapté son comportement en conséquence, à moins qu'elle n'ait répondu par une déclaration claire qu'elle ne souhaitait pas recevoir de telles. Néanmoins, les lignes directrices admettent que l'échange d'informations peut être pro-concurrentiel, en résolvant ainsi les asymétries d'informations ou en permettant aux consommateurs ou entreprises de réduire leurs coûts (pt 57). Des critères sont développés par les lignes directrices pour déterminer si l'échange est ou non restrictif de concurrence. Ils reprennent les enseignements de la jurisprudence. Par exemple, des échanges d'informations portant sur des données générales ne seront pas considérés comme restrictifs de concurrence, à la différence de données individualisées portant sur les prix ou les quantités. Sont aussi pris en compte le caractère public ou non des données, la fréquence des échanges, le caractère ancien ou non, etc.

De façon générale, les lignes directrices ont une conception très restrictive des échanges d'information sur les prix ou les quantités qui sont vus comme des restrictions de concurrence par objet (pts 72 et 75) ayant fort peu de chance de bénéficier de l'exemption de l'article 101, § 3, TFUE. L'échange peut devenir anticoncurrentiel s'il permet aux entreprises de connaître la stratégie des concurrents (pt 58). Les points 66 à 76 développent les différents effets restrictifs de concurrence auquel un échange d'informations peut conduire.

Pour autant, pour conduire à un effet restrictif de concurrence, l'échange doit concerner des entreprises détenant une part de marché importante, appréciée *in concreto* (pt 88).

2° Entente verticale

483. Relations verticales. Lorsque l'échange d'informations a lieu dans les relations verticales entre un fournisseur et un distributeur, il n'est pas répréhensible. Au contraire, il est vu avec faveur par le droit interne lorsqu'il assure la transparence tarifaire (C. com., art. L. 441-6). Il suppose un partenariat commercial.

Néanmoins, l'échange d'information ne doit pas fausser le jeu de la concurrence. La généralisation des clauses anglaises, qualifiées également de clauses d'offres concurrentes, est susceptible d'affecter le jeu de la concurrence. Ces clauses prévoient que le distributeur, à qui une offre plus favorable est présentée, en informe son fournisseur habituel. Le distributeur est délié de son engagement si ce dernier refuse de s'aligner sur l'offre. Ces clauses favorisent un alignement des prix et peuvent donc être condamnées pour entente anticoncurrentielle.

1. Trib. UE 14 mars 2013, aff. T-587/08, préc.

2. Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 TFUE aux accords de coopération horizontale (JO n° C-11 du 14 janv. 2011).

De même, a-t-il été jugé qu'un fournisseur peut demander à ses clients la répartition de leurs achats entre les différents fournisseurs, mais il ne peut obtenir de telles informations, précises et détaillées, de la clientèle avec laquelle il n'a pas ou n'a plus de relations commerciales¹.

C. Recommandations tarifaires émanant d'organismes professionnels

484. Prix, barèmes de prix ou taux horaires conseillés. Lorsque l'ordre professionnel a une activité réglementaire et agit dans le cadre de sa mission, il échappe aux lois de la concurrence (v. ss 102 s.). En revanche, il exerce une activité économique assujettie au droit de la concurrence lorsqu'il recommande à ses membres des prix, barèmes ou des taux horaires². Les recommandations tarifaires, sous forme par exemple de *prix ou barèmes conseillés*, ou encore d'évaluation des *taux horaires*, édictées par des organismes professionnels sont toujours condamnées³, même si elles ne sont pas suivies d'effet ou même si les données ne sont pas réactualisées⁴ : l'organisation professionnelle ne doit pas donner le mauvais exemple ! Car dès lors que les documents diffusés comportent des indications chiffrées, ils sont considérés comme des barèmes de prix déguisés.

Par exemple, un conseil de l'ordre ne peut publier et diffuser des contrats type permettant aux adhérents de calculer le montant de leurs honoraires en ne tenant pas compte des coûts de revient réels. Le conseil de l'Ordre s'écarte de sa mission de conseil car il détourne les intéressés du soin de déterminer eux-mêmes leurs prix en fonction de leurs coûts propres⁵. Peu importe que les recommandations de prix n'aient pas été suivies d'effet.

En revanche, en matière de prestation de services, les évaluations de temps de nature technique sont autorisées, sauf si elles comportent des indications forfaitaires ne tenant pas compte des différences de conditions d'exploitation d'une entreprise à l'autre⁶.

485. Tarifs réglementés par l'autorité publique (v. aussi ss 99 s.). L'État peut prescrire à une organisation professionnelle l'élaboration d'un projet de tarif de prestations. Si l'État ne fait qu'homologuer des tarifs arrêtés par un ordre professionnel, il porte atteinte à l'effet utile du droit européen (v. ss 99 s.).

§ 2. ENTENTES DESTINÉES À INSTITUER DES BARRIÈRES À L'ENTRÉE SUR UN MARCHÉ

Les exemples de barrière à l'entrée sont multiples. On en citera trois caractéristiques : la clause de non-concurrence (A), la clause d'exclusivité (B), les pratiques de parrainage, d'agrément ou de normalisation privée (C), plus généralement les réseaux de distribution (D) et enfin le boycott (E).

1. Cons. conc. n° 2000-D-39 du 24 janv. 2001, *Produits en béton préfabriqué dans la vallée du Rhône, Ain...* (BOCC 24 juill. 2001, p. 565).

2. Par ex. : Cons. conc. n° 98-D-01, *Honoraires du Barreau des Alpes-Haute-Provence* (BOCC 1998. 117).

3. Paris, 11 déc. 1992, *Syndicat des producteurs de film* (BOCC 15 janv. 1993, p. 11) : « la diffusion du document d'analyse des devis (...) constitue en soi une pratique tarifaire » (malgré l'importance des négociations entre les parties pour la fixation des prix définitifs).

4. Par ex. : Cons. conc. du 6 mai 1992, *Marbrerie funéraire à Toulouse* (BOCC 16 juin 1992), et Paris, 21 janv. 1993, *Marbrerie funéraire* (BOCC 5 mars 1993).

5. Par ex. : Avis, Cons. conc. du 27 sept. 1988 (BOCC 29 oct. 1988).

6. Paris, 21 janv. 1993, *Marbrerie funéraire*, préc.

A. Clause de non-concurrence

486. Les autorités de contrôle subordonnent la licéité de la clause de non-concurrence à une triple condition : elle doit être limitée dans le temps et l'espace, objectivement nécessaire aux intérêts légitimes du créancier de non-concurrence et strictement proportionnée à la fonction qu'elle remplit¹. La clause est qualifiée de restriction accessoire. Par exemple, lors d'une cession d'entreprise, le cédant peut souscrire un engagement de non-concurrence, car la clause est nécessaire pour assurer l'efficacité de l'opération². De même, la création d'une entreprise commune entre non-concurrents, assortie d'une clause de non-concurrence ne restreint pas la concurrence si l'accord se limite à ce qui est nécessaire pour assurer le démarrage et le bon fonctionnement de l'entreprise.

Lorsque la clause de non-concurrence est stipulée dans un contrat de distribution, elle est soumise à l'article 5 du Règlement n° 330 du 20 avril 2010.

B. Clause d'exclusivité

487. Comme toute clause, la clause d'exclusivité n'est conforme à l'article L. 420-1 du Code de commerce, ou à l'article 101 TFUE que si elle ne porte pas atteinte à une concurrence praticable. Elle doit donc être objectivement nécessaire et proportionnée. Il a ainsi été jugé en droit interne qu'un contrat de partenariat qui accorde une exclusivité à un partenaire économique pour une part substantielle du marché produit à lui seul un effet anticoncurrentiel³. Une clause d'exclusivité n'est pas condamnée *per se*. Elle ne devient anticoncurrentielle que si est démontrée qu'elle conduit ou est susceptible de produire un effet d'exclusion du marché⁴.

La loi sur l'outre-mer du 20 novembre 2012, ajoutant un nouvel article L. 420-2-1 du Code de commerce, pose une interdiction *per se* à l'encontre des accords attribuant des droits exclusifs d'importation à une entreprise ou un groupe d'entreprises. Cette interdiction peut être levée si les auteurs peuvent justifier que ces accords sont fondés sur des motifs tirés de l'efficacité économique et qu'ils réservent aux consommateurs une partie du profit qui en résulte (conditions peu précises) (C. com., art. 420-4-III).

C. Parrainage, procédure d'agrément et normalisation privée

488. *Parrainage et agrément*. Les barrières à l'entrée peuvent se présenter sous des formes plus subtiles, via des procédures de parrainage ou d'agrément au sein d'une organisation professionnelle. Si les critères d'adhésion à un regroupement professionnel sont destinés à éliminer un ou un type de concurrents, sans justification, la mesure

1. Par ex. : Paris, 5 janv. 2000, *D.* 2000. 94 (clause de non-concurrence excessive insérée dans un bail).

2. CJCE 11 juill. 1985, aff. 42/84, *Rémia*, *Rec.* 2545 ; en revanche, si la clause de non-concurrence n'est pas nécessaire à l'opération principale, elle sera condamnée sur le terrain des ententes même si elle apporte des effets positifs sur la concurrence, car la règle de raison conduisant à un bilan concurrentiel n'est pas admise par les autorités de concurrence en matière de restrictions horizontales.

3. Par ex. : Paris, 20 oct. 1998, *Fédération française du sport boules* (BOCC 12 déc. 1998, p. 727), CCC 1999, n° 24, et nos obs. : « l'exclusivité d'accès aux compétitions nationales produit, à elle seule, un effet anticoncurrentiel significatif, s'agissant des compétitions les plus importantes et de celles qui drainent le plus grand nombre de clients potentiels ».

4. Com. 16 févr. 2010, *IPhone*, CCC 2010, comm. 102, obs. ; G. Decocq ; v. D. Bosco, *L'obligation d'exclusivité*, thèse, Bruylant, 2008.

est anticoncurrentielle et l'organisation professionnelle peut être condamnée sur le fondement des articles L. 420-1 du Code de commerce ou de l'article 101 TFUE¹.

Comme en matière de distribution sélective, la sélection doit être faite sur des critères de nature qualitative, appliqués sans discrimination, sans exclusion *a priori* de certaines entreprises.

489. Barrières à l'entrée via les normes privées : exemple des Codes de déontologie ou des codes de bonne conduite. Les codes de déontologie ou de bonne conduite élaborés par des associations d'entreprises type ordre professionnel ou syndicat ou comité interprofessionnel peuvent contenir des règles restrictives de concurrence par un contrôle disproportionné et non objectif à l'exercice d'une activité économique².

Si l'État homologue des pratiques anticoncurrentielles, il peut être condamné (v. entente automatique, ss 99).

Le fameux arrêt *Wouters*³ a admis que de telles règles peuvent néanmoins être justifiées par l'intérêt général. Une balance est faite entre les effets restrictifs et les motifs d'intérêt général justifiant la règle litigieuse.

En l'espèce, dans l'affaire *Wouters*, sur recours préjudiciel, la Cour de justice invitée à se prononcer sur la légalité d'un Règlement adopté par l'ordre néerlandais des avocats interdisant une collaboration « intégrée » avec des experts-comptables, a admis que réglementation portait atteinte à la concurrence et était susceptible d'affecter les échanges intracommunautaires. Pour autant, « il y a lieu tout d'abord de tenir compte du contexte global dans lequel la décision de l'association d'entreprises en cause a été prise ou déploie ses effets, et plus particulièrement de ses objectifs, liés en l'occurrence à la nécessité de concevoir des règles d'organisation, de qualification, de déontologie, de contrôle et de responsabilité, qui procurent la nécessaire garantie d'intégrité et d'expérience aux consommateurs finaux des services juridiques et à la bonne administration de la justice ».

Un arrêt de 2013 a appliqué les solutions dégagées par l'arrêt *Wouters* à un code de déontologie : un code de déontologie adopté par un ordre professionnel peut être qualifié de décision d'association d'entreprises. Et les règles déontologiques qui indiquent des critères de fixation des honoraires sont susceptibles de restreindre le jeu de la concurrence. Il appartient, cependant, au juge national d'apprécier, en tenant compte du contexte global, si les effets restrictifs qui peuvent en découler en matière de fixation d'honoraires, sont nécessaires aux objectifs poursuivis et proportionnés⁴.

490. Barrières à l'entrée via la normalisation privée. Une organisation professionnelle peut édicter des normes dites privées – car elles émanent d'opérateurs privés – permettant de réguler le secteur d'activités sur lequel interviennent ses membres. Cette norme peut avoir un objet ou effet anticoncurrentiel si elle est destinée à exclure des opérateurs. Par exemple, le comité national interprofessionnel de la pomme de terre a été

1. Par ex. : Cons. conc. du 18 mai 1993, *Organisation de salons* (BOCC 1^{er} juill. 1993, p. 183).

2. Par ex. dans le domaine de la publicité : L. Arcelin-Lécuyer, « Les aspects anticoncurrentiels de la régulation professionnelle de la publicité », *RLC* 2012, n° 31.

3. CJCE 19 févr. 2002, aff. C-309/99, *Wouters*, *Rec. CJCE* I, p. 1577, CCC, comm. 64, obs. S. Poillot-Peruzzetto, *RTD eur.* 2003. 337, L. Idot, « Avocats et droit de la concurrence : la rencontre a eu lieu... », *Europe* 2002. Chron. 6

4. CJUE, 4^e ch., 18 juill. 2013, aff. C-136/12, *Consiglio nazionale dei geologi*, *Europe* 2013, comm. 411, obs. L. Idot.

condamné pour avoir fait édicter une mesure ayant pour effet de faire obstacle à la distribution au détail de pommes de terre de petit calibre¹ – mesure destinée à favoriser les grands (gros !) producteurs au détriment des petits producteurs.

La Direction de la concurrence (DGCCRF) a décidé de diligenter une enquête en octobre 2013 sur une classification mise en place par ce même comité portant sur la pomme de terre vapeur qui, selon un petit producteur mécontent par la classification, serait de nature à constituer une barrière illégitime à l'entrée sur le marché.

Les recommandations ou normes édictées par des opérateurs privés, le plus souvent, par le biais d'une association ou regroupement de professionnels, peuvent donc être constitutives d'une pratique anticoncurrentielle. Comme pour les codes de bonne conduite ou code de déontologie, une balance est faite entre les restrictions de concurrence et l'intérêt général qui fonde l'édition de normes.

491. Norme privée et droits de propriété intellectuelle. Lorsque des opérateurs concurrents s'entendent pour adopter une norme privilégiant un droit de propriété intellectuelle (ex : un brevet), le risque est également que cette entente constitue une barrière à l'entrée ; mais l'avantage de privilégier une technologie sur une autre est d'éviter, pour un nouvel entrant le recours à une pluralité de technologies (le « bouquet » de brevet)². Les lignes directrices sur les accords de coopération horizontales³ traitent de ces questions.

Par exemple, Samsung est titulaire de brevets essentiels pour l'adoption de la norme commune 3 G adoptée par tous les opérateurs de téléphonie. L'entente n'est pas anti-concurrentielle. En revanche, en cas de refus de licence ou d'octroi d'une licence à un prix déraisonnable, Samsung abuse de sa position dominante (le recours à la 3 G est indispensable) et les autorités de concurrence peuvent imposer des licences sur ses brevets à des conditions équitables, raisonnables et non discriminatoires (FRAND) – principe reconnu par les lignes directrices sur les accords de coopération horizontale.

D. Réseaux de distribution

492. Si le fournisseur et le distributeur d'un produit détiennent une part de marché inférieure à 30 % des ventes sur le marché de biens ou services substituables, le contrat de distribution est soumis au Règlement n° 330/2010 sur les restrictions verticales. Au-delà, le réseau doit ne pas porter atteinte à une concurrence praticable. L'analyse des restrictions de concurrence est économique puisqu'elle dépend de parts de marché.

Le droit français est interprété à la lumière du droit européen⁴. Les solutions sont donc les mêmes. En conséquence, il est soumis aux exigences de nécessité (1°) et de proportionnalité (2°).

1. Cons. conc. n° 95-D-15 du 14 févr. 1995, *Pratiques relevées dans le secteur de la pomme de terre de conservation*.

2. F. Lévêque, « La normalisation et le droit de la concurrence face au "hold-up" », *RLC* juill.-sept. 2007, p. 170 ; notre article, « Brevets dormants, brevets assassins, pratiques de hold-up : que peut faire le droit ? », *D.* 2012. 2325.

3. Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 du TFUE aux accords de coopération horizontale, 2011/C 11/0, pts 288 s.

4. Par ex. : Cons. conc. n° 03-D-60 du 17 déc. 2003, *Sté Cartier* (BOCC 13 févr. 2004, p. 56) : le conseil de la concurrence s'inspire de l'analyse économique du Règlement du 22 décembre 1999.

1° Un réseau de distribution, par lui-même restrictif de concurrence, n'est licite que s'il est justifié par la technicité du produit (nécessitant un personnel spécialisé) ou pour les produits de luxe, car alors l'image de luxe justifie une distribution réservée¹.

2° Les clauses ne doivent pas conduire à supprimer toute concurrence entre distributeurs (concurrence intra-marque, qualifiée parfois de concurrence *intra-brand*) et toute concurrence entre marques concurrentes (concurrence inter-marques ou *inter-brand*). Par exemple, a été jugée anticoncurrentielle la clause selon laquelle un distributeur s'interdit de commercialiser directement ou indirectement une marchandise hors de France², car elle conduit à une fermeture des marchés et nuit à la concurrence entre distributeurs. Toute clause conduisant à un cloisonnement territorial absolu est condamnée, comme l'est la clause interdisant au distributeur bénéficiant d'une exclusivité territoriale d'exercer une concurrence passive (répondre à des demandes de clients situés hors de sa zone – par opposition à la concurrence active, licite qui peut interdire au distributeur de pratiquer une concurrence active hors de sa zone)³.

De même sont prohibées les clauses interdisant au distributeur de s'approvisionner auprès d'un autre distributeur dans un contrat de distribution sélective (clause interdisant les *rétrocessions*).

En revanche, le régime des clauses interdisant les reventes hors réseau (à des distributeurs parallèles) est plus nuancé. Lorsque ces clauses sont stipulées dans un contrat de distribution exclusive qui comporte des clauses obligeant le distributeur à ne livrer que des clients établis sur sa zone, la clause d'interdiction de revente parallèle est anticoncurrentielle car elle participe au cloisonnement absolu du réseau. En revanche, la clause interdisant la revente parallèle (qualifiée de *clause d'étanchéité*) n'est pas en elle-même anticoncurrentielle, de même qu'un contrat de distribution exclusive n'est pas en lui-même anticoncurrentiel. Lorsque la clause d'étanchéité est stipulée dans un contrat de distribution sélective, elle est licite et est exemptée par le Règlement n° 330/2010 du 20 avril 2010 sur les restrictions verticales (art. 4).

Est systématiquement déclarée anticoncurrentielle la clause limitant la *liberté de fixation du prix de revente*.

Les clauses ne doivent pas être appliquées de façon *discriminatoire* : est anticoncurrentiel tout avantage tarifaire accordé à des distributeurs et refusé à des distributeurs susceptibles de rendre les mêmes services. Il a par exemple été jugé qu'une remise qualitative n'est licite que si elle n'exclut pas des entreprises qui seraient disposées à fournir les services requis, qu'elles sont définies de façon objective et appliquées sans discrimination, et enfin qu'elles n'ont ni pour objet ni pour effet de faire obstacle à la détermination par les commerçants de leur politique de revente⁴.

En matière de *distribution sélective*, ces exigences ont été systématisées dans l'arrêt *Méto* qui subordonne la licéité d'un réseau de distribution sélective à la condition que les critères de sélection soient objectifs (même de caractère qualitatif), justifiés par les nécessités de la distribution et appliqués de manière non discriminatoire. Plus généralement,

1. TPICE 12 déc. 1996, *Galec, YSL*, aff. T-19/92, *Rec.* 185, et *Givenchy*, aff. T-88/92, *Rec.* 1967.

2. Cons. conc. n° 2000-D-35 du 26 sept. 2000, *Appareils de nettoyage à vapeur*, CCC 2001, n° 26, et nos obs.

3. Par ex. : est anticoncurrentiel le refus opposé par les fabricants d'apporter leur assistance technique aux produits distribués hors de leur zone d'exclusivité, car il s'agit d'une interdiction de vente passive (Cons. conc. n° 02-D-57 du 19 sept. 2002, *Roulements à bille*) (*BOCC* 28 nov. 2002, p. 1092).

4. Com. 24 oct. 2000, *Sté Philips* (*BOCC* 5 déc. 2000, p. 700).

tout système de distribution doit traiter de manière égale les distributeurs (pour la distribution sélective ou exclusive) – ce qui n'exclut pas un système objectif de sélection des revendeurs¹. Ainsi, un fournisseur ne saurait établir une limitation du nombre de ses distributeurs en dressant un *numerus clausus*, car alors l'exclusion serait arbitraire². Des justifications économiques, liées aux possibilités économiques locales sont licites³.

493. Référencement et déréférencement. Le référencement comme le déréférencement ne sont pas en eux-mêmes des pratiques anticoncurrentielles. Ils sont licites si les distributeurs représentés par la centrale conservent la possibilité de s'adresser à ce fournisseur et si les produits déréférencés n'ont pas disparu des linéaires des distributeurs et ont continué à être commercialisés. Ils deviennent illicites si le marché est affecté. Le déréférencement est illicite s'il s'avère que les distributeurs ne s'approvisionnent plus auprès de ce fournisseur⁴ ; de même, est constitutif d'une pratique concertée avec ses adhérents le fait pour une centrale d'achat de suspendre tous les achats de produits d'un fournisseur pour obtenir des avantages supplémentaires. Ou encore, est anticoncurrentiel le fait pour un distributeur de renégocier les accords de coopération commerciale de l'ensemble de ses fournisseurs, dès lors que la renégociation est suffisamment généralisée et s'effectue sans contrepartie⁵.

E. Boycott

494. Le boycott constitue une action concertée délibérée en vue d'évincer un opérateur du marché. Cependant, toute entreprise peut mettre en garde ses clients ou ses membres⁶. Il en est de même de tout groupement professionnel dès lors que la mise en garde se fonde sur des considérations objectives. Le seul fait pour une centrale de recommander à ses adhérents certains fournisseurs ne restreint pas le jeu de la concurrence si les adhérents conservent toute liberté de s'adresser à l'entreprise de leur choix⁷.

La mesure prescrite sera qualifiée d'entente anticoncurrentielle si elle préconise un comportement anticoncurrentiel⁸. Par exemple, un Conseil de l'ordre est « sorti de sa

1. Par ex. : par inscription sur une liste d'attente ; Cons. conc. n° 2000-D-61, *SARL Bijouterie 6 Paradis* (BOCC 2002. 836).

2. Pour une application : Paris, 9 déc. 1997, *Sté Rolex*, CCC 1998, n° 26, obs. L. Vogel : une clause subordonnant l'agrément « aux possibilités locales de ventes » n'est pas suffisamment précise.

3. Com. 22 oct. 1991, *Sté Estée Lauder*, D. 1992. Somm. 393, obs. D. Ferrier ; 21 juin 1994, *Sté Hermès*, Bull. civ. IV, n° 235 ; Cons. conc. n° 2000-D-61 du 13 déc. 2000, *Sté bijouterie 6 Paradis* (BOCC 30 déc. 2000, p. 836), CCC 2001, comm. 44, et nos obs. ; en droit européen : TPICE 27 févr. 1992, *Sté Vichy*, aff. T-19/91, Rec. CJCE I. 415, condamnant le *numerus clausus*, sauf en cas de faible production du fabricant ou de spécificité très marquée du produit.

4. Com. 27 janv. 1998, D. Affaires 1998. 836, obs. A.M.

5. Paris, 5 mars 1996, D. Affaires 1996. 413 ; Cons. conc. n° 03-D-11 du 21 févr. 2003, *Opéra*, CCC juill. 2003, n° 108, et nos obs. : « même s'ils aboutissent à des transferts de ressources des producteurs vers les distributeurs dont la puissance d'achat s'est accrue par le biais de la création d'une centrale commune de référencement, des accords... relatifs ou référencement ne sont condamnés que s'ils limitent la concurrence sur les marchés des produits en cause en portant atteinte à la présence des producteurs sur les marchés, soit entre le distributeur qui a bénéficié de ces transferts et d'autres distributeurs ».

6. Par ex. : Paris, 27 juin 2000, *Sté Vidal* (BOCC 12 sept. 2000, p. 467), CCC 2000, n° 178, et nos obs. ; approuvé par Com. 22 oct. 2002, Bull. civ. IV, n° 148 : « Le boycott constitue une action délibérée d'évincer un opérateur du marché... la volonté d'éviction n'est pas établie ».

7. Com. 16 janv. 1990, Bull. civ. IV, n° 16.

8. Civ. 1^{re}, 14 févr. 1989, RTD civ. 1989. 528, obs. J. Mestre ; Paris, 28 févr. 1989, RTD civ. 1989. 528.

mission de service public » en dissuadant ses membres de pratiquer le portage de médicaments à domicile¹. Le refus collectif de contracter avec autrui est illicite qu'il s'agisse du refus d'approvisionner un client ou de s'approvisionner auprès d'un fournisseur s'il a pour objet ou effet d'éliminer une entreprise du marché. Le boycott est condamné même s'il n'est pas suivi d'effet. Des syndicats peuvent être condamnés à la suite de leur motion commune alors même que les syndicats n'avaient pas eu d'action commune pour faire passer le mot d'ordre².

De la mise en garde au boycott illicite, la frontière est difficile. Par exemple, un syndicat a pour mission la défense des intérêts de la profession et donc la mise en garde de ses adhérents. Il ne peut cependant mettre en œuvre une politique anticoncurrentielle. Le refus émanant d'une organisation professionnelle de respecter une décision gouvernementale peut être qualifié de boycott illicite³.

495. Les recommandations émanant d'association de consommateurs. Les associations de consommateurs ne sont pas des entreprises, sauf si elles vendent des biens ou des services à titre annexe. Mais, une association de consommateurs qui participe ou appelle au boycott de produits ou d'entreprise peut être poursuivie pour entente.

§ 3. ENTENTE DE RÉPARTITION DE MARCHÉS OU DES SOURCES D'APPROVISIONNEMENT

496. L'article L. 420-1 du Code de commerce et l'article 101 TFUE sanctionnent les ententes qui tendent à « répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement ». Là encore, les exemples abondent. Les clauses de non-concurrence, les clauses d'exclusivité ou les pactes de non-agression aboutissent à une répartition géographique des marchés.

Les accords de répartition de marché sont souvent géographiques, liés aux différences de prix (ainsi, une interdiction d'exporter ne fait pas profiter les distributeurs et consommateurs de prix plus bas). De tels accords sont systématiquement condamnés par les autorités internes et communautaires.

Des ententes sont fréquentes à l'occasion de la passation de marchés publics. Les autorités internes et européennes de concurrence les pourchassent avec vigueur mais avec une efficacité relative. De simples échanges d'information sur les positions respectives des entreprises soumissionnaires ont un objet anticoncurrentiel, indépendamment de leurs effets sur le marché⁴. Les interventions législatives « pleuvent », avec un arsenal répressif accru, sans grand succès... Le droit interne est tenu de mettre en conformité sa réglementation avec les exigences européennes de transparence ; même des contrats exclus du champ d'application des directives de marchés publics sont néanmoins tenus de respecter les principes fondamentaux du Traité et notamment le principe de transparence⁵.

1. Com. 16 mai 2000, *Ordre national des pharmaciens* (BOCC 2000. 330).

2. Paris, 10 juill. 1992, *D.* 1992. IR 225 ; Cons. conc. n° 98-D-73 du 25 nov. 1998 (BOCC 16 févr. 1999, p. 68).

3. Cons. conc. du 14 févr. 1995, *Secteur de la pomme de terre de conservation* (BOCC 13 avr. 1995).

4. Par ex. : Cons. conc. du 16 oct. 1990 (BOCC 9 nov. 1990).

5. F. Llorens et P. Soler-Couteaux, « Le clair obscur du principe de transparence », *Contrats et marchés publics* 2002, chron. 8 ; CJCE, Ord. 30 mai 2002, *Buchhändler...*, aff. C-358/00, *Contrats et marchés publics*, n° 199, obs. E. Delacour.

§ 4. ENTENTE DE QUOTA

497. Les articles 101 TFUE et L. 420-1 du Code de commerce visent les ententes destinées à limiter ou contrôler la production, les débouchés, ou le développement technique ou les investissements techniques. Tout système de quota, de même que certaines normes techniques imposées par des fabricants relèvent de ces dispositions. Mais la limitation, le contrôle de la production ou les accords de normalisation peuvent être considérés comme des accords de spécialisation, ou de recherche et de développement régis par des règlements d'exemption européens ou faire l'objet d'une exemption individuelle sur le fondement de l'article 101, § 3, ou de l'article L. 420-3 du Code de commerce.

498. *Entente de crise*. La crise économique ou sociale n'est pas un fait justificatif de l'entente tant au regard du droit interne que du droit européen¹. L'entente de crise est très exceptionnellement admise par les autorités de contrôle internes. Elle l'est pour des professions sinistrées, tel le marché du sel de Guérande ou la production de gruyère de comté². L'exemption est accordée de manière rarissime, car l'entente de crise n'est tolérée que sous des conditions strictes, tenant notamment au fait qu'elle doit apporter une contribution à la collectivité tout entière en apportant un progrès, telle l'amélioration de la production³, la protection des consommateurs, des conditions du marché ou une réorganisation structurelle du marché. Elle doit être accompagnée de mesures structurelles touchant à la production et à la commercialisation des produits⁴. Le progrès invoqué ne « doit pas simplement permettre une amélioration conjoncturelle de la situation des entreprises concernées »⁵. L'exemption a été refusée chaque fois que des entreprises membres d'une entente ont paru seules en profiter.

De même, les autorités européennes considèrent le cartel de crise comme *a priori* néfaste à la concurrence, même s'il a été autorisé par les autorités de contrôle nationales⁶. Une entente de crise est qualifiée de restriction par objet⁷ (v. ss 176 s.). Elles acceptent exceptionnellement de l'exempter sur la base de l'article 81, § 3 (devenu 101, § 3, TFUE) s'il ne comporte aucun engagement tarifaire et s'il aboutit à moyen terme à la rationalisation par la réduction des surcapacités⁸.

§ 5. ENTENTES CONSTITUANT UNE BARRIÈRE À LA SORTIE OU AU CHANGEMENT DE PARTENAIRE ÉCONOMIQUE

499. *Jurisprudence des pompistes de marque*. La doctrine économique a montré que, pour qu'un marché soit véritablement concurrentiel, il ne devait exister aucune entrave à la sortie de ce marché ; de même, le changement de partenaire économique ne doit pas entraîner de coûts déraisonnables : ces obstacles relèvent en théorie économique de la catégorie des *Switching costs*.

1. Par ex. : CJCE 15 oct. 2002, *Limburgse Vinyl Maatschappij*, aff. jtes C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, 247/99 P, C-250 à 252/99 P, C-254/99 P, pt 487, *Europe* 2002, n° 423, obs. L. Idot.

2. Cons. conc. n° 98-D-54 du 8 juill. 1998, *Rapport 1998*, p. 628.

3. Cons. conc. n° 00-D-14 du 3 mai 2000, *Secteur des briques plâtrières dans le grand Ouest de la France*.

4. Cons. conc. n° 95-D-77 du 5 déc. 1995, CCC 1996, n° 61, obs. L. Vogel.

5. Avis, Cons. conc. n° 99-A-18 du 17 nov. 1999, *Pratique de prix promotionnels uniques (BOCC 31 mars 2000, p. 169)*.

6. TPICE 6 avr. 1995, *Treillis soudés*, aff. T-145/89, *Rec.* 987.

7. CJCE 20 nov. 2008, C-209/07, *BIDS*, CCC 2009, comm. 16, obs. G. Decocq.

8. CJCE 20 nov. 2008, C-209/07, *BIDS*, préc.

Dans un contentieux sans cesse renouvelé, opposant pompistes de marque et compagnies pétrolières, les clauses de restitution en nature stipulées dans les contrats de prêt ont été annulées sur le fondement de l'article 7 de l'ordonnance de 1986 (devenu C. com., art. L. 420-1), au motif que cette obligation « impose des travaux coûteux au (distributeur), non justifiées par des nécessités techniques en raison de la durée de vie des cuves, et (...) est susceptible de le dissuader de traiter avec un autre fournisseur, de sorte qu'elle est disproportionnée avec (sa) fonction et constitue un frein à la concurrence d'autres fournisseurs »¹. Cette jurisprudence applique la théorie économique selon laquelle des coûts déraisonnables en cas de changement de fournisseur constituent une entrave au bon fonctionnement de la concurrence.

De même, un accord passé par plusieurs établissements bancaires visant à refuser toute demande de renégociation ou de rachat de prêt a pour effet de dissuader la renégociation des prêts soit avec l'établissement prêteur soit avec des établissements concurrents. La pratique a un effet anticoncurrentiel grave car il affecte le consommateur. Une sanction de plus d'un milliard de francs fut ordonnée à l'encontre des établissements bancaires ayant participé à cette entente².

Distribution alimentaire. Un autre exemple, l'Autorité de la concurrence, dans des avis remarquables touchant à la distribution alimentaire³, a stigmatisé les clauses liant tête de réseau et distributeurs affiliés à un réseau de distribution, visant à décourager la sortie de réseau pour passer sous enseigne concurrente. Ces clauses entravant la mobilité des distributeurs peuvent consister en des clauses de non-concurrence, clauses de non-réaffiliation à un réseau concurrent, ou clauses stipulées dans des pactes statutaires destinées à contrôler le départ des associés.

Cette éradication des clauses constituant des barrières à la sortie a été confortée par la jurisprudence. Ainsi, la Cour de cassation a-t-elle censuré un arrêt d'appel qui avait fait une application d'une clause statutaire conférant au franchiseur, tête de réseau, une minorité de blocage. Est reproché à la cour d'appel de ne pas avoir recherché si « au regard des circonstances » (cette clause conférant une minorité de blocage) et compte tenu de la dépendance du franchisé envers le franchiseur (il était une filiale détenue à 99 % par le franchiseur) « n'avait pas pour objet ou pour effet de porter atteinte à la liberté contractuelle et de la concurrence »⁴.

Section 2

Abus de domination⁵

500. Vers une protection du plus faible. Il appartient à chacun de se défendre. Ce n'est que dans des cas pathologiques que le droit civil prend la défense du plus faible, par exemple en cas de vice ou d'absence de consentement. Dans les relations commerciales,

1. Com. 18 févr. 1992, *Bull. civ.* IV, n° 78.

2. Paris, 27 nov. 2001, *RTD com.* 2002. 141, obs. M. Cabrillac.

3. ADLC n° 10-A-26 du 7 déc. 2010 relatif aux *contrats d'affiliation de magasins indépendants et les modalités d'acquisition de foncier commercial dans le secteur de la distribution alimentaire*; ADLC n° 12-A-01 du 11 janv. 2012 relatif à la *situation concurrentielle dans le secteur de la distribution alimentaire à Paris*.

4. Com. 30 mai 2012, pourvoi n° 11-18.024.

5. A. S. Choné, *Les abus de position de domination*, thèse, Economica, 2010.

il n'appartient pas au juge de défaire le contrat pour faire prévaloir une justice contractuelle. La sécurité juridique impose le respect du contrat.

Cette conception classique est aujourd'hui remise en cause. La législation protectrice du consommateur et la jurisprudence protègent le particulier-consommateur contre le professionnel. L'ampleur que prend la théorie des clauses abusives en est l'exemple le plus topique¹. Mais ce mouvement est plus général : qu'il s'agisse de la jurisprudence sur la détermination du prix ou de l'importance que prend l'obligation d'exécuter de bonne foi, la jurisprudence s'oriente vers un contrôle de l'équilibre contractuel. Il ne s'agit plus seulement de protéger le consommateur, mais la partie la plus faible.

Ce mouvement s'étend aux contrats commerciaux. Et pourtant, traditionnellement, le juge commercial ne peut défaire ou refaire un contrat commercial déséquilibré. Mais les déséquilibres contractuels, résultant de la négociation contractuelle, se sont accrus avec les restructurations des entreprises (restructuration des entreprises de fabrication avec les fusions entre entreprises et l'apparition de groupes puissants d'entreprises ; restructuration des entreprises de distribution avec la concentration des entreprises de distribution et l'apparition de super-centrales d'achats). Aussi, la loi du 2 juillet 1963 a-t-elle introduit en droit français la notion d'abus de domination afin d'harmoniser le droit interne avec le droit européen de la concurrence (art. 82 CE, devenu art. 102 TFUE).

501. La domination d'une entreprise sur un marché peut donner lieu à deux types de contrôle : un contrôle *a priori*, le contrôle des concentrations et un contrôle *a posteriori* de l'abus. Sera ici envisagé le contrôle *a posteriori*.

L'article 102 TFUE énonce qu'« est incompatible avec le marché commun et interdit, dans la mesure où le commerce entre États membres est susceptible d'en être affecté, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le Marché commun ou dans une partie substantielle de celui-ci ». L'article L. 420-2 du Code de commerce dispose qu'« est prohibée, dans des conditions prévues à l'article L. 420-1, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises d'une position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci ». L'écriture de ces deux textes est très voisine, même si seul le droit français prévoit une exemption pour les abus de position dominante, tandis que l'exemption de l'article 101, § 3, est cantonnée aux ententes. Cependant, des justifications peuvent être apportées en cas d'abus de position dominante (théorie des gains d'efficience, v. ss 540). Et il n'est jamais accordé d'exemption au regard du droit français en cas d'abus de position dominante.

Les articles 102 TFUE et L. 420-2 du Code de commerce supposent que soient établis la position dominante (§ 1), et son abus (§ 2), ainsi que, comme pour toute pratique anti-concurrentielle, une atteinte au marché.

§ 1. UNE POSITION DOMINANTE

502. Ni le droit interne ni le droit européen ne définissent la position dominante. La jurisprudence européenne et interne la caractérise par le pouvoir de s'abstraire de la concurrence des tiers, le « pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause, en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une

1. Civ. 1^{re}, 19 déc. 1991, *D.* 1991. 44, note Ghestin, la clause évasive de responsabilité « procurait un avantage excessif à la société (...) et celle-ci, du fait de sa position économique se trouvait en mesure de l'imposer... ».

mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et, finalement, des consommateurs »¹. La position dominante n'est pas définie de manière statique, mais comme un pouvoir économique. La notion (A) et les formes (B) de la domination seront exposées.

A. Notion

503. Une conception dynamique de la domination est retenue puisque la domination ne s'exprime pas seulement en parts de marché mais est définie comme un pouvoir économique. La méthode retenue par les autorités de contrôle repose sur celle du faisceau d'indices, tant en droit interne qu'en droit européen.

504. Part de marché. La part de marché est un indice important, mais non exclusif. Des parts de marché extrêmement importantes constituent un indice important de l'existence d'une position dominante. Mais « sa signification peut varier selon les cas en fonction des caractéristiques du marché en cause » : une part de marché de 90 %, dans certains cas, n'est pas nécessairement en elle-même suffisante². Ainsi, la détention d'un monopole ou d'un droit exclusif confère en principe une position dominante, mais il a été jugé qu'une situation de domination sur un marché en pleine expansion n'est pas en principe constitutive d'une position dominante si le marché reste ouvert et si le monopole n'est que temporaire³. La détention d'une très forte part de marché au cours d'une très courte période peut ne pas être suffisante pour induire une position dominante⁴.

505. En effet, tout est question de circonstances : par exemple, une entreprise détenant un quasi-monopole peut ne plus être en position dominante si ses parts de marché diminuent par l'arrivée de nouveaux entrants. C'est la preuve qu'elle est soumise à la pression de la concurrence⁵. Cependant, le déclin d'une entreprise en terme de parts de marchés ne signifie pas toujours une perte de sa position dès lors que le marché est peu attractif pour les concurrents ou que les parts de marché des concurrents restent éclatées⁶.

La faible dimension de l'entreprise n'exclut pas une position dominante lorsque le marché est réduit et que les barrières à l'entrée sont importantes.

506. Autres facteurs. Les autres facteurs tiennent notamment en :

1° *position, statut de l'entreprise* et avantages concurrentiels (chiffre d'affaires, importance économique sur le marché, importance de ses atouts financiers, commerciaux ou technologiques, statut public permettant de bénéficier de subventions...) ;⁷

1. TPICE 1^{er} déc. 1991, *Hilti AG c/ Comm.*, aff. T-30/89, *Rec.* 1439 ; Paris, 17 oct. 1990, *Sté internationale de boissons* (BOCC 31 oct. 1990, p. 295).

2. Comm. CE n° C-3796 du 13 déc. 2000, *Carbonate de soude-ICI* (JOCE n° L-10 du 15 janv. 2003, p. 33), CCC 2003, n° 43, obs. S. Poillot-Peruzzetto.

3. Comm. CE du 9 nov. 1994, *MSGMedia* (JOCE n° L-364/1).

4. TPICE 30 sept. 2003, *Atlantic Container Line*, aff. T-191/98, *Rec.* 3275, spéc. p. 919.

5. Conc. conc. n° 99-D-2 du 9 mars 1999, *Secteur des implants intraoculaires*, *Rec. Lamy*, n° 794, obs. V. Sélinisky : parts de marché passant de 94 % à 72 % en deux ans ; Cons. conc. n° 97-D-04 du 18 mars 1997, *Pompes funèbres générales* (BOCC 29 avr. 1997, p. 319) : érosion constante des parts de marché et accroissement de celles des concurrents.

6. Par ex. : Cons. conc. n° 2001-D-23 du 10 mai 2001, *Sté Abbott et le marché des produits anesthésiques* (BOCC 23 mai 2001, p. 499).

7. Par ex. : Com. 9 avr. 1996, *Pompes funèbres générales du Sud-Est* (BOCC 1996. 248) ; Paris, 15 mai 2001, *INCC c/ Union fédérale des consommateurs* (BOCC 24 juin 2002, p. 382, spéc. 383, *in fine*).

2° *nature de l'offre* : l'offre émanant de l'entreprise dominante peut présenter des qualités telles que les partenaires sont nécessairement à l'entreprise dominante. Celle-ci est alors un « partenaire obligé ». Cela peut être le cas lorsqu'une marque a une notoriété particulièrement forte ou lorsque l'offre présente des qualités, tenant notamment en sa régularité, son importance ou sa diversification plus grande que l'offre des concurrents¹. La fourniture d'un service d'intérêt économique général constitue une présomption – simple – de détention d'une position dominante².

3° *situation des concurrents et nature du marché* : si les compétiteurs ne sont pas en mesure de constituer un contrepoids suffisant, ou si la puissance économique de l'entreprise lui permet « d'instaurer une stratégie globale et souple s'opposant à l'implantation de nouveaux concurrents »³, on peut parler de position dominante. La disproportion des moyens financiers entre l'entreprise dominante et ses concurrents est un facteur d'appréciation de la position dominante⁴.

De même, la position des clients et fournisseurs par rapport à l'entreprise dominante est un élément à prendre en compte. Par exemple, si les clients ou fournisseurs sont liés par des clauses d'exclusivité à l'entreprise dominante, les concurrents auront des difficultés à exercer leurs activités si le nombre de clients ou de fournisseurs est réduit ;

4° *conditions d'entrée et d'expansion sur le marché*. L'entrée sur un marché peut être rendue difficile par l'existence de *barrières à l'entrée*. Ces barrières peuvent être structurelles (l'entrée sur un marché peut nécessiter de lourds investissements), juridiques (par ex. : détention de droits de propriété intellectuelle nécessitant l'obtention pour le concurrent qui peut entrer sur le marché d'une licence d'exploitation) ou comportementales. La théorie économique insiste sur l'importance de l'étude des comportements stratégiques (v. ss 82). Ces comportements consistent notamment en des pratiques prédatrices ou les stratégies de fidélisation de clients.

L'absence de position dominante peut être observée sur les marchés en expansion, où la concurrence est vive⁵.

507. Importance de l'effet de réseau. L'effet de réseau peut aussi constituer une barrière à l'entrée sur un marché. Plus le nombre d'utilisateurs d'un réseau (ex : téléphonie mobile Bouygues ou Orange ; ex réseau social Facebook) est important, plus l'effet de réseau sera grand. L'utilisateur d'une technologie va avoir des difficultés à s'en séparer lorsque le nombre de détenteurs d'un bien compatible avec celle-ci est élevé (effet de réseau). Des coûts financiers et/ou psychologiques surgiront en effet s'il décide de quitter le réseau (on parle de « *switching costs* »). L'utilisateur est enfermé dans son réseau (pratique de « *lock-in* »).

Cette notion a été utilisée dans plusieurs affaires, telles l'affaire *Microsoft* de 2001, ou celle liée aux réseaux sociaux LiveUniverse contre MySpace de 2007.

1. Par ex. : CJCE 13 févr. 1979, *Hoffmann-La Roche*, aff. 102/77, *Rec.* 461 ; TPIE 1^{er} avr. 1993, *BPB British Gypsum*, aff. T-65/89, *Rec.* 389.

2. Com. 13 juill. 2010, *B. Pelletier*, *Dict. permanent Dr. aff.* sept. 2010, p. 19.

3. CJCE 14 févr. 1978, *United Brands*, préc.

4. Cons. conc. n° 96-D-10 du 20 févr. 1996, *France Telecom et ODA* (BOCC 23 avr. 1996, p. 147), CCC 1996, comm. 107, obs. L. Vogel.

5. Par ex. : Paris, ch. 1, sect. A, 13 juill. 2000, *Juris-Data* n° 116828, *SA France c/ SAWappup.com* : ce marché, en forte croissance, est animé par une vive concurrence qui se traduit par de brusques variations des parts de marché détenues par les 3 opérateurs de téléphonie ; les pourcentages des deux autres opérateurs étaient en forte progression.

Ces effets de réseaux ne permettent pas en eux-mêmes de caractériser une position dominante, car comme toute barrière l'entrée, elle peut ne pas être insurmontable.

508. Effets de réseau croisés et marché biface. L'effet de réseau peut donner lieu à une analyse économique complexe, révélant, selon les termes (passablement abscons) des économistes, un « marché biface » en raison des « externalités de réseau croisées entre deux populations »¹. Dans cette hypothèse, la disponibilité d'un usager à payer pour le bien ou le service dépend de l'importance de l'utilisation de ce bien ou service par une autre catégorie de personnes. Il existe, par exemple, un marché biface entre les utilisateurs de carte bancaire et les professionnels acceptant de payer une cotisation pour utiliser ce système de paiement. La notion de marché biface et d'externalités croisées a précisément été appliquée dans ce domaine par l'Autorité de la concurrence².

509. Une appréciation globale du marché liée à un pouvoir de marché. La délimitation préalable du marché et la détermination d'une position dominante sont secondaires pour l'analyse économique. L'important tient en un pouvoir de marché défini comme l'aptitude à maintenir des prix au-dessus du prix de concurrence, sans perte de clientèle. Par exemple, si les prix très bas pratiqués par une entreprise détenant un pouvoir de marché sont destinés à évincer des concurrents économiquement performants, alors la pratique sera déclarée abusive, sans détermination préalable de la position dominante et du marché. Cette analyse économique fait l'économie d'une démarche en deux temps, 1° déterminer s'il y a position dominante puis 2° déterminer s'il y a abus.

Pour les économistes, seule importe la caractérisation d'une restriction de concurrence, puis, en second lieu, l'absence d'explication du comportement par des considérations licites (sur les justifications possibles d'un comportement, v. ss 540). Certains arrêts s'inspirent de cette analyse (v. ss 546 s.).

510. Offreur ou acheteur. Situation de monospone. Le plus souvent, l'entreprise poursuivie pour abus de position dominante agit en qualité d'offreur de biens ou services.

Plus rarement, l'entreprise dominante intervient sur le marché en qualité d'acheteur. Par exemple, British Airways a été mise en cause pour ses activités d'acheteur sur le marché des services d'agences de voyages³ ou encore les clubs de football qui « achètent » les joueurs⁴ (est en cause le marché de l'activité des services de joueurs). La puissance d'achat est alors contrôlée. Le phénomène peut intervenir dans la grande distribution.

De même, est en position de monopole (on parle de « monospone ») un acheteur unique (par ex. : EDF acheteur unique de la production d'électricité). Pour autant, le monospone est souvent en position intermédiaire : il doit acheter en tenant compte de la demande finale sur laquelle il peut être en concurrence avec d'autres entreprises. À ce titre, même en position dominante, il subit une pression concurrentielle.

1. J. Philippe, « La prise en compte de la nature biface des marchés dans le droit de la concurrence », *RLC* 2013. 40 ; P. Rey, « L'approche économique des marchés biface », *RLC* 2013, *op. cit.*

2. ADLC n° 11-D-11 du 6 juill. 2011, *Pratiques mises en œuvre par le groupement des cartes bancaires*.

3. TPICE 17 déc. 2003, aff. T-219/99, *Europe* 2004, comm. 45, obs. L. Idot, *JDI* 2004. 623, obs. C. Prieto.

4. TPICE 26 janv. 2005, aff. T-193/102, *Laurent Piau*, *Europe* 2005, comm. 93, obs. L. Idot.

B. Formes de la domination

L'abus de domination peut émaner d'« une ou plusieurs entreprises » (art. 102) ou d'un « groupe d'entreprises » (C. com., art. L. 420-2). La domination peut donc être exclusive (1°) ou collective (2°).

1° Domination exclusive

a) Généralités

511. Monopole ou droit exclusif. La position dominante peut trouver son origine dans une situation de fait ou dans une réglementation de l'autorité publique¹.

512. La domination est certaine lorsque l'entreprise est en situation de monopole, de fait ou légal. Mais la détention d'un monopole n'est pas en elle-même abusive. Selon une jurisprudence constante, par le jeu combiné des articles 82 et 86 (devenus art. 102 et 106 TFUE), « l'existence d'un monopole dans le chef d'une entreprise à qui un État membre accorde des droits exclusifs n'est pas, en tant que telle, incompatible avec l'article 86 »² ; ou encore, il est affirmé que « la simple acquisition d'une licence exclusive par une entreprise dominante » n'est pas abusive³.

513. Théorie de l'abus automatique. L'article 106 TFUE interdit aux États d'édicter ou de maintenir, à l'égard de ces entreprises, aucune mesure contraire aux règles du Traité, et notamment aux règles de concurrence (v. ss 116).

b) Droit exclusif conféré par la détention d'un droit de propriété intellectuelle

514. La jurisprudence, interne et européenne, a toujours admis que la détention d'un droit de propriété intellectuelle n'est pas en elle-même contraire à la libre concurrence. La détention d'un droit de propriété intellectuelle récompense et stimule l'investissement et est donc pro-concurrentielle. En outre, un brevet ou une marque ne confère pas nécessairement un pouvoir de marché en raison de l'existence d'autres technologies susceptibles d'application équivalente ou substituable.

Cependant, les conditions d'exploitation peuvent devenir abusives. Par exemple, le fait de lier la fourniture d'un appareil breveté à une installation complète peut devenir abusif si cette vente liée n'est pas justifiée⁴. De même, le fait d'accorder une licence exclusive pour la retransmission nationale d'émissions télévisées n'est pas, en principe, constitutif d'un abus. Mais les clauses faisant obstacle à la réception des émissions dans les autres États membres ont un objet anticoncurrentiel⁵.

1. CJCE 4 mai 1988, *Bodson*, aff. 30/87, *Rec.* 2479.

2. CJCE 30 avr. 1974, aff. 155/73, *Sacchi*, *Rec.* 409.

3. TPICE 10 juill. 1990, *Tetra Pack*, att. n° 27, *Rec.* 309 ; Crim. 3 avr. 2001, *La coopérative d'insémination artificielle du pays (CIAPB) et autres* : « l'article 86, devenu 82, du Traité CE ne s'oppose pas à ce qu'un État membre attribue à des centres de mise en place de la semence bovine agréés certains droits exclusifs dans une zone délimitée... ».

4. Cons. conc. n° 98-D-08 du 27 janv. 1998, *Fromageries de comté et d'emmental*.

5. CJUE, gr. ch., 4 oct. 2011, *Football Association Premier League Ltd*, aff. jtes C-403/08 et C-429/08, *D.* 2011. 2474, *Donnat*, *Europe* 2011, comm. 459, 468 et 480, obs. L. Idot : les clauses d'un contrat de licence exclusive conclu entre un titulaire de droits de propriété intellectuelle et un organisme

Par ailleurs, le refus d'accorder une licence d'exploitation peut être constitutive d'un abus (v. théorie des facilités essentielles, ss 567 s.).

c) Coexistence entre une activité monopolistique (ou une forte position dominante) et une activité concurrentielle

515. La coexistence entre une activité monopolistique et une activité concurrentielle au sein d'une même entreprise ou d'un groupe d'entreprises peut être source de difficultés. Il faut rechercher si l'entreprise abuse de sa situation monopolistique pour favoriser son activité concurrentielle.

Par exemple, les buralistes bénéficiant d'un monopole légal sur le marché du tabac proposent de réduire leurs marges sur le marché ouvert à la concurrence des e-cigarettes pour fragiliser leurs concurrents.

516. Toute la difficulté est de caractériser l'anormalité du comportement. Elle résultera de prix anormalement bas¹ ou du caractère non justifié de l'accès par l'entreprise en monopole à un nouveau marché concurrentiel ; ou encore, la stipulation de conditions contractuelles différentes selon qu'il s'agit d'une activité sous monopole ou d'une activité non monopolistique est abusive².

Si les deux activités, monopolistique et concurrentielle, sont exercées par deux sociétés appartenant à un même groupe, l'autorité de concurrence veille à l'indépendance des deux sociétés.

Ainsi, dans l'affaire *Expédia*³, la SNCF a été condamnée pour avoir favorisé sa filiale commune sur le marché émergent et concurrentiel des agences de voyages en ligne avec un partenariat renforcé entre la SNCF et cette filiale commune commercialisation.

517. Effet de levier. L'effet de levier, défini comme la possibilité pour une entreprise détenant une forte position dominante sur un marché d'étendre ses ventes sur un second marché, notamment par des pratiques de jumelage, fait l'objet d'analyses économiques, reprises dans les lignes directrices sur les abus d'exclusion de février 2009.

518. Subventions croisées entre activités concurrentielles et activités monopolistiques. Le bon fonctionnement du marché n'implique pas que tous les opérateurs aient des conditions d'exploitation identiques, mais suppose qu'aucun d'entre eux ne bénéficie pour son développement de facilités que les autres ne pourraient obtenir.

de radiodiffusion constituent une restriction à la concurrence interdite par l'article 101 TFUE dès lors qu'elles imposent l'obligation à ce dernier organisme de ne pas fournir de dispositifs de décodage permettant l'accès aux objets protégés de ce titulaire en vue de leur utilisation à l'extérieur du territoire couvert par ce contrat de licence.

1. Com. 10 déc. 2003, *Société La française des jeux*, Bull. civ. IV, n° 202.

2. Par ex., pour une clause de non-concurrence, Com. 9 mai 2001 (*BOCC* 23 juin 2001, p. 527).

3. Com. 16 avr. 2013, *Expédia*, pourvoi n° 10-14.881 : la SNCF s'était engagé à effectuer la commercialisation en ligne de ses billets exclusivement sur le site « voyages-sncf.com », géré par sa filiale commune Expédia. La Cour de cassation décide que « les accords étaient destinés à faire profiter la filiale commune, outre de la publicité, de l'efficacité commerciale et de la réputation de qualité de la SNCF, du passage de la clientèle en ligne de cette dernière, ce qui lui conférerait un avantage déterminant sur le marché émergent des agences de voyages en ligne ; ... un tel accord, consistant à prendre appui sur un monopole légal pour développer une activité sur un marché concurrentiel connexe, a un objet anticoncurrentiel ».

Par exemple, il a été jugé en droit interne qu'est abusif le fait pour une entreprise dotée d'un monopole légal, n'ayant supporté aucune dépense pour acquérir cette position, d'utiliser tout ou partie de l'excédent des ressources que lui procure son activité sous monopole, pour subventionner une offre sur le marché concurrentiel faite à un niveau de prix prédateur ou, lorsque cet excédent commercial a conditionné une pratique commerciale qui, sans être prédatrice, a entraîné une perturbation durable du marché¹. De même, il a été jugé que la mise à disposition de moyens tirés de l'activité monopolistique est abusive si, d'une part, la mise à disposition peut être qualifiée de subvention, c'est-à-dire qu'elle ne donne pas lieu de la part de l'activité qui en bénéficie, à des contreparties financières reflétant la réalité des coûts, et d'autre part, que l'appui ainsi apporté présente un caractère anormal². La solution est identique en droit européen³.

519. Le respect des règles de concurrence peut nécessiter que soit opérée une séparation claire entre les deux activités, impliquant la mise en place de comptes distincts par type d'activités, s'appuyant sur une comptabilité analytique transparente⁴. Ce type d'injonction transforme l'Autorité de concurrence en véritable régulateur.

2° Domination collective⁵

520. *Généralités.* Selon les termes mêmes de l'article 102 TFUE, plusieurs entreprises peuvent être considérées comme détenant une position dominante collective et en abuser. L'article L. 420-2 du Code de commerce évoque les abus commis par un groupe d'entreprises. La notion est aussi connue du contrôle des concentrations.

Selon une définition habituelle, « plusieurs entreprises simultanément présentes sur un même marché peuvent être considérées comme détenant conjointement une position dominante, s'il existe entre elles une interdépendance qui les conduit à adopter une stratégie explicitement ou implicitement coordonnée »⁶. Il y a position dominante collective lorsque deux ou plusieurs entreprises adoptent ensemble, envers leurs clients et leurs concurrents, une attitude très semblable à celle d'une entreprise unique en position dominante – ce qui implique que les entreprises ne soient pas en situation de concurrence.

Il n'est pas aisé de distinguer la position dominante collective de la pratique concertée relevant du droit des ententes.

1. Droit interne : Cons. conc. n° 2000-D-50 du 5 mars 2001, *La Française des Jeux* (BOCC 24 avr. 2001, p. 343) ; v. parmi une bibliographie abondante : J. Dutheil de la Rochère, « Concurrence et activités d'intérêt général dans l'Union européenne », in *Mélanges C. Larroumet*, Economica, 2010, p. 111 s. ; N. Charbit, « Secteur public et droit de la concurrence », *Bull. Joly* 1999, 50 s.

2. Cons. conc. n° 02-D-63, *Pratiques constatées dans le secteur des télécommunications* (il y a subvention, mais pas anormale, car la subvention n'a pas entraîné une perturbation importante ou durable du marché).

3. Comm. n° 2001/354 CE du 20 mars 2001, *Deutsche Post Bank* (JOCE n° L-125 du 5 mai 2001), *Europe* 2001, n° 228, obs. L. Idot.

4. Avis, Cons. conc. n° 94-A-15, *Diversification des activités d'EDF et GDF* ; par ex. dissociation au sein de la Poste entre les activités monopolistiques portant sur le courrier ordinaire et celles portant sur le courrier rapide, v. « Les monopoles publics dans le jeu concurrentiel », in *Rapport 2003*, Conseil concurrence, p. 79 s., Doc. fr., 2004.

5. Bibliographie : S. Cristin-Belmont, *Essai sur la position dominante collective en droit communautaire*, thèse, Lyon 3, Presses universitaires Septentrion, 1999.

6. Par ex. : Décis. n° 98-D-76, *Secteur du disque*, *Rec. Lamy*, n° 775, obs. V. Sélinsky.

Dans une situation de position dominante collective, les entreprises *se présentent ou agissent* sur le marché comme une entité collective, qu'elles soient ou non liées par un accord¹.

521. Évolution jurisprudentielle. La notion a été utilisée pour la première fois par la Commission européenne dans l'affaire du « verre plat » à propos d'une pratique anticoncurrentielle : la Commission a reconnu l'existence d'une position dominante collective à propos de trois entreprises autonomes qui se présentaient sur le marché italien comme « une seule entité et non avec leur individualité »². Mais la notion a surtout prospéré à propos du contrôle des concentrations. Elle permet d'appréhender des effets coordonnés, par opposition aux effets unilatéraux d'une entreprise en position dominante. Ces effets coordonnés sont susceptibles de modifier la structure de la concurrence et de favoriser des comportements collusifs.

Le droit interne retient aussi la notion de position dominante collective³.

Il n'est pas nécessaire que les entreprises appartiennent à un même groupe. Une position dominante collective peut être détenue par des entités économiques, juridiquement indépendantes⁴.

La jurisprudence dominante retient l'exigence de facteurs de corrélation (a) ; plus exceptionnellement, l'interdépendance du fait de la structure oligopolistique du marché (b) permet de caractériser la position dominante collective.

a) Facteurs de corrélation

522. La position dominante collective résulte de deux éléments cumulés : 1° un groupe d'entreprises agissant sur le marché comme si elles n'en constituaient qu'une seule, et 2° la détention par ce groupe d'un pouvoir de marché. Pour le droit européen, une position dominante collective consiste à avoir, ensemble, « en raison des facteurs de corrélation existant entre elles, le pouvoir d'adopter un comportement identique sur le même marché », et d'agir indépendamment des autres concurrents, de leurs clientèles et donc des consommateurs⁵. Le droit interne adopte la même solution. Il ne suffit pas d'établir un comportement parallèle. De même, il ne suffit pas de se contenter d'indiquer que les entreprises se présentent sur un marché comme une entité collective pratiquant une stratégie commune en l'indiquant par les contrats qui les lient et par la structure du marché. Il faut aussi relever que ces deux entreprises se comportent sur le marché de façon indépendante, vis-à-vis de leurs concurrents, leurs clients et des consommateurs⁶.

Il faut démontrer un comportement collectif qui est déduit de l'existence de « facteurs de corrélation », c'est-à-dire de liens entre entreprises.

Ceci suppose que les entreprises opèrent sur le même marché ; la position dominante collective peut exister entre des entreprises liées entre elles par des relations verticales⁷.

1. CJCE 27 avr. 1994, *Commune d'Almelo*, aff. C-393-92, *Rec. I*, 1477.

2. *Comm.* du 7 déc. 1988 (*JOCE* n° L-33 du 4 févr. 1989).

3. *Par ex.* : ADLC n° 10-D-36 du 17 déc. 2010, *GPL* (mais l'ADLC conclut en l'absence de position dominante collective).

4. CJCE 16 mars 2000, *Compagnie maritime belge de transports*, aff. C-395/96 à C-396/96, *Rec.* 1365.

5. CJCE 31 mars 1998, aff. jointes C-68/94 et C-30/95, *Kali & Saltz*, pt 221 : plusieurs entreprises « ont ensemble (...) le pouvoir d'adopter une même ligne d'action sur le marché et d'agir dans une mesure appréciable indépendamment de leurs concurrents, de leur clientèle et finalement des consommateurs » ; TPICE 25 mars 1999, aff. T-102/96, *Gencor*, pt 163.

6. *Com.* 7 juill. 2009, *Lafarge et Vicat*, *CCC* 2009, *comm.* 227, *obs.* G. Decocq.

7. TPICE 7 oct. 1999, *Irish Sugar*, *préc.*

Cependant, il peut y avoir position dominante collective même si les entreprises sont, dans une certaine mesure, en concurrence entre elles ; néanmoins, une concurrence interne significative est de nature à écarter la présomption de position dominante collective résultant des facteurs de corrélation existant entre elles¹.

523. Liens entre entreprises. Ces liens peuvent être *structurels* ou encore *juridiques* (prise de participation dans le capital, représentation au conseil d'administration, procédures de communication entre sociétés ; appartenance à un groupe ou liens familiaux ; création entre plusieurs sociétés d'une entreprise commune)². Ils peuvent être *contractuels* et résulter d'un accord entre entreprises indépendantes : par exemple, des accords de licence conférant à deux entreprises indépendantes une avance technologique leur fournissant la possibilité de comportements indépendants face à la concurrence ; ou encore l'engagement d'approvisionnement exclusif de l'une envers l'autre.

524. Stratégie commune. Les liens, de quelque nature qu'ils soient, doivent traduire une volonté d'adopter une ligne d'action identique sur le marché³. Il convient donc de prouver, outre l'existence de « facteurs de corrélation », une stratégie commune d'action sur le marché. L'analyse est qualifiée de « comportementale » et non simplement structurelle comme il en est ainsi en matière de contrôle des concentrations. Dans l'affaire mettant en cause l'organisation de la Coupe du monde de football en 1998 à Paris, les autorités de contrôle internes ont retenu l'existence d'une position dominante collective entre la FIFA et le CFO, en relevant les liens financiers entre les deux institutions et l'adoption d'une politique commune pour la vente de billets⁴.

L'existence d'une stratégie commune peut être présumée à partir des comportements parallèles et prévisibles, la présomption étant elle-même renforcée par des données propres au marché : caractère homogène du produit et inélasticité de la demande par rapport au prix du produit.

525. Un abus non collectif. L'abus ne doit pas nécessairement être le fait de toutes les entreprises liées entre elles⁵. L'abus ne doit pas être collectif. Il suffit qu'il émane de l'une d'entre elles. Car, la détention d'une position dominante n'est pas en elle-même abusive.

b) Interdépendance et oligopole

526. Oligopole. En l'absence de liens entre entreprises, on se demande si, dans un marché oligopolistique, la simple interdépendance économique entre entreprises, sans collusion, est suffisante pour caractériser une position dominante collective. La structure du marché incite les opérateurs à adopter spontanément des comportements identiques. On parle de pratique concertée. On a vu que le parallélisme de comportements ne suffit pas en lui-même pour établir une entente dans la mesure où les entreprises peuvent s'adapter avec intelligence et autonomie à une structure oligopolistique du marché. Le

1. TPICE 30 sept. 2003, *Atlantique container (compagnie maritime)*, aff. T-191/98, T-212/98 à T-214/98, CCC 2004, comm. 62, obs. Poillot-Peruzzetto.

2. Paris, 30 oct. 2001, *FIFA et CFO*, CCC 2001, n° 173, et nos obs.

3. Par ex. : en droit interne : Paris, 6 juill. 1994, *Sté Total Réunion Comores et autres (BOCC 29 juill. 1994, p. 299)*, CCC 1994, n° 196, obs. L. Vogel.

4. Paris, 30 oct. 2001, préc.

5. TPICE 7 oct. 1999, *Irish Sugar*, préc.

même débat peut être porté sur le terrain de l'abus. Dans quelle mesure l'adaptation intelligente d'une entreprise au comportement de ses concurrentes peut-elle relever de la dominance collective ?¹

527. La jurisprudence européenne classique refusait d'admettre que la simple interdépendance oligopolistique permette de conclure en l'existence d'une position dominante collective si ne sont pas caractérisés des facteurs de corrélation entre les entreprises, mais une évolution se dessine. Des arrêts récents ont admis que de simples liens économiques peuvent suffire à établir une position dominante collective. Il n'est pas nécessaire d'établir une volonté de participer à une stratégie commune. La position dominante collective procède d'un constat objectif. La domination, individuelle ou collective, est un fait. Elle existe en l'absence de tout élément intentionnel. L'analyse est *structurelle* (par opposition à une analyse comportementale). Seule importe la réalité économique.

528. Cette évolution a été affirmée en matière de contrôle des concentrations, notamment dans l'affaire *Airtours*². La notion de position dominante collective est, cependant, subordonnée à des conditions strictes. Cet arrêt refuse, en effet, de présumer une position dominante du seul fait de la structure oligopolistique du marché, car les économistes sont divisés sur la nocivité des oligopoles³.

Les conditions pour retenir l'abus sont : 1° un marché oligopolistique et transparent (les entreprises ont la possibilité de détecter d'éventuelles déviations de la ligne de conduite commune) ; 2° un risque de représailles (existence d'un mécanisme de dissuasion avec la certitude d'éventuelles représailles de la part des oligopoleurs : l'entreprise a-t-elle intérêt à dévier de la ligne commune ? Une analyse coût/bénéfice des gains à court terme d'une déviation doit être faite) ; 3° un marché non contestable en raison de la faible capacité des concurrents actuels ou potentiels et des clients à remettre en cause l'équilibre résultant de la « coordination tacite » des principaux acteurs.

Cette jurisprudence a été confirmée depuis⁴.

Les lignes directrices CE sur les concentrations ont consacré la notion de domination collective⁵.

Un arrêt⁶ a même admis l'existence d'une position dominante collective à l'égard de la FIFA, alors même que celle-ci « n'est pas un acteur sur le marché de prestations de services de joueurs ». Pour autant, l'article 82 (devenu art. 102 TFUE) a été déclaré applicable car la FIFA est l'émanation des associations nationales et des clubs, acheteurs effectifs des services des agents de joueurs. Elle a donc agi « par l'intermédiaire de ses membres ».

1. V. F. Fontaine, « La dominance collective : mythes et réalité », *JCP E* 2006. 1316.

2. TPICE 6 juin 2002, aff. T-342/99, *JCP E* 2002. 1209.

3. R. Wish, *Competition law*, LexisNexis, Butterworths, 2003, p. 510.

4. Par ex. : TPICE 13 juill. 2006, *Independent Music Publishers and label Association (Impala)*, aff. T-464/04, *Concurrences* n° 3-2006, p. 119, obs. J.M.C.

5. Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du Règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises (*JOUE* n° C-31/5 du 5 févr. 2004, p. 39) : « une opération de concentration dans un marché concentré peut entraver de manière significative la concurrence effective du fait de la création ou du renforcement d'une position dominante collective, parce qu'elle augmente la probabilité que les entreprises seront en mesure de coordonner leur comportement et d'augmenter les prix, sans devoir procéder à la conclusion d'un accord ou recourir à une pratique concertée ».

6. TPICE 26 janv. 2005, *Piau*, aff. T-193/02, *Rec.* 209.

529. Droit interne. Le droit interne était réticent à admettre une conception purement structurelle. Néanmoins, la jurisprudence récente¹ s'inspire des critères mis en place par l'arrêt *Airtours*.

§ 2. ABUS

Seul l'abus est sanctionné. Il faut le définir (A) avant de citer quelques exemples (B).

A. Notion

L'approche traditionnelle reposant sur des standards juridiques (1°) est partiellement remise en cause par une approche économique de l'abus (2°).

1° Approche traditionnelle et les standards juridiques

530. Les textes et la jurisprudence font référence à des concepts peu précis, qui relèvent de la catégorie des standards juridiques, contestés par les économistes. Il s'agit des concepts de « concurrence par les mérites » (a), de concurrence normale (b) ou de responsabilité particulière de l'entreprise dominante (c).

a) Concurrence par les mérites

531. Cette notion a été inventée par les juristes de l'école allemande de Fribourg ordolibérale dès le premier quart du XX^e siècle qui distingue la concurrence par les mérites² de la concurrence par « l'exclusion »³. La première catégorie inclut les « bons » comportements que les entreprises adoptent pour rendre leurs produits plus attractifs auprès des consommateurs. Par exemple, elles baissent leurs prix ou améliorent la qualité. La seconde vise les « mauvais » comportements qui visent à éliminer les concurrents autrement qu'en améliorant ses propres performances. Et des classifications de comportements sont opérées entre les bons et mauvais comportements⁴.

L'expression de concurrence par les mérites, adoptée par les juristes et consacrée par la jurisprudence⁵ est critiquée par les économistes en raison de son incertitude⁶. Cette notion est pourtant maintenue et consacrée dès le point 1 des lignes directrices sur les

1. Par ex. : ADLC n° 12-D-13, 15 mai 2012, *Contrôle technique des véhicules*.

2. « *Leistungswettbewerb* ».

3. « *Behinderungswettbewerb* ».

4. F. Böhm, *Wettbewerb und Monopolkampf*, Nomos, 2010 ; par ex. : prix prédateur, rabais de fidélité et refus de vente sont des comportements relevant de la concurrence par l'exclusion car une entreprise qui ne disposerait pas d'une puissance économique ne pourrait pas se livrer à de tels comportements

5. Par ex. : CJCE 3 juill. 1991, aff. C-62/86, *Akzo*, pt 3359 ; par ex. : Trib. UE 9 sept. 2010, *Tomra Systems*, T-155/06, RTDE 2011. 406, note J.-B. Blaise ; pour l'auteur, « l'article 102 interdit à une entreprise dominante d'éliminer un concurrent et de renforcer ainsi sa position en recourant à des moyens autres que ceux qui relèvent d'une concurrence par les mérites » : la conclusion de contrats d'approvisionnement exclusif et l'octroi de rabais de fidélité, notamment de rabais rétroactifs, constitue une exploitation abusive interdite par l'article 102 TFUE.

6. OCDE, « Competition on the merits », 2005, synthèse, oct. 2006, F. Jenny, « Abus de position dominante et modernisation de l'article 82 CE », in F. runet et G. Canivet (dir.), *Le nouveau droit communautaire de la concurrence*, LGDJ, 2008, p. 281.

orientations sur les priorités retenues par la Commission sur les pratiques d'éviction abusive par des entreprises dominantes¹, sans être définie.

b) Concurrence normale

532. Cette notion de concurrence par les mérites rejoint la notion d'une concurrence normale, tout aussi imprécise, elle-même adoptée en jurisprudence dans le fameux arrêt *Hoffmann-La Roche*² et toujours aussi peu précise. Cette notion est commune à la jurisprudence de la Cour suprême des USA, avec la fameuse affaire *Standart Oil* de 1911³ qui a, la première, condamné pour abus de position dominante des actes au motif qu'ils ne consistaient pas en « des méthodes normales de développement industriel ».

Or, un comportement anormal ne signifie pas comportement atypique. Il peut s'agir de contrats habituels de la vie des affaires. Par exemple, dans l'affaire *Michelin*, il s'agissait de contrats d'achat exclusifs qualifiés par la Cour de justice de « méthodes concurrentielles anormales ».

Comment définir l'anormalité du comportement ? Il ne suffit pas de dire que le comportement est anormal car il ne répond pas à une concurrence par les mérites. Il est certain qu'est anormal le fait de tirer parti de ses facilités financières pour s'implanter sur un nouveau marché en offrant ses produits ou services à des prix avantageux pour les consommateurs ; de même, est abusif le fait de se réserver, sans nécessité objective, une activité auxiliaire ou dérivée sur un marché connexe mais distinct, où l'entreprise n'occupe pas de position dominante, au risque d'éliminer toute concurrence sur ces marchés. Tant le droit européen⁴ que le droit interne⁵ admettent que le fait pour une entreprise dominante de s'implanter sur un nouveau marché ou de se renforcer en recourant à des moyens autres que ceux qui relèvent d'une concurrence par les mérites revêt un caractère abusif.

La jurisprudence donne peu d'indications. Elle sanctionne des comportements « qui ont pour effet de faire obstacle, par le recours à des moyens différents qui gouvernent une compétition normale... au maintien du degré de concurrence existant encore sur le marché ou au développement de cette concurrence »⁶, mais en donnant d'indications sur ce qu'est une concurrence normale ou sur la nature des effets sur la concurrence. Faut-il prendre en compte un préjudice pour le consommateur ou prendre en compte les effets sur les concurrents, tel un affaiblissement des rendements des concurrents (faute par exemple d'accès à des approvisionnements). Ces effets sur la concurrence doivent-ils être importants, disproportionnés ou un simple effet suffit-il ? Des réponses sont données par les lignes directrices sur les abus de position dominante (v. ss 537). En faisant des pratiques d'éviction d'entreprises concurrentes une priorité de l'action de la Commission, on en comprend que le maintien d'une diversité concurrentielle est une donnée essentielle du droit de la concurrence.

1. Comm. 24 févr. 2009 (*JOUE* n° 2009/C-45/02).

2. CJCE 13 févr. 1979, *Hoffmann-La Roche*, aff. 85/76 : l'abus est une « notion objective qui vise les comportements d'une entreprise en position dominante qui sont de nature à influencer la structure d'un marché... et qui ont pour objet de faire obstacle, par le recours à des moyens différents de ceux qui gouvernent une concurrence normale des produits ou services... ».

3. Sur le fondement de la section 2 du Sherman Act.

4. CJCE 3 juill. 1991, *Akzo*, préc.

5. Com. 14 févr. 1994, *Bull. civ.* IV, n° 48.

6. CJCE 13 févr. 1979, *Hoffmann-la Roche*, pt 91.

c) Responsabilité particulière de l'entreprise dominante

533. Inspirée de l'ordo-libéralisme allemand, méfiant à l'égard des entreprises puissantes, la jurisprudence a reconnu responsabilité particulière de l'entreprise dominante. Ce standard juridique, encore aujourd'hui en vigueur, est cependant contesté par l'école de Chicago (v. ss 78). Au titre de la responsabilité particulière de l'entreprise dominante, pèse l'obligation de ne pas porter atteinte à la structure du marché ou de ne pas abuser de son comportement :

534. *Abus de structure et jurisprudence Continental Can*¹. L'abus de structure est objectif et vise toute pratique d'une entreprise dominante qui porte atteinte à la structure de concurrence – ce qui conduit à interdire *per se* certaines pratiques au seul motif qu'elles faussent la concurrence. Sont visés les abus d'exclusion. La jurisprudence européenne a, en un temps, avec l'arrêt *Continental Can*, exacerbé la conception objective en énonçant que la création ou le renforcement d'une position dominante est abusif. L'article 102 TFUE vise toutes les pratiques qui causent un préjudice aux consommateurs « en portant atteinte à une structure de concurrence effective ». La qualification d'abus s'opérait en fonction de la situation du marché et non du comportement adopté par l'entreprise. La théorie de l'abus de structure fut critiquée, car elle conduisait à interdire le simple maintien ou le renforcement d'une position dominante.

535. *Abus de comportement et jurisprudence Hoffmann-La Roche*. Pour cette raison, la Cour de justice s'est employée à ne pas se laisser enfermer dans le « mouvement structuraliste » en réintroduisant dès 1979, avec l'arrêt *Hoffmann-La Roche* une condition de comportement dans la définition de l'exploitation abusive. Elle a affirmé que le comportement de l'entreprise en position dominante ne doit pas avoir pour effet de faire obstacle au maintien ou au développement de la concurrence par « le recours à des moyens différents de ceux qui gouvernent une compétition normale de produits ou services »². Pour déterminer le caractère anormal, il faut rechercher si l'acte est nécessaire à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise³ – ce qui oblige les autorités de contrôle à se prononcer sur la légitimité des objectifs et sur la proportionnalité entre les moyens employés et le but poursuivi. L'analyse est proche de celle retenue à l'égard de l'article 10, § 3. L'abus se définit alors par l'obtention d'un avantage anormal ou non justifié.

Ainsi, une jurisprudence constante énonce qu'une entreprise dominante, confrontée à l'arrivée d'un concurrent, est en droit de défendre et de développer sa part de marché, elle n'en doit pas moins demeurer dans les limites d'un comportement compétitif normal⁴. Elle peut par exemple refuser de livrer des marchandises en invoquant des raisons objectives, tenant notamment au manque de compétences objectives des réparateurs⁵, ou des considérations liées à la sécurité ou l'environnement. Les justifications objectives invoquées par l'entreprise dominante doivent, en outre, être proportionnées. La

1. CJCE 21 févr. 1973, aff. C-6/72, *Rec.* 215.

2. CJCE 13 févr. 1979, *Hoffman-La Roche*, aff. 85-76, *Rec.* 1139, att. 90 et 180 ; TPICE 7 oct. 1999, *Irish Sugar*, préc., pt 111.

3. CJCE 14 févr. 1978, *United Brands*, aff. 27/76, *Rec.* 207, att. 189 et 190.

4. Par ex. : TPICE 22 nov. 2001, *Amministrazione Antonma di Monopoli di Stato*, aff. T-139/98, CCC 2002, n° 30, obs. S. Poillot-Peruzzetto.

5. Comm. CE du 8 déc. 1977, *Hugin*, IV, 29132 (*JOCE* n° L-22 du 27 janv. 1978).

jurisprudence européenne a considéré que la preuve du caractère approprié, nécessaire et raisonnable incombe à l'entreprise dominante¹.

536. Les lignes directrices de 2009 n'ont pas abandonné ce standard juridique et réaffirment l'existence d'une responsabilité particulière de l'entreprise dominante (pt 9 lignes directrices).

2° Nouvelle approche économique

537. *Théorie des effets et la stratégie d'éviction de concurrents économiquement efficients*. Sous l'influence de l'école de Chicago, l'objectif du droit de la concurrence est de promouvoir l'efficacité économique et pourchasser les comportements inefficients et non de défendre les structures du marché. Une entreprise dominante peut souhaiter développer ses parts de marché, au risque de diminuer celles des concurrents, voire de les évincer, car toute entreprise souhaite augmenter ses profits. La responsabilité particulière de l'entreprise dominante avec des interdictions per se (rabais de fidélité, vente liée, prix prédateur...) est contestée. La sécurité juridique ne doit pas l'emporter sur l'analyse économique.

Aucune pratique n'est *a priori* abusive. Ainsi, souvent, une même pratique peut selon les cas s'avérer avoir des effets pro ou anticoncurrentiels. Par exemple, un contrat d'exclusivité d'une certaine ampleur et d'une certaine durée peut-il être justifié, dans certains cas, par l'existence d'un investissement spécifique par l'un des partenaires à une relation entre deux entreprises. Il convient de protéger cet investissement pour éviter un phénomène qualifié de « *hold up* » par les économistes. Dans d'autres cas, l'investissement n'est pas important et l'étendue ou/et la durée de l'exclusivité ne sont pas justifiées. La clause aura des effets anticoncurrentiels.

La Commission, dans sa Communication de 2009², adopte une analyse économique de l'abus de position dominante en recommandant aux autorités de concurrence de s'intéresser aux effets des pratiques, c'est-à-dire aux résultats de la pratique sur le processus concurrentiel, plutôt qu'à la structure de la concurrence. Une pratique ne sera qualifiée d'abusives que si elle s'inscrit dans une stratégie d'éviction de concurrents économiquement efficaces. L'analyse repose donc sur une appréciation des mérites des concurrents.

538. *Critère de l'abus : l'atteinte au bien-être du consommateur*. Les lignes directrices font du consommateur le critère ultime d'appréciation (point 19). Cette référence au consommateur est souvent retenue en jurisprudence comme critère de l'abus, mais pas systématiquement. Il est des arrêts qui sanctionnent des pratiques faussant le jeu de la concurrence, indépendamment de toute atteinte aux intérêts de ces derniers (v. ss 181).

539. *Analyse par les effets ou restriction de concurrence par objet ?* Les lignes directrices continuent à affirmer l'existence d'une responsabilité particulière de l'entreprise dominante³ et certains arrêts résistent à l'approche économique par les effets. En l'état du droit positif, la jurisprudence n'a pas tranché entre une conception économique de l'abus

1. TPICE 22 nov. 2001, *Amministrazione Antonoma dei monopoli di Stato (AAMS)*, aff. T-139/98, CCC 2002, n° 30, obs. S. Poillot-Peruzzetto : « L'AAMS n'a pas établi... que l'ensemble des clauses... étaient nécessaires afin de protéger ses intérêts commerciaux et d'éviter le risque de surcharge de son réseau de distribution et le risque financier... ».

2. Comm. du 24 févr. 2009 sur les pratiques d'éviction des entreprises dominantes (JOUE n° C-45).

3. Article 1^{er} de la Communication du 24 février 2009 (préc.).

avec une analyse concrète des effets d'exclusion¹ et une conception plus classique protégeant la structure de la concurrence en elle-même, indépendamment de ses effets, par le recours à la théorie de la restriction de concurrence par objet².

540. Les justifications économiques. La Communication de 2009 précise que l'application de l'article 102 TFUE s'effectue en deux temps : l'abus est caractérisé, puis l'entreprise peut justifier sa pratique par les « gains d'efficacité » (qualifiés aussi de gains d'efficience) qu'elle procure. Ce sont des gains en terme d'efficacité économique que la pratique litigieuse peut procurer. Il faut démontrer que 1° les gains d'efficacité résultent du comportement incriminé (rapport de causalité), 2° qu'il n'existe aucun moyen alternatif moins restrictif de concurrence pour les obtenir, 3° les gains d'efficacité compensent les atteintes à la concurrence et au bien-être du consommateur, 4° et la concurrence, actuelle ou potentielle, n'est pas complètement éliminée.

Un certain nombre de décisions de la Commission examinent les gains d'efficacité avancés par les entreprises. Mais cet argument est généralement réfuté. De même, l'exemption individuelle de l'article 101, § 3, rattachée au progrès économique procuré par l'entente, n'est-elle jamais accordée.

Par ailleurs, par application des théories économiques, l'entreprise poursuivie pour abus de position dominante peut se défendre en prouvant que son comportement est objectivement nécessaire. Ce caractère nécessaire doit être objectif et proportionné. Il s'analyse par référence à des facteurs externes à l'entreprise (pt 28 et 29 Communication).

B. Exemples

541. Les pratiques abusives sont multiples. Les articles 102 TFUE et 420-2 du Code de commerce n'en donnent que quelques applications. En piochant dans la jurisprudence, on citera les pratiques suivantes : avantages importants et variés consentis à ses partenaires économiques³, pressions exercées sur son concurrent pour le dissuader de contracter avec un de ses clients⁴..., dénigrement d'un concurrent⁵, mis en place d'un réseau de

1. Par ex. : CJUE, gr. ch., 27 mars 2012, C-209/10, *Post Danmark*, Europe 2012, comm. 196, L. Idot, *Concurrences* n° 2-2012, p. 64, note A.-L. S. et RTDE 2012. 450, obs. J.-B. Blaise.

2. Par ex. : Trib. UE 9 sept. 2010, *TomraSystems*, T-155/06, CCC 2010, comm. 251, obs. G. Decocq. : « il n'est pas nécessaire de démontrer que l'abus considéré a eu un effet concret sur les marchés concernés ». Il suffit de démontrer que le comportement abusif « tend à restreindre la concurrence ou, en d'autres termes, que le comportement est de nature ou susceptible d'avoir un tel effet ». Une entreprise dominante ne peut recourir à des moyens autres que ceux qui relèvent d'une concurrence par les mérites ; certains comportements, tels un contrat d'approvisionnement exclusif et/ou l'octroi de rabais de fidélité constituent une exploitation abusive, sans rechercher l'effet réel ou potentiel de ces comportements sur les concurrents ; par ex. : CJUE 7 févr. 2013, aff. C-68/12, *Protimonopolný úrad Slovenskej republiky* ; TPICE 30 sept. 2003, T-203/01, *Michelin I*, pt 67 : sont abusives des pratiques d'achats exclusifs et des remises de fidélités, sans qu'ait été exigée la preuve d'effets nuisibles sur le marché.

3. Com. 14 févr. 1995, *Sté Labinal c/ Sté Motors*, BRDA 1995, n° 7, p. 13 (appliquant l'article 82 du Traité de Rome, devenu article 102 TFUE).

4. Paris, 26 sept. 2006, *Sedif et Lyonnaise des eaux*, CCC 2006, comm. 231, obs. G. Decocq qui relève « le fait pour une entreprise de s'immiscer dans la relation qu'entretient un client potentiel avec un concurrent doit être autorisée parce que c'est la condition nécessaire pour que les offreurs se livrent au jeu de la concurrence... Les offres s'établissent en considération de la pression concurrentielle... (Mais) une entreprise dominante ne peut porter atteinte à la liberté de contracter des clients en leur interdisant de contracter ensemble ».

5. Par ex. : ADLC n° 09-D-24 du 28 juill. 2009, *France Telecom*.

distribution afin d'échapper à la prohibition du prix imposé¹ ; la stipulation d'une clause de non-responsabilité injustifiée², de renégociation, dite clause anglaise³ ou de traitement privilégié⁴, d'alignement des prix⁵ ou une clause de non-concurrence⁶, etc.

La Commission européenne a même admis que l'introduction d'une action en justice pourrait être constitutive d'un abus de position dominante⁷ – solution qui paraît heurter le droit à un procès équitable reconnu par l'article 6 de la CEDH.

Il est classique de distinguer les abus d'éviction (1°) des abus d'exploitation (2°). La détention d'un monopole suscite des réponses nouvelles (3°).

1° Abus d'éviction

542. Dans la nouvelle économie industrielle, les abus d'éviction sont réputés plus graves que les abus d'exploitation. Ce qui explique le parti de la Commission de ne traiter que des abus d'éviction dans ses lignes directrices de février 2009. À ce titre, sont analysés les accords exclusifs (achat exclusif et rabais conditionnel), les ventes liées et groupées, la prédation et le refus de fourniture et compression de marges. On renverra aux développements contenus dans ces lignes directrices.

La concurrence joue essentiellement (mais non exclusivement) par les prix. Un développement sera donc consacré aux pratiques tarifaires (a), mais aussi aux accords exclusifs (b) et aux ventes liées ou groupées (c) en raison de l'importance du contentieux.

a) Pratiques tarifaires

543. Entre liberté et régulation. La liberté des prix est consubstantielle à la liberté de la concurrence. Le seul fait pour une entreprise dominante d'augmenter ses prix n'est pas abusif⁸. À l'inverse, l'entreprise peut procéder à un réajustement des prix, en les baissant pour faire face à la concurrence. Cette pratique doit rester dans les limites d'un comportement compétitif normal. Si la baisse des prix est temporaire, ou n'est pas répétée, aucune condamnation n'est encourue. Au contraire, si les ajustements de l'opérateur ont un caractère systématique ou judicieusement ciblé, ou encore s'ils revêtent une ampleur permettant de considérer le prix d'ajustement comme un prix d'éviction entravant artificiellement l'entrée d'un concurrent, ils sont abusifs⁹. La Commission européenne, dans ses lignes directrices, recommande une analyse par les effets et adopte un test économique pour qualifier la pratique d'abusives.

1. Cons. conc. avr. 1994, *Instruments dentaires* (BOCC 24 juin 1994, p. 253).

2. Cons. conc. du 18 sept. 1990, *Office d'annonce pub. PTT* (BOCC 1990. 385).

3. Cons. conc. du 18 nov. 1992 (BOCC 15 janv. 1993).

4. Cons. conc. du 30 mars 1993, *Interflora* (BOCC 17 avr. 1993).

5. Paris, 28 sept. 1993, *Sté Pont à Mousson* (BOCC 15 oct. 1993) : « en offrant aux entreprises tributaires d'un marché d'aligner leurs prix sur ceux de leurs concurrents, la société a limité artificiellement son risque de perdre le marché tout en évitant de proposer des prix compétitifs ».

6. Con. 9 mai 2001, *GES c/ Sté Marbreries Lescarcelles et a.* (BOCC 23 juin 2001, p. 527).

7. Comm. européenne IP/13/971 du 17 oct. 2013, *Actions en justice exercées par Samsung contre Apple*, alors qu'Apple était en train de négocier des licences de brevet à des conditions raisonnables et non discriminatoires (dites « conditions FRAND »).

8. Par ex. : Paris, 19 sept. 2000, *SA Forum cartes et collections* (BOCC 18 oct. 2000, p. 569) : le fait pour France Telecom d'augmenter la redevance mensuelle d'abonnement aux codes Teletel n'est pas abusif.

9. Par ex. : Cons. conc. n° 2001-D-23 du 10 mai 2001, *Sté Abbott et marché des produits anesthésiques* (BOCC 24 mai 2001, p. 499).

544. Le test du concurrent aussi efficace. Pour déterminer les critères de l'abus dans une pratique d'éviction, la Commission a adopté, parmi plusieurs tests¹, le test du concurrent aussi efficace² : la Commission n'interviendra en matière de pratiques tarifaires, seulement si la pratique tarifaire litigieuse a restreint ou est capable de restreindre la compétition de concurrents aussi efficaces que l'entreprise dominante (pt 23 lignes directrices). Ce test est passablement complexe. Ce test a été utilisé en jurisprudence, notamment dans l'affaire *Post Danmark*³.

Selon le test du concurrent aussi efficace, toute éviction ne porte pas nécessairement atteinte à la concurrence. Seule l'est l'éviction d'un opérateur aussi efficace que celui en position dominante. Ces opérateurs moins efficaces sont moins intéressants pour le consommateur en terme de prix, qualité et innovation. À travers le concept de concurrent aussi efficace est protégé le bien-être du consommateur. En ce sens, ce test permet une orientation opportune de la politique de concurrence⁴.

Pour autant, ce concept n'est pas à l'abri des critiques. Il est passablement complexe et utopique. Peut-il exister, en présence d'un opérateur dominant, qui a fait ses preuves, un concurrent aussi efficace ? La notion d'opérateur raisonnablement efficace⁵ n'est-elle pas préférable ? Mais la raison a ses incertitudes... En outre, de vraies pratiques prédatrices ne devraient pas être sauvées au motif que les concurrents sont moins efficaces. Il est donc douteux que ce concept devienne un vrai standard⁶. L'important est plutôt de vérifier l'effet réel ou potentiel sur les concurrents, comme cela a été souligné dans l'affaire *Post Danmark*⁷.

Le prix pratiqué par l'entreprise dominante peut être trop bas – le prix est prédateur (i), être constitutif d'une pratique de ciseaux tarifaires (ii) ou être discriminatoire (iii). Des rabais ou remises peuvent être constitutifs d'un abus (iv).

(i) Prix prédateur

Il est plusieurs types de prédation : 1° prix prédateur ; 2° prédation financière : la victime dépend pour son maintien sur le marché d'un financement extérieur ; 3° Prédation par signal : le prédateur cherche à influencer la perception que les concurrents peuvent avoir du marché, par exemple en accumulant des pertes – façon de dissuader d'entrer sur le marché ; 4° prédation par construction d'une réputation en se bâtissant une réputation d'agresseur. Seule sera étudiée le prix prédateur.

1. V. M. de Muzon, « Les tests de preuve économiques permettant de caractériser une pratique anticoncurrentielle », *Concurrences* n° 4-2012, p. 25 s. ; B. E. Hawks, « À propos de la "concurrence par les mérites" : regards croisés sur l'article 82 CE et la section 2 du Sherman Act », *Concurrences* n° 3-2005, p. 45 s. : sept tests sont proposés, et la liste n'est pas exhaustive : *test du sacrifice* (rechercher des comportements qui impliquent le sacrifice des bénéfices à court terme, sacrifice qui ne serait profitable que dans le cas où l'entreprise engrange des contreparties monopolistiques à long terme en excluant ou en disciplinant ses concurrents ; sacrifice du *préjudice subi par le consommateur* (il y a abus seulement si le comportement incriminé a pour effet d'augmenter les prix ou limiter la production, l'innovation ou la qualité) ; *test de la disproportion*, etc.

2. Sur ce test, R. Posner, *Antitrust Law* ; pour une analyse critique, A. Gavil, « Exclusionary Strategies by Dominant Firms : Striking a Better Balance », *72 Antitrust Law Journal* 3 (2004).

3. CJUE 27 mars, aff. C-209/10, *Post Danmark*.

4. D. Bosco, « Le test de l'opérateur aussi efficace : une nouvelle ère ? », *Concurrences* n° 3-2013, p. 12 s.

5. F. Marty, « Critère du concurrent aussi efficace et approche par les mérites en matière d'éviction des prix », *Concurrences* n° 3-2012, p. 20 s.

6. En ce sens, D. Bosco, « Le test de l'opérateur aussi efficace... », *op. cit.*

7. CJUE, gr. ch., 27 mars 2012, C-209/10, *Post Danmark*, *Europe* 2012, comm. 196 ; L. Idot, *Concurrences* n° 2-2012, p. 64, note A.-L. S. et RTDE 2012. 450, obs. J.-B. Blaise : une politique de prix prédateurs n'est abusive que si elle a pour résultat l'éviction effective ou probable du concurrent (pt 44).

545. Le juste prix. Le principe est celui de la liberté des prix. Les autorités de concurrence ne sont pas des autorités de régulation. Ce n'est que si le prix trop bas est destiné à empêcher un concurrent économiquement efficace d'accéder à un marché qu'il sera condamné.

La difficulté est alors de déterminer si le prix est excessivement bas, par référence à un prix du marché. Quel est ce prix de marché ? Les économistes se déchirent sur la question, notamment dans le domaine de la propriété intellectuelle¹. L'analyse est complexe. À partir de quel seuil considérer le prix trop bas ? Les méthodes d'évaluation des coûts étant très incertaines, une prudence s'impose pour ne pas décourager les investissements et ne pas reconnaître aux autorités de concurrence une ingérence excessive dans la gestion des entreprises.

546. Avantages économiques d'un prix bas. Il ne faut pas sanctionner trop aisément des entreprises, même dominantes, qui pratiquent des prix bas, au risque de favoriser le maintien d'entreprises inefficaces et d'inciter les entreprises à ne pas faire bénéficier les consommateurs de gains d'efficience, car les entreprises auraient peur d'être accusées de prédation.

Une pratique de bas prix n'est pas nécessairement animée de l'intention d'éviction : ainsi, une entreprise peut être amenée à pratiquer un prix inférieur à son coût marginal sans intention prédatrice, par exemple pour liquider un stock restant important.

L'adoption de prix très bas par une entreprise dominante sur un marché avec de faibles barrières à l'entrée ne sera pas nécessairement abusive, car les concurrents pourront rapidement s'aligner sur ces bas prix pour pouvoir se maintenir.

Ce n'est pas parce qu'un concurrent est évincé du marché qu'il ne peut pas y revenir lorsque le prédateur tentera de remonter son prix. Certains auteurs considèrent que cette démarche est inutile lorsque le prix, certes excessivement bas, peut rapidement être contesté avec succès par les concurrents².

547. Jurisprudence *Akzo* et test d'*Areeda-Turner*. Depuis les travaux des économistes *Areeda* et *Turner*³, consacrés par la jurisprudence *Akzo*⁴, et repris par la jurisprudence postérieure (par ex. : arrêts *France Telecom*⁵ ou *Post Danmark*⁶), une distinction est faite. Des prix inférieurs à la moyenne des coûts variables (coûts variant en fonction des quantités produites) sont présumés abusifs car une entreprise dominante n'a aucun intérêt à pratiquer de tels prix, si ce n'est d'éliminer les concurrents. En revanche, des prix inférieurs à la moyenne des coûts totaux (comprenant coûts fixes et coûts variables) mais supérieurs à la moyenne des coûts variables ne sont pas présumés abusifs. Une preuve supplémentaire doit être apportée. Ils ne sont abusifs que s'ils s'inscrivent dans une stratégie d'élimination d'un concurrent. Il faut alors rechercher si l'entreprise a subi des

1. Par ex. : F. Lévêque, « Quel est le prix raisonnable d'une licence obligatoire », *Concurrences* n° 1/2004, p. 16 : « le principe d'un montant raisonnable orienté vers les coûts n'est pas approprié dans le cas de la propriété intellectuelle ».

2. L. Gyselén, *Rebates : competition on the merits or exclusionary practice ?*, *European competition law and policy workshop*, European University Institute, Robert Schuman Center, 2003, p. 4, cité par C. Prieto, *J.-Cl. Europe*, fasc. 1423, 2005, n° 82.

3. E. Combe, *Économie et politique de la concurrence*, Dalloz, 2005, n° 121 s.

4. CJCE 3 juill. 1991, *Akzo*, C-62/86, RTDE 1995. 893, obs. L. Idot et J.-B. Blaise, *Europe* 1991, comm. 30, obs. L. Idot.

5. CJCE 2 avr. 2009, C-202/07, *France Telecom*.

6. CJUE 27 mars 2012, C-209/10, *Post Danmark*.

pertes avec des prix inférieurs à la moyenne des coûts totaux (test du sacrifice), puis vérifier l'existence d'une volonté d'éviction de concurrents aussi efficaces.

548. Remise en cause du test par la preuve d'une récupération des pertes ? Le test d'Areeda-Turner qui permet de calculer les prix prédateurs avec une certaine aisance et assure donc une sécurité juridique est aujourd'hui fortement contestée en raison de son aspect trop systématique¹. En effet, toute concurrence par les prix n'est pas illégitime. Seule importe la finalité poursuivie, soit la volonté d'éviction². Pour caractériser la stratégie d'éviction, il faut prouver que l'entreprise récupère ses pertes. Il y a prédation lorsqu'une entreprise consent un sacrifice en pratiquant un prix bas dans le but d'évincer du marché ses concurrents et récupère plus que son sacrifice en augmentant son prix une fois les concurrents évincés. Si aucune récupération n'est possible, car l'entreprise ne peut augmenter ses prix (de peur d'être sanctionnée par l'apparition de nouveaux concurrents), alors la pratique de prix prédateurs est bénéfique pour les consommateurs. Un prix inférieur à la moyenne des coûts variable peut ne pas être suivi d'une récupération des pertes. Il faut donc vérifier, préalablement au test des coûts, si une récupération des coûts est possible.

Selon la nouvelle analyse économique, un prix prédateur peut être justifié et n'est donc pas condamné s'il est prouvé que l'entreprise n'a pas récupéré ses pertes, ou si l'entreprise s'est alignée sur des prix inférieurs préexistants offerts par des concurrents, ou encore si le prix n'a pas eu d'effet négatif dès lors que les concurrents se sont alignés et ont baissé les prix : le prix prédateur est alors bénéfique pour le consommateur.

549. Un certain nombre d'arrêts affirment nettement que la preuve d'une récupération des pertes n'est pas un préalable nécessaire à la constatation d'une pratique de prix prédateur³. Pour autant, la preuve d'une possibilité de récupération est un indice permettant de conclure en l'existence d'une stratégie d'élimination de concurrents⁴ – preuve nécessaire en présence d'un prix inférieur à la moyenne des coûts totaux mais supérieur à la moyenne des coûts variables (v. ss 547).

La preuve de la possibilité de récupération peut résulter de divers indices (présence de barrières à l'entrée ; capacité de production excédentaire permettant de servir la demande supplémentaire rendue nécessaire grâce à la prédation ; pertes assumées grâce à des liquidités suffisantes ; évolution des parts de marché du prédateur et des concurrents...).

(ii) Prix trop élevé

550. « Ciseaux tarifaires » ou compression de marges. Cette pratique est le fait d'une entreprise présente sur un marché amont (par ex. : marché de la production d'énergie) comme fournisseur dominant, et sur un marché aval (par ex. : marché de la distribution

1. D. Spector, obs. sous Cons. conc. n° 04-D-17, *Sté AOL*, *Concurrences* 2004. 60 s.

2. Il est plusieurs types de prédation : 1° prédation financière : la victime dépend pour son maintien sur le marché d'un financement extérieur ; 2° prédation par signal : le prédateur cherche à influencer la perception que les concurrents peuvent avoir du marché, par exemple en accumulant des pertes – façon de dissuader d'entrer sur le marché ; 3° prédation par construction d'une réputation en se bâtissant une réputation d'agresseur.

3. CJCE 2 avr. 2009, aff. C-202/07, *France Telecom*, CCC 2009, comm. 167, obs. G. Decocq.

4. CJCE 2 avr. 2009, aff. C-202/07, *France Telecom* ; Cons. conc. n° 07-D-09 du 14 mars 2007, *Gloxo*, pt 182.

d'énergie aux entreprises) comme concurrent. La pratique consiste à étouffer les concurrents en adoptant sur le marché concurrentiel des prix bas, mais non prédateurs au sens du test d'Areeda-Turner. L'entreprise dominante fixe un prix sur le marché amont qui, comparé au prix fixé sur le marché aval, prive les concurrents de leur marge (on parle à juste titre de compression de marge). Il y a ciseau tarifaire lorsque l'écart entre les prix des prestations proposées sur le marché amont et les prix de détail sur le marché aval n'est pas suffisant pour couvrir les coûts spécifiques de l'opérateur concurrent pour ses propres prestations sur le marché aval.

Pour simplifier, l'opérateur dominant fait payer très cher ses prestations sur le marché amont où il est dominant et très peu cher ses prestations sur le marché aval où il est en position de concurrence : les concurrents, tenus de proposer des tarifs aussi attractifs sur ce marché aval, ne peuvent pas pratiquer leur activité de façon rentable et sont ainsi évincés du marché.

551. Ce sont des pratiques courantes pour d'anciens opérateurs historiques ou pour des entreprises en monopole sur des infrastructures qui utilisent leur monopole ou puissance sur un marché aval ouvert à la concurrence.

La notion a été appliquée pour la première fois par la Cour de justice dans l'affaire *Deutsche Telekom*¹ : l'opérateur historique pratiquait des prix élevés pour les services intermédiaires d'accès à la boucle locale et des prix de détail bas pour les services d'accès aux abonnés – ce qui conduisait à gêner l'activité des concurrents de l'opérateur historique et ralentir le dégroupage total des réseaux de télécommunication.

La jurisprudence française a appliqué la théorie des ciseaux tarifaires dans l'affaire des vedettes vendéennes².

552. Les lignes directrices recommandent de vérifier si le prix en amont permet à un concurrent aussi efficace de pénétrer ou de se maintenir sur le marché aval.

(iii) Prix ou pratique discriminatoire

553. Les autorités de concurrence adoptent une analyse économique de la discrimination. En effet, un prix discriminant à l'égard peut permettre d'augmenter la demande de

1. CJUE 14 oct. 2010, C-280/08, *Deutsche Telekom AG* : « pour autant que [...] la requérante dispose d'une marge de manœuvre pour réduire ou éliminer une telle compression des marges par l'augmentation de ses prix de détail pour les services d'accès aux abonnés, c'est dès lors à bon droit que le Tribunal a considéré [...] que cette compression des marges, eu égard à l'effet d'éviction qu'elle est susceptible d'engendrer pour les concurrents au moins aussi efficaces que la requérante, est susceptible, en elle-même, de constituer un abus au sens de l'article 82 CE » (pt 183) ; v. aussi, Trib. UE 29 mars 2012, aff. T-398/07, *Espagne* et aff. T-336/07, *Telefonica, Europe* 2012 comm. 197, obs. L. Idot ; Com. 3 mars 2010, CCC 2010, comm. 140 et 142, obs. G. Decocq, *RTD com.* 2010. 89, note E. Claudel.

2. Com. 3 mars 2010, CCC 2010, comm. 140 et 142, obs. G. Decocq, *RTD com.* 2010. 89, note E. Claudel et Paris, 20 déc. 2012 : la Régie assurait le transport maritime entre l'île d'Yeu et le continent. Chargée d'une mission de service public et détenant un monopole légal, la Régie proposait également, en concurrence avec d'autres opérateurs, des prestations de transport estival via une vedette rapide ; la Cour fait dépendre la qualification de prix prédateur non pas de l'existence d'un plan d'éviction mais de l'éviction effective ou probable des concurrents du marché due aux prix litigieux ; la Cour a écarté le test Akzo pour retenir celui mis en œuvre par l'arrêt *Post Danmark* (substituée une analyse par les effets au critère de l'intention dès que les tarifs sont inférieurs aux coûts totaux moyens liés à l'activité concurrentielle).

certains consommateurs, par exemple en baissant les prix à l'égard des consommateurs à faible capacité financière et augmentant pour ceux qui sont plus riches.

En conséquence, une discrimination par les prix avec une pratique de prix ciblés et sélectifs ne peut, à elle seule, prouver une pratique d'éviction abusive. Pour caractériser l'abus, la Cour de justice, dans l'affaire *Post Danmark*¹, renvoie à la juridiction nationale le soin de déterminer « si un concurrent aussi efficace aura la possibilité de concurrencer ces prix, sans encourir des pertes insupportables à long terme ». Les tests du concurrent aussi efficace et de la récupération sont donc adoptés, même si doivent être également recherchés les effets de la stratégie tarifaire sur le marché².

L'entreprise dominante peut se justifier soit en prouvant que son comportement est économiquement justifié, soit parce que l'effet d'éviction est contrebalancé par des avantages en terme d'efficacité qui profitent aux consommateurs³.

(iv) Rabais et remises

554. Rabais de fidélité. La pratique de la fidélisation de la clientèle par l'octroi d'avantages est économiquement justifiée. Pour autant, elle est vue avec méfiance par les autorités de concurrence. Ainsi, dans les arrêts *Michelin I* et *Michelin II*, des rabais accordés à ses revendeurs ont été considérés comme constitutifs d'une restriction de concurrence par objet⁴. Dans l'affaire *British Airways*, la Cour de justice a, cependant, distingué entre

1. CJUE, gr. ch., 27 mars 2012, C-209/10, *Post Danmark (recours préjudiciel en interprétation)*, *Europe* 2012, comm. 196, L. Idot, *Concurrences* n° 2/2012, p. 64, note A.-L. S. et RTDE 2012. 450, obs. J.-B. Blaise : met en cause les industries de réseaux (avec le problème de l'ouverture à la concurrence) : *Post Danmark* avait appliqué à trois anciens clients de son principal concurrent une tarification différente de celle appliquée à sa clientèle existante – pratique qualifiée de « discrimination de première ligne ». La CJUE a appliqué le test posé par la jurisprudence *Akzo*, mais en tenant compte de la coexistence d'un secteur réservé et de secteurs libres. La notion de « coût variable moyen » utilisée pour établir le caractère prédateur d'un prix est remplacée par la notion de « coût moyen incrémental de long terme », conformément à la décision *Deutsche Post* du 20 mars 2001 (Comm. CE du 20 mars 2001, *COMP/35.14 (JOCE* 5 mai 2001), n° L-125, *Europe* 2001, comm. 228). La CJUE applique le *test du concurrent aussi efficace* (pt 25 : « l'article 82 CE interdit, notamment, à une entreprise occupant une position dominante de mettre en œuvre des pratiques produisant des effets d'éviction pour ses concurrents considérés comme étant aussi efficaces qu'elle-même et renforçant sa position dominante en recourant à des moyens autres que ceux qui relèvent d'une concurrence par les mérites »). Puis, la Cour analyse la politique tarifaire par référence à la jurisprudence *Akzo* et *Deutsche Post* avec la notion de coût moyen incrémental et constate qu'à l'égard d'un des clients, les prix proposés étaient supérieurs aux coûts incrémentaux moyens, mais inférieurs aux coûts totaux moyens. Pour la Cour, ce seul constat ne suffit pas à établir le caractère abusif du prix (pt 37). Puisque l'entreprise en position dominante fixe ses prix à un niveau qui couvre l'essentiel des coûts de commercialisation, un concurrent aussi efficace aura, en principe, la possibilité de la concurrencer (pt 38). Or, une telle politique de prix n'est abusive que si elle a pour résultat l'éviction effective ou probable du concurrent (pt 44). Il semble que le concurrent n'a pas perdu de parts de marché. Et enfin, la Cour admet que l'entreprise dominante puisse justifier sa pratique (pt 40), soit en démontrant que son comportement est objectivement justifié, soit que l'effet d'éviction peut être contrebalancé par « des avantages en termes d'efficacité qui profitent également aux consommateurs » (pts 41 et 42 : conditions proches de celles posées par l'article 101, § 3).

2. Pour une analyse complète, v. C. Prieto et D. Bosco, *Droit européen de la concurrence*, Bruylant, 2013, n° 1300 s. ; D. Bosco, « Le test du concurrent aussi efficace : une nouvelle ère ? », *Concurrences* n° 3-2013, p. 12 s.

3. CJUE, gde ch., 27 mars 2012, *Post Danmark*, pt 86, préc. ; CJCE 15 mars 2007, *British Airways*, *Europe* 2007, comm. 142, obs.L. Idot.

4. CJCE 9 nov. 1983, *Michelin c/ Commission*, aff. 322/8 ; TPICE 30 sept. 2003, *Michelin II*, T-203/01.

les rabais légitimes s'ils sont accordés sur des achats passés et sont dépendants par exemple des quantités achetées et ceux qui le sont moins pour des achats futurs¹.

Si les remises accordées par l'entreprise dominante sont occultes, et subordonnées à une exclusivité d'achat, elles sont considérées comme abusives – en référence à cette analyse, la société américaine Intel a été condamnée à de lourdes peines².

555. Remise de couplage. Une remise sur vente liée n'est pas en elle-même abusive³. Elle peut être requalifiée en remise pour assortiment et justifiée par la rétrocession aux acheteurs d'une partie des économies de gamme que permet toute vente groupée⁴. Même si l'entreprise profite de son monopole sur un marché pour lier la vente de produits sous monopole à des produits concurrentiels, la pratique ne sera pas nécessairement abusive si elle conduit à obtenir des rabais, ou si elle permet de relancer la demande, et plus généralement si elle contribue à améliorer le bien-être du consommateur. La pratique de couplage n'est pas abusive *per se*, même en l'absence de justifications objectives s'il n'est pas démontré que la pratique s'inscrit dans une stratégie d'éviction⁵.

556. Refus d'accorder des rabais ou remises. À l'inverse, le refus d'accorder des remises de quantité, le refus de consentir des rabais peut être abusif⁶.

557. Les lignes directrices sur les pratiques d'exclusion de février 2009 accordent des développements à ces pratiques.

b) Accords d'exclusivité

558. L'exclusivité contractuelle peut prendre diverses formes : une clause d'exclusivité, ou quasi-exclusivité, un engagement de chiffre d'affaires minimal si élevé qu'il confine à l'exclusivité et plus généralement toute forme de fidélisation, prenant par exemple la forme de rabais fidélisants (un rabais est consenti à un partenaire économique s'il achète une certaine quantité de produits ou services⁷).

La clause d'approvisionnement exclusif peut, lorsqu'elle est imposée par une entreprise dominante, être constitutive d'un abus : en interdisant à ses clients de commercialiser des produits concurrents, le fournisseur verrouille l'accès au marché.

559. Évolution. La jurisprudence éradiquait ces clauses, interdites *per se* dès 1975 dans l'affaire du sucre⁸. L'analyse est désormais économique. Si la clause conduit à évincer

1. CJCE 15 mars 2007, *British Airways c/ Commission*, aff. C-95/04.

2. Commission européenne, IP/09/745 du 13 mai 2009 : Intel accordait des remises en partie occultes aux fabricants d'ordinateur qui s'engageaient à ne fabriquer que des ordinateurs équipés du processeur Intel ; condamnation à plus d'un milliard d'euros.

3. V. étude complète de L. Idot, « Les ventes liées après les affaires *Microsoft* et *GE/Honeywell* », *Concurrences* n° 2-2005, p. 31, n° 14, qui distingue la pratique du couplage (*tying*) qui consiste à subordonner l'achat d'un produit liant à un produit lié, de la pratique du « *bundling* » ou vente liées, qui peuvent être pures ou mixtes.

4. Paris, 30 mars 2004, *SAS Novartis Pharma* (BOCC 15 juin 2004, p. 466).

5. Cons. conc. n° 06-D-18 du 28 juin 2006, *Secteur de la publicité cinématographique*, *Concurrences* n° 3-2006, p. 97, obs. A.W.

6. Avis, Comm. conc. du 28 juin 1979, *Rapport 1979*, p. 178.

7. Ces rabais conditionnels peuvent être rétroactifs et portent alors sur la totalité des achats : considérés par les lignes directrices comme très nocifs ; ils peuvent être progressifs car ne commencent qu'à partir d'un seuil d'achats ; moins nocifs.

8. CJCE 16 déc. 1975, *Coöperatieve Vereniging « Suiker Unie » UA et autres*, aff. jointes 40 à 48, 50, 54 à 56, 111, 113 et 114-73.

des concurrents aussi efficaces, elle sera jugée abusive. Il importe peu que l'exclusivité soit assortie d'une contrepartie (exclusivité d'approvisionnement auprès d'une entreprise dominante mais, en contrepartie, celle-ci accorde un avantage), car cette contrepartie peut renforcer la dépendance¹.

La jurisprudence refuse de sanctionner *per se* de tels engagements. Ainsi, une clause d'exclusivité de longue durée n'est pas abusive si elle profite à un opérateur nouveau intervenant sur un marché émergent².

Par exemple, dans l'affaire *iPhone*, autorité de concurrence et cour d'appel de Paris ont considéré, au stade des mesures conservatoires, que l'exclusivité accordée par Apple à Orange pour la diffusion des iPhone était abusive. En outre, en raison des restrictions portées aux rétrocessions croisées entre distributeurs, l'accord de distribution ne fut pas exempté sur le fondement du Règlement n° 2790 sur les restrictions verticales. Mais cette condamnation traduisant une méfiance envers les clauses d'exclusivité dans les communications électroniques³ fut censurée par la Cour de cassation⁴ – sauf qu'entre-temps, des engagements furent souscrits entre Apple et Orange pour mettre fin aux exclusivités⁵. La victoire devant la Cour de cassation est donc une victoire à la Pirrhus !

560. Les lignes directrices sur les pratiques d'exclusion de février 2009 accordent des développements à ces pratiques avec beaucoup de pragmatisme en plaçant l'intérêt du consommateur au centre de l'analyse. Il perd un choix dans la diversité si l'exclusivité conduit à évincer des concurrents, sans justification objective.

c) Ventes liées ou groupées

561. La vente liée est la vente d'un produit liant qui est subordonnée à l'achat d'un produit lié. La vente groupée vise la vente de plusieurs produits ensemble ; la vente groupée peut être mixte lorsque les produits peuvent être vendus ensemble ou séparément, mais le prix à l'unité est alors plus élevé.

Le risque est celui de l'effet de levier : l'entreprise dominante va, en effet, s'étendre sur un autre marché, connexe, où elle n'est pas en position dominante.

1. CJCE 13 févr. 1979, *Hoffman-La Roche*, aff. C-85-76, *Rec.* 461 ; CJCE 6 juill. 1995, *Verein gegen Unwesen in Handel und Gewerbe Köln c/ Mars GmbH*, aff. C-470/93 ; CJCE 23 oct. 2003, aff. T-65/98, *Van den Bergh Foods* (même en l'absence d'un contrat d'achat exclusif) ; mais le contractant achetait les glaces, sans exclusivité, auprès d'une entreprise dominante qui, en contrepartie de l'achat, mettait à la disposition des congélateurs gratuitement, et ne peuvent être mis dans ce congélateur que des glaces de la marque de l'entreprise : mode d'incitation à l'achat exclusif auprès de cette entreprise ; droit interne : Com. 10 déc. 2003, *Sté La française des jeux*, *Bull. civ.* IV, n° 202.

2. TPICE 18 sept. 2001, *M 6 et a.*, aff. 112/99, *Rec.* 2459. Une clause d'exclusivité imposée par une entreprise dominante à ses partenaires n'est pas abusive *per se*. Il faut prendre en compte les effets de la clause sur le marché en prenant en considération quatre critères (exclusivité partielle ou totale, durée de la clause, éventuelles justifications techniques, contrepartie économique).

3. V. ADLC, avis, n° 09-A-42 du 7 juill. 2009, sur les relations d'exclusivités entre opérateurs de communications électroniques, et activités de distribution de contenus et services ; D. Bosco, « *Requiem pour l'exclusivité d'accès aux contenus audiovisuels des FAI ?* » CCC 2009, comm. 229.

4. Com. 16 févr. 2010, CCC 2010, comm. 102, obs. G. Decocq : « en se déterminant ainsi, sans rechercher, comme elle y était invitée, si l'existence de terminaux concurrents de l'iPhone fabriqué par Apple, nouvel entrant sur le marché des terminaux, n'était pas de nature à permettre à des opérateurs de téléphonie mobile concurrents d'Orange, de proposer aux consommateurs des offres de services de téléphonie et internet haut débit mobiles associées à des terminaux, concurrentes de celles proposées par Orange avec l'iPhone, la cour d'appel a privé sa décision de base légale ».

5. ADLC n° 10-D-01 du 11 janv. 2010.

La jurisprudence a sanctionné ces pratiques dans des affaires célèbres, l'affaire *Tetra Pak*¹, ou *Microsoft*².

562. Les lignes directrices développent les effets nocifs de ces pratiques, tout en soulignant que des gains d'efficacité peuvent être obtenus, en cas de réduction effective des coûts de transaction pour le consommateur.

2° Abus d'exploitation

563. L'entreprise exploite sa rente de situation pour imposer des prix très élevés ou des conditions abusives, sans qu'il y ait pour autant exclusion. Pour les économistes, cet abus est moins grave que les abus d'exclusion. Les concurrents peuvent contester la position dominante en proposant des produits à un prix plus faible. Pour certains auteurs, il n'y a pas abus. Les lignes directrices n'ont pas traité de ces questions. Il revient d'apprécier au cas par cas si la position dominante peut ou non être contestée, en vérifiant s'il y a des barrières importantes à l'entrée du marché.

La jurisprudence a eu à apprécier le caractère abusif ou non de prix pratiqués dans la célèbre affaire *United Brand* en 1978³, puis dans l'affaire de la *SACEM*⁴ où les redevances réclamées par la SACEM ont été comparées par rapport aux coûts internes de la SACEM (non excessifs par rapport aux bénéfices dégagés par les disquaires) et par rapport aux redevances réclamées dans les autres États membres (comparer la protection accordées par les sociétés de gestion des droits et les redevances réclamées).

564. Pour caractériser l'abus, les autorités :

1° comparent le prix du produit ou du service avec sa valeur économique. Cela suppose une analyse des coûts et une comparaison avec les prix pratiqués par les concurrents (par ex. : aff. *SACEM*) ; pour autant, les méthodes d'évaluation des coûts sont complexes. Les économistes se déchirent sur la question ;

2° vérifient l'existence d'une disproportion excessive entre le coût supporté et le prix réclamé ; si l'entreprise facture un service non rendu, il y a abus ;

3° les situations de monopoles

Le monopole peut être un monopole de fait. Le risque est alors grand que l'entreprise abuse de son monopole. À ce risque s'ajoute une difficulté particulière lorsque le monopole est de droit. Les règles de concurrence interfèrent alors avec la règle de droit ayant conféré une exclusivité. Deux hypothèses de risques d'abus d'une entreprise en monopole seront présentées : l'abus automatique (a) et la théorie des facilités essentielles (b).

1. CJCE 14 nov. 1996, *Tetra Pak International*, aff. C-333/94 : vente liée de cartons (position dominante sur ce marché) et des machines de conditionnement de produits alimentaires (concurrents fabriquant d'autres machines). L'abus est caractérisé, malgré l'existence d'abus liant l'achat de cartons et les machines assurant le conditionnement des produits dans ces cartons.

2. TPICE 17 sept. 2007, aff. T-201/04 : MS vendait son logiciel d'exploitation Windows avec le logiciel multimédia Windows player. Puis, MS n'a pas lié avec des contrats ces deux produits mais a incorporé les deux logiciels ; abus car il existe des éditeurs de logiciels multimédias concurrents. Par ailleurs, MS vendait de manière séparée son logiciel multi média à des sous-traitants. Le consommateur a un intérêt à pouvoir acheter séparément les deux produits.

3. CJCE 14 févr. 1978, C 27/76, *United Brands*.

4. CJCE 13 juill. 1989, *François Lucazeau c/ Sacem*, aff. jtes 110, 241 et 242/88.

a) Abus automatique

565. Les monopoles sont, à l'évidence, des obstacles au jeu de la concurrence. Pour autant, surtout avec les apports de l'école de Chicago, la puissance économique n'est plus vue comme un mal en soi (v. ss 78). Néanmoins, la détention d'un droit exclusif peut être source d'abus.

Lorsque le droit exclusif est conféré par la loi, la doctrine, relayée par la jurisprudence a développé la théorie de l'abus automatique. L'État ne doit pas mettre l'entreprise détenant un tel droit exclusif en situation d'abus automatique (v. ss 116).

566. *Le monospone.* Un monopole (de droit ou de fait – mais c'est plus rare) d'achat ne met pas nécessairement l'entreprise en position d'abus automatique, car l'acheteur peut subir une pression concurrentielle sur le marché aval (v. ss 510).

b) Théorie des facilités essentielles¹

567. Définition. La théorie des infrastructures ou facilités essentielles remet en cause le droit pour une entreprise détenant une infrastructure ou facilité essentielle sur un marché en amont de refuser l'accès à son infrastructure à un concurrent sur le marché aval. Par exemple, une entreprise propriétaire d'un aéroport ne peut en refuser l'accès à une entreprise de transport de malades, car ce refus paralyserait l'activité de cette entreprise.

Une entreprise peut être considérée comme étant en possession d'infrastructures, de produits ou de services essentiels pour l'accès au marché pertinent si ces infrastructures, produits ou services ne sont pas interchangeables et si, en raison de leurs caractéristiques particulières, et notamment du coût prohibitif de leur reproduction et/ou du temps raisonnable requis à cette fin, il n'existe pas d'alternatives viables pour les concurrents potentiels, qui se trouveraient, de ce fait, exclus du marché². La théorie des facilités essentielles peut conduire à contraindre une entreprise, publique ou privée, investie d'une mission de service public ou non, qui possède ou contrôle une installation essentielle à coopérer avec ses concurrents en leur donnant accès à celle-ci sans aucune discrimination. On a parlé d'« expropriation pour cause de concurrence ».

La théorie est née aux USA, dans la pratique jurisprudentielle mais a été abandonnée dans le fameux arrêt *Trinko* de 2004³, car la théorie est considérée comme portant une atteinte disproportionnée au droit de propriété et aux investissements.

La théorie des facilités essentielles met souvent en jeu la propriété intellectuelle : par exemple, le titulaire d'un brevet refuse l'accès d'un concurrent à son brevet en lui refusant une licence d'exploitation nécessaire au développement de l'activité économique concurrente. Le droit de la concurrence a été mobilisé pour vaincre ces refus abusifs. La théorie a ainsi permis de garantir à de nouveaux opérateurs l'accès aux réseaux de nouvelles technologies.

1. Parmi une biblio importante, G. Dezobry, *La théorie des facilités essentielles*, LGDJ, 2009 ; L. Richer, « Le droit à la paresse »..., *D. Affaires* 1999. Chron. 523.

2. Définition donnée par TPICE 15 sept. 1998, *European Night Services*, préc.

3. *Verizon Communications Inc c/ Trinko*, 540 U.S. 398 (2004). Mais la théorie des facilités essentielles survivait de façon implicite au travers des procédures négociées (S.W. Waller, « Access and Information Remedies in High Tech Antitrust », *Loyola University Chicago School of Law Research Paper*, n° 2011-018).

Juridictions de l'ordre judiciaire¹ et administratif², autorités de concurrence interne³ et européenne, dans les fameuses affaires *Zoja*⁴, *Magill*, *Bronner*, *IMS Health* et *Microsoft* (v. ss 572) ont consacré la théorie des installations essentielles.

568. Conditions. Elles sont les suivantes.

1° *Une facilité* : la « facilité », ou « installation », ou « infrastructure », ou « ressource », est essentielle s'il n'existe aucun substitut réel ou potentiel (par ex. : une installation portuaire, un aéroport, un réseau câblé, des installations de production d'eau potable, une base de données contenant une liste d'abonnés au téléphone⁵, des droits d'auteur attachés à des programmes audiovisuels⁶, des temps d'antenne pour des émissions publicitaires à la télévision⁷, la boucle locale de France Telecom⁸...).

2° *Une facilité essentielle* : il s'agit des « installations sans l'utilisation desquels les concurrents ne peuvent servir leur clientèle »⁹. Par exemple, une locomotive, un équipage, un sillon horaire, un service de portage à domicile¹⁰ ou une librairie-boutique du Centre des monuments nationaux¹¹ ne sont pas des installations essentielles¹², car il existe un substitut.

3° *Une impossibilité de reproduire de manière raisonnable l'installation essentielle.* En revanche, si la reproduction est possible, à des conditions moins avantageuses, mais économiquement raisonnables, la théorie ne s'applique pas¹³.

4° *Une mise à disposition possible.*

5° *Un abus* : l'abus peut consister en un refus opposé à l'accès ou un accès à des conditions discriminatoires (tarifs ou conditions d'accès discriminatoires) ou injustes destinées

1. Par ex. : Com. 4 déc. 2001, *Héliport*, Bull. civ. IV, n° 193.

2. CE 29 juill. 2002, *RJDA* 12/02, n° 1327, *Droit administratif* 2002, n° 173, obs. M. Bazex et S. Blaz : l'Insee, service du ministère de l'Économie, abuse de sa position dominante en percevant une taxe excessive pour la commercialisation d'informations sur les entreprises répertoriées dans le répertoire Sirene, alors que le répertoire Sirene constitue une ressource essentielle pour les rediffusions.

3. Par ex. : ADLC n° 11-D-18 du 15 déc. 2011 relative à des *pratiques concernant l'accès au scanner et à l'IRM du Centre hospitalier d'Arcachon* ; Paris, 27 janv. 1998, *EDF (BOCC* 17 févr. 1998, p. 54) ; Com. 4 déc. 2001, *France Telecom c/ Lectiel*, CCC 2002, n° 20, obs. S. Poillot-Peruzzetto : une liste d'abonnés au téléphone tenue sur une base de données, tenue à jour et expurgée des noms de personnes figurant sur la liste safran ou rouge est une ressource essentielle.

4. CJCE 6 mars 1974, C-6/73 : « le détenteur d'une position dominante sur le marché des matières premières qui dans le but de les réserver à sa propre production des dérivés, en refuse la fourniture à un client, lui-même producteur de ces dérivés au risque d'éliminer toute concurrence de la part de ce client, exploite sa position dominante de façon abusive ».

5. Paris, 1^{er} sept. 1998, *SFR c/ France Telecom*, CCC 1998, n° 163, et nos obs. ; Com. 4 déc. 2001, *France Telecom c/ SA Lectiel et autre*, CCC 2002, n° 46, et nos obs.

6. CJCE 6 avr. 1995, *RTE et ITP*, Rec. I. 8141 ; TPICE 10 juill. 1991, *Magill*, aff. T-76/89, Rec. CJCE II. 535, CCC 1991, n° 241, obs. L. Vogel.

7. CJCE 3 oct. 1985, *CBEM*, aff. 311-84, Rec. 3261.

8. Com. 23 oct. 2007, *France Telecom*.

9. Comm. CE du 21 déc. 1993 (*JOCE* n° L-15 du 18 janv. 1994, p. 8 et *JOCE* n° L-55 du 26 févr. 1994, p. 52).

10. CJCE 26 nov. 1998, *Bronner*, aff. C-7/97, Rec. 7791.

11. Paris, 23 févr. 2010, *Sté J.P. Gisserot*, CCC 2010, comm. 99, obs. G. Decocq.

12. TPICE 15 sept. 1998, *European Night Service*, aff. T-374/94, T-375/94, T-988/94, Rec. 3141.

13. Com. 12 juill. 2005, *NMPP*, Bull. civ. IV, n° 163, *JCP* 2005 II. 10121, note M. Poumarède, *JCP E* 1005, n° 47, 1700, note G. François, *CCE* 2005, comm. 149, note C. Caron, et comm. 161, note G. Decocq, *Propri. industr.* 2006, comm. 9, note J. Schmidt-Szalewski ; Com. 20 févr. 2007, *Bull. civ. IV*, n° 51 : les saisies manuelles d'information réalisées quotidiennement par les déposataires représentent une solution alternative au logiciel presse 2000 – comment comparer la saisie manuelle à l'utilisation d'un logiciel !

à décourager le demandeur (notamment par la technique du couplage en liant l'accès à la facilité essentielle à l'acceptation de services annexes, pour lesquels la concurrence existe). Par exemple, dans l'affaire *Héli-Inter*, l'abus consistait à fixer un prix d'accès à la ressource essentielle « injustifié, non proportionné à la nature et à l'importance des services demandés, non transparent, et non orienté vers les coûts encourus relevant de critères objectifs »¹.

6° *Une atteinte à la concurrence* : il faut que le refus soit de nature à éliminer toute concurrence actuelle ou potentielle sur un marché dérivé². Le marché affecté est le marché aval³ ou plus exceptionnellement amont⁴.

569. Faits justificatifs. Un refus d'accès ne peut être justifié que par des raisons objectives, par exemple, si l'infrastructure essentielle est saturée ou si le tiers présente un risque pour l'utilisation de l'installation.

570. Sanctions. L'entreprise détentrice d'une installation essentielle peut être forcée à mettre son installation à la disposition de son concurrent, ou à l'obliger à offrir son installation dans des conditions conformes avec le marché, à un prix orienté vers les coûts. Ces mesures forcées, de nature structurelle ou quasi structurelle, s'apparentent aux remèdes du contrôle des concentrations. Elles font craindre un retour vers une économie administrée.

571. Droits de propriété intellectuelle, abus de position dominante et infrastructures essentielles. Le principe est que le monopole d'exploitation conféré par la détention d'un droit de propriété intellectuelle (brevet, marque...) n'est pas contraire en lui-même au droit de la concurrence. L'article 36 TFUE relatif à la liberté de circulation des marchandises prévoit expressément qu'il peut y être dérogé pour des motifs d'intérêt général, parmi lesquels figure la propriété intellectuelle. Cependant, la jurisprudence européenne a sanctionné l'utilisation abusive de son droit par la fixation de prix inéquitables⁵, ou l'imposition à ses partenaires d'obligations « sans lien avec l'objet du contrat »⁶, ou de pratiques discriminatoires⁷.

572. Puis, dans un arrêt *Magill*⁸ remarqué, la CJCE a admis que le détenteur d'un droit de propriété intellectuelle (droit d'auteur) puisse être obligé d'accorder une licence à un

1. Com. 25 janv. 2000, CCC 2000, n° 61, et nos obs.

2. CJCE 29 avr. 2003, aff. C-418/01, *IMS Heath*..., *Europe* 2004, comm. 214, obs. L. Idot, CCC 2004, comm. 128, obs. S. Poillot-Peruzzetto : « Pour que le refus d'une entreprise titulaire d'un droit de propriété intellectuelle de donner accès à un produit ou à un service indispensable pour exercer une activité puisse être qualifié d'abusif, il faut que trois conditions cumulatives soient remplies, à savoir que ce refus fasse obstacle à l'opposition d'un produit nouveau, pour lequel il existe une demande potentielle des consommateurs, qu'il soit dépourvu de justification et de nature à exclure toute concurrence à un marché dérivé » (pt 38).

3. Par ex. : Com. 25 janv. 2000, *Héli Inter*, préc. : l'exploitant d'un aéroport abuse de sa position dominante en imposant une tarification injustifiée à l'égard d'un concurrent en l'empêchant d'assurer dans des conditions acceptables son activité de transport sanitaire d'urgence.

4. Paris, 27 janv. 1998, *EDF* (BOCC 17 févr. 1998, p. 54) : EDF a abusé de son monopole légal de transport et de distribution de l'électricité pour protéger sa position dominante dans le marché amont de la production de cette énergie.

5. CJCE 5 oct. 1988, *Renault*, aff. C-53/87, *Rec.* 6039.

6. TPICE 12 déc. 1994, *Hilti*, *Rec.* 1439.

7. TPICE 12 déc. 1994, préc.

8. CJCE 6 avr. 1995, aff. jtes, C-241 et 242/92, *Rec.* 743, *D. Affaires* 1996. 859, note J.-B. Blaise : CJCE 6 avr. 1995, aff. jtes, C-241 et 242/92, *Rec.* 743 (refus d'accorder à une entreprise souhaitant développer un journal de programmes de TV une licence d'exploitation sur des programmes de TV couverts par le droit d'auteur).

tiers « en cas de circonstances exceptionnelles ». C'est admettre que le refus de consentir une licence d'exploitation peut être abusif si le bien protégé par le droit de propriété intellectuelle présente un caractère indispensable. L'arrêt tranche une vive controverse doctrinale, car il était discuté de savoir si le détenteur du droit de propriété intellectuelle peut se voir forcé de consentir une licence.

En l'espèce, il a été jugé que le refus opposé par des sociétés de télévision de communiquer leurs grilles de programme à une société qui souhaitait publier un guide hebdomadaire global est abusif ; les sociétés ne peuvent se retrancher derrière leur droit d'auteur.

Des arrêts postérieurs, *Bronner*¹, *IMS Health*² et *Microsoft*³ ont consacré l'application de la théorie des infrastructures essentielles à la propriété intellectuelle. La jurisprudence interne admet aussi que les droits de propriété intellectuelle sont assujettis aux exigences de concurrence⁴.

Malgré la détention d'un tel droit, une licence forcée peut être ordonnée, si le produit ou service est indispensable pour l'exercice de l'activité du demandeur, si le refus conduit à éliminer toute concurrence sur un marché dérivé et n'est pas économiquement justifié.

Une condition supplémentaire par rapport à la théorie « classique » des infrastructures essentielles est posée par la jurisprudence : le demandeur, qui sollicite une licence forcée, ne se contente pas de reproduire un bien ou un service déjà offert sur le marché dérivé mais doit justifier d'un produit nouveau⁵ : par exemple, dans l'affaire *Magill*, la Cour relève que la demande potentielle pour ce produit nouveau est « spécifique, constante et régulière ». Il n'en demeure pas moins que la notion de produit nouveau est incertaine.

Qu'en est-il lorsqu'ils ne sont que des versions améliorées de produits existants ? Qu'en est-il si les produits nouveaux nécessitent des investissements considérables ? L'exigence de nouveauté est-elle alors moindre ? La Commission CE, dans l'affaire *Microsoft*, n'exclut pas que la valeur de l'information – non protégée par le droit d'auteur – à fournir doive être prise en compte (en l'espèce, informations relatives à l'« interopérabilité avec le système d'exploitation Windows »)⁶. Pour autant, comme l'a souligné un auteur, il n'appartient pas à une autorité de concurrence de faire une hiérarchie entre les droits de propriété intellectuelle en fonction de leur valeur⁷.

Si le refus de mettre à disposition une installation essentielle est reconnu par les autorités de concurrence, celles-ci pourront obliger le détenteur à consentir une licence aux concurrents qui en font la demande, à des conditions raisonnables et non discriminatoires.

1. CJCE 26 nov. 1998, *Bronner*, aff. C-7/97, *Rec.* 7791 (refus par la société Bronner de contracter avec un concurrent en vue de lui faire profiter de son réseau de distribution de journaux par portage).

2. CJCE 29 avr. 2004, aff. C-418/01, *IMS Health*, *Rec.* 5039 (refus par IMS Health de consentir une licence portant sur une base de données élaborée pour les laboratoires permettant de faciliter l'approvisionnement des distributeurs).

3. TPICE 17 sept. 2007, *Microsoft*, *JCP E* 2007. 2304, note M. Derbroux, *CCC* 2007, comm. 279, note D. Bosco : refus par MS. de communiquer des informations nécessaires pour que ses systèmes d'exploitation soient compatibles avec des systèmes d'exploitation concurrents : a donné lieu à une saga jurisprudentielle et une condamnation de MS.

4. Com. 26 nov. 2003, *Bull. civ.* IV, n° 178, *RTD com.* 2004. 458, obs. E. Claudel : « l'exercice d'un droit exclusif par son titulaire peut donner lieu à un comportement abusif » ; Cons. conc. n° 05-S-02 du 18 mars 2005, *Yvert et Tellier* : la société a proposé, sur procédure d'engagements, de consentir aux éditeurs de catalogues de consentir une licence d'exploitation pour la confection de tables de concordance ; Paris, 12 févr. 2004, *NMPP*, *Propri. intell.* avr. 2004, n° 11, note Lemarchand (à propos d'un droit d'auteur sur logiciel).

5. V. aussi TPICE 17 sept. 2007, *Microsoft*, préc.

6. Comm. CE du 24 mars 2004, *Microsoft*, préc.

7. En ce sens, L. Gyselen, *Concurrences* n° 2, 2005, p. 24, spéc. n° 50.

Cette possibilité de prescrire des transferts forcés de technologie est précisément admise par le Règlement n° 1/2003 ; il en est de même en matière de contrôle des concentrations.

573. Lignes directrices. Les lignes directrices de février 2009 sur les abus d'exclusion d'entreprises dominantes (pts 80 s.) reprennent les exigences retenues par l'arrêt *Bronner*, en les formulant d'une façon différente : pour caractériser l'abus, il faut – un refus portant sur un service objectivement nécessaire ; – risquant de conduire à l'élimination de toute concurrence sur un marché aval, – refus de nature à léser le consommateur qui se voit privé d'un produit ou service plus innovant (pt 87).

Pareillement, le chapitre 7 des lignes directrices sur les accords de coopération horizontale du 14 janvier 2011 traite des accords de normalisation et prévoit que le titulaire d'un droit de propriété essentiel puisse être contraint d'accorder des licences à des coûts raisonnables (licences FRAND).

§ 3. UNE ATTEINTE AU MARCHÉ

574. On se contentera d'un simple renvoi, à l'instar de l'article L. 420-2 du Code de commerce qui prohibe « dans les mêmes conditions » l'abus de position dominante. Celui-ci n'est condamné qu'autant que le marché est affecté par la pratique abusive.

Une pratique ne sera pas condamnée si elle est sans incidence sur le marché. Il en est ainsi des pratiques de portée limitée dans le temps¹, ou de portée géographique restreinte².

La jurisprudence admet qu'un abus puisse être sanctionné alors même que la pratique n'a eu aucun effet sur le marché : la pratique abusive est restrictive de concurrence par objet.

575. L'abus peut ne pas être réalisé sur le marché dominé, mais sur un marché connexe.

Section 3

Abus de dépendance et prix abusivement bas du droit interne

Le droit interne connaît deux séries de règles spécifiques, sans équivalent en droit européen : l'abus de dépendance économique (§ 1) et le prix abusivement bas (§ 2). Ces règles se rattachent aux pratiques anticoncurrentielles, car elles supposent que soit rapportée une preuve de l'atteinte au marché.

§ 1. ABUS DE DÉPENDANCE ÉCONOMIQUE

576. La notion d'exploitation d'un état de dépendance économique³ fut introduite par l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 pour tenir compte des transformations du monde économique

1. Cons. conc. n° 02-D-69 du 26 nov. 2002, *Sté Bouygues Telecom et a.*

2. Cons. conc. n° 03-D-33 : une pratique de courte durée et de portée géographique restreinte « ne saurait avoir affecté le marché de manière sensible et ne peut, dans ces conditions, être qualifiée d'abusive ».

3. M. Glais, « La sanction des abus de dépendance économique : entre désillusion et espoir », CCC 2006, étude 25.

avec l'apparition de puissants groupes de distribution. La réforme de 1986, inspirée de la législation allemande, suscita beaucoup d'espoirs mais ne rencontra que peu d'écho en jurisprudence¹.

C'est plutôt sur le terrain des pratiques restrictives de concurrence qu'il faut se placer pour voir condamné l'abus de dépendance. Cependant, la loi LME du 4 août 2008 a abrogé l'ancien article L. 442-6, 2°, qui sanctionnait directement l'abus de dépendance économique. L'abus de dépendance n'est devenu qu'un critère parmi d'autres des pratiques restrictives de concurrence, par exemple pour caractériser l'abus dans la rupture.

Le peu de succès jurisprudentiel² de l'article L. 420-2, alinéa 2, est lié aux difficultés de mise en œuvre. En raison du peu d'intérêt pratique, le sujet sera présenté brièvement.

L'article L. 420-2, alinéa 2, énonce qu'est prohibée « dès lors qu'elle est susceptible d'affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve à son égard une entreprise cliente ou fournisseur. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées, en pratiques discriminatoires visées au I de l'article L. 442-6 ou en accords de gamme ». Doivent être caractérisés : la dépendance économique, l'abus et l'atteinte au fonctionnement ou à la structure de la concurrence.

A. Une dépendance économique

577. L'abus de dépendance introduit en 1986 avait été adopté pour protéger les fournisseurs contre la grande distribution. En pratique, on observe pourtant que ce sont plutôt les distributeurs qui invoquent un état de dépendance, généralement à la rupture du contrat pour obtenir une indemnisation de leurs préjudices.

La dépendance est une notion économique. La dépendance d'un distributeur envers son fournisseur suppose que soient établis : 1° l'importance de la part du fournisseur dans le chiffre d'affaires du distributeur³ ; 2° la place du fournisseur sur le marché, qui sans être dominante doit être importante. Cette importance peut tenir en la notoriété de la marque ou des signes distinctifs du fournisseur. Les conditions sont cumulatives et la dépendance ne peut résulter de la seule notoriété de la marque⁴.

La dépendance d'un fournisseur envers ses distributeurs résulte : 1° de l'importance de la part du distributeur dans le chiffre d'affaires du fournisseur ; 2° de l'importance du distributeur dans la commercialisation des produits ; 3° des raisons ayant conduit à la concentration des ventes du fournisseur auprès du distributeur⁵. Les autorités de concurrence tiennent compte de la faiblesse des ressources financières du fournisseur, de la surcapacité de l'offre, de l'absence de notoriété de la marque du fournisseur, de la durée des relations commerciales avec le distributeur⁶.

1. Pour une application : Com. 16 déc. 1997, *Bull. civ. IV*, n° 337.

2. Exemple récent : ADLC n° 10-D-08 du 3 mars 2010 relative à des pratiques mises en œuvre par Carrefour dans le secteur du commerce d'alimentation générale de proximité : l'ADLC a conclu en une absence de dépendance économique des franchisés à l'égard de carrefour malgré des clauses conduisant en une entrave à la liberté de réinstallation.

3. Par ex. : 60 % de son chiffre d'affaire est réalisé auprès d'un fournisseur.

4. Com. 21 janv. 1999, *Bull. civ. IV*, n° 10.

5. Com. 10 déc. 1996, *Cora*, *Bull. civ. IV*, n° 309.

6. Paris, 25 mai 1994, CCC 1994, n° 119, obs. L. Vogel.

Une entreprise ne peut prétendre être économiquement dépendante d'une autre si elle n'a jamais eu de relations contractuelles avec elle¹.

À la différence de l'abus de position dominante, il n'y a pas de dépendance économique collective envers un groupe d'entreprises².

578. La loi du 15 mai 2001 a supprimé la condition d'absence de solution équivalente requise par les textes d'origine. Mais la jurisprudence l'a rétablie en énonçant que la dépendance économique d'un fournisseur s'apprécie en tenant notamment compte de « l'impossibilité pour ce dernier d'obtenir d'autres fournisseurs des produits équivalents »³.

Le défendeur peut se défendre en prouvant que l'opérateur peut s'approvisionner ailleurs. Par exemple, un concessionnaire automobile dont le contrat est résilié plaidant la dépendance économique sera débouté au motif qu'il existe d'autres réseaux, constituant des solutions alternatives⁴.

579. Un état de dépendance voulu ? Il est discuté de savoir s'il y a dépendance lorsque celle-ci est volontairement organisée par le contractant qui choisit de s'associer pour l'essentiel de son activité à un seul partenaire. Un arrêt a considéré que l'état de dépendance économique est subi et non voulu⁵. Il importe peu que la victime ait accepté de se lier par une clause d'exclusivité et de se mettre sous la dépendance d'un partenaire. La dépendance est une situation objective dont l'origine est indifférente.

L'Autorité de la concurrence⁶ semble s'écarter de cette analyse et considérer qu'une partie ne peut se plaindre d'une éventuelle dépendance s'il résulte d'un choix délibéré, notamment par la souscription de clauses d'exclusivité.

B. Un abus

580. L'article L. 420-2, alinéa 2, du Code de commerce cite un certain nombre d'exemples. On citera aussi l'affaire *Cora* qui a suscité une décision contestée par la majorité de la doctrine. À l'occasion d'une opération de concentration, un distributeur a renégocié ses conditions commerciales pour faire supporter le coût de l'opération de rachat (pratique qualifiée de « la corbeille de la mariée » !). Pour les autorités de concurrence⁷, les fournisseurs ne sont pas dans une situation de dépendance à l'égard des centrales en raison de l'existence de solutions équivalentes. Faute de prouver un effet anti-concurrentiel, la pratique ne fut pas condamnée, alors que les ristournes réclamées par le distributeur ne correspondaient à aucune contrepartie réelle et ne tenaient pas compte des spécificités de chaque fournisseur⁸. De même, dans la décision *Opéra*, la situation de dépendance des fournisseurs envers la centrale d'achat Opéra a été écartée en raison de leurs tailles et notoriétés⁹.

1. Paris, 22 janv. 1992, *Boulangier* (BOCC 1^{er} févr. 1992, p. 60), CCC 1992, n° 54, obs. L. Vogel.

2. Paris, 26 févr. 1992 (BOCC 14 mars 1992, p. 88).

3. Com. 7 janv. 2004, *Bull. civ. IV*, n° 4, CCC 2004, comm. 108, et nos obs.

4. Paris, 4 mai 2004, *CNPA* (BOCC 8 nov. 2004, p. 715).

5. Com. 10 déc. 1996, *Bull. civ. IV*, n° 309.

6. Par ex. : ADLC n° 11-D-20 du 16 déc. 2011, *Carrefour et distribution alimentaire* ; ADLC n° 12-D-11 du 6 avr. 2012, *Sté Tisseur*.

7. V. Avis n° 97-A-04 du 21 janv. 1997, avis relatif à diverses questions portant sur la concentration de la distribution.

8. Cons. conc. n° 93-D-21, approuvé par Paris, 25 mai 1994, CCC 1994, n° 119.

9. Cons. conc. n° 03-D-11 du 21 févr. 2003, CCC 2003, comm. 108, et nos obs.

Depuis lors, la pratique de la « corbeille de la mariée » est visée par l'article L. 442-6-I, 1° du Code de commerce.

C. Une atteinte au fonctionnement ou à la structure de la concurrence

581. Selon les termes de la loi du 15 mai 2001, seule une pratique susceptible d'affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence est condamnée. Cette exigence se substitue à la condition requise en 1986 qui exigeait la preuve d'une affectation du marché. On s'interroge sur la portée de la nouvelle écriture de l'article L. 420-2 alinéa 2. Pour certains auteurs, cette modification conduit à abandonner l'exigence d'une affectation du marché.

Elle doit être comprise comme signifiant que seuls des abus de dépendance produisant des effets sensibles, c'est-à-dire émanant d'entreprises suffisamment importantes sont condamnées.

§ 2. PRIX ABUSIVEMENT BAS

582. *Domaine d'application.* La loi du 1^{er} juillet 1996 a interdit la vente d'un bien à un prix abusivement bas (C. com., art. L. 420-5). La disposition vise des hypothèses qui ne relèvent ni de la revente à perte (car le bien est transformé) ni du prix prédateur (car il n'y a pas d'abus de position dominante).

La disposition a été étendue par la pratique décisionnelle du Conseil de la concurrence (devenu l'Autorité de la concurrence) à la « vente » de prestation de services¹.

Seules sont visées les ventes ou contrats de prestation de services à des consommateurs. Faute d'une définition légale, les autorités de concurrence ont défini le consommateur comme la personne physique ou morale qui, sans expérience particulière dans le domaine où elle contracte, agit pour la satisfaction de ses besoins personnels et utilise dans ce but le produit ou le service acquis². Un syndicat intercommunal n'est donc pas un consommateur lorsqu'il intervient pour déléguer une mission de service public car il agit pour satisfaire, non ses besoins personnels, mais ceux des habitants de sa commune³.

L'article 420-5 vise les *ventes directes* des producteurs à des consommateurs ainsi que les *reventes* de produits *transformés* par les distributeurs à des consommateurs – ce qui exclut les *reventes* en l'état, sauf pour les « enregistrements sonores reproduits sur supports matériels » (les disques). La notion de produit transformé est délicate. Le reconditionnement est-il une transformation ? Il semble que le montage des éléments du produit et la fourniture de consommables constituent une transformation⁴.

En visant la revente de produits transformés à un prix abusivement bas, la loi de 2001 a voulu sanctionner les pratiques de certains grands distributeurs (la fameuse baguette de pain à un franc !).

1. Cons. conc. n° 96-D-01 du 27 nov. 1996 (BOCC 8 janv. 1997) (applique l'article 420-5 à une prestation de services).

2. Paris, 3 juill. 1998 (BOCC 16 juill. 1998, p. 396), D. 1999. 249, note J.-P. Chazal, CCC 1998, comm. 131, et nos obs. (favorable à une conception unitaire du consommateur dont ne seraient exclus que les professionnels de la même spécialité).

3. Paris 14 nov. 2000 (BOCC 30 déc. 2000, p. 812).

4. Cons. conc. n° 98-PB-01 du 13 janv. 1998 (BOCC 28 févr. 1998, p. 104).

583. Conditions. L'article L. 420-5 suppose deux conditions cumulatives.

1° *Le prix doit être abusivement bas.* Cette notion est définie par rapport aux prix prédateurs (v. ss 545 s.). Le niveau de prix proposé doit être insuffisant par rapport aux coûts de production, de transformation et de commercialisation. Il ne suffit cependant pas de constater que les tarifs proposés sont inférieurs à 40 à 50 % aux prix pratiqués habituellement par les concurrents. Cette différence peut s'expliquer par des disparités de coût, de profitabilité ou une plus forte sélection des risques¹.

2° *Le prix pratiqué doit traduire une volonté d'éviction ou une potentialité d'éviction* d'un concurrent ou d'un produit concurrent. Dans l'hypothèse où une entreprise aurait pratiqué un prix de vente qui serait inférieur aux coûts variables, la preuve de la volonté d'éviction résulte de plein droit de la mise en œuvre de cette pratique si l'entreprise est en position dominante. Si l'entreprise n'est pas en position dominante, cette pratique constitue une présomption simple de sa volonté d'éviction qui doit être complétée par d'autres indices pour établir une telle volonté².

Section 4

Exemptions et sanctions

Les droits interne et européen prévoient qu'aucune sanction n'est prononcée lorsque la pratique anticoncurrentielle est conforme à un intérêt général. La pratique est alors exemptée (§ 1). À défaut, une sanction peut être prononcée (§ 2).

§ 1. EXEMPTIONS

Les deux droits admettent des exemptions individuelles fondées sur un bilan économique (B) et des exemptions collectives par l'édition de règlement catégoriels d'exemption (C). Le droit français ajoute une cause d'exemption individuelle, le rachat de la pratique par la loi (A).

A. Une spécificité française : le rachat de la pratique anticoncurrentielle par la loi

584. Droit interne. L'article 420-4, 1° prévoit l'exemption de pratiques « qui résultent de l'application d'un texte législatif ou d'un texte réglementaire pris pour son application ». L'article 420-4, 1° est d'interprétation stricte. Seule une loi³ ou un règlement pris en application peut exonérer le comportement anticoncurrentiel. Ainsi, la loi du 15 mai 2001 valide des pratiques anticoncurrentielles émanant des coopératives de détaillants qui peuvent désormais réaliser des opérations commerciales pouvant comporter des prix

1. Cons. conc. n° 02-D-66 du 6 nov. 2002, *Stés d'assurance directe* (BOCC 28 févr. 2003, p. 161), CCC 2003, n° 74, et nos obs.

2. Cons. conc. n° 02-D-66 du 6 nov. 2002, *Pratiques mises en œuvre par les sociétés d'assurance*, préc. ; Cons. conc. n° 06-D-23 du 21 juill. 2006, *Secteurs de l'édition cartographique et de l'information touristique*.

3. Par ex. : Paris, 22 mai 2001, *Gaz. Pal.* 23-27 déc. 2001, p. 36 (régime forfaitaire à des discothèques réalisant un chiffre d'affaires inférieur à un seuil est l'application de l'article L. 131-4 du CPI) ; Civ. 1^{re}, oct. 1999, *Bull. civ.* I, n° 255 (adhésion à un contrat d'assurance collectif imposée par un Conseil de l'ordre).

communs (C. com., art. L. 124-1-6°) ; ou, encore, l'obligation imposée par un Conseil de l'ordre à ses avocats d'adhérer au contrat d'assurance collective de responsabilité professionnelle est justifiée dès lors que le rôle d'un Conseil de l'ordre est de contrôler que chaque avocat a bien souscrit une assurance – obligation imposée par la loi¹. De même, si une entreprise se borne à appliquer une décision réglementaire prise en application d'une loi, la pratique est exemptée². Ou encore, le Conseil d'État, saisi d'une demande en annulation d'un arrêté portant approbation d'une convention tarifaire nationale des médecins généralistes, a refusé d'annuler au motif que cette convention tarifaire résultait de l'application de la loi (CSS, art. L. 162-5)³.

585. Quelques rares décisions appliquent la règle à l'abus de position dominante⁴.

Une simple tolérance ou incitation administrative ne suffit pas. De même, il importe peu que le secteur en cause soit réglementé. Par exemple, même si l'ouverture d'une officine de pharmacie est soumise à une réglementation, les accords conclus entre ces officines sur les jours d'ouverture et de fermeture ne doivent présenter aucun caractère obligatoire, sous peine d'être anticoncurrentiels⁵. En outre, il faut un rapport de causalité entre le texte invoqué et la pratique⁶. Par exemple, le fait qu'une réglementation restreigne le jeu de la concurrence, notamment sur les prix, en imposant des plafonds de marge, ne fait pas obstacle à l'application du droit des ententes, car la concurrence peut s'exercer autrement que par les prix et notamment par les services⁷.

586. Droit européen. En droit européen, il n'est pas de texte équivalent à l'article L. 420-4, 1°. Néanmoins, on doit admettre la même solution car une pratique n'est sanctionnée que pour autant que les entreprises ont agi en toute autonomie.

Si l'entreprise dispose d'une certaine marge de manœuvre, elle sera sanctionnée. Par exemple, une entente sur les prix, homologuée ou adoptée à l'instigation par les pouvoirs publics, relève de l'article 101 TFUE⁸ (pour de plus amples développements, v. ss 99 s.). Ou encore, une simple incitation gouvernementale ou administrative n'est pas un facteur exonérateur⁹.

1. Cons. conc. n° 03-D-04 du 16 janv. 2003.

2. Par ex. : Cons. conc. n° 2001-D-18 du 2 mai 2001, *Sté the Legend of California* (BOCC 24 mai 2001, p. 491).

3. CE 10 nov. 1999, *Synd. nat. Indis. Pharmaceutiques*, RLDA 2000, n° 1492, p. 20 ; de même CE 6 juill. 2007, *RLC* oct.-déc. 2007, p. 44, obs. G. Clamour (arrêté homologuant un seul type d'appareil de détection, en appl de dispositions du code de la santé publique).

4. Crim. 28 nov. 2000, *J. L. Billerey*, pourvoi n° 99-85275 : « il n'est pas établi que la société coopérative Genesia ait refusé aux vétérinaires concernés les attestations leur permettant d'obtenir une licence ; ... (les juges d'appel) énoncent que le principe d'une tarification unique et de l'utilisation de son matériel est imposé au centre d'insémination agréé en raison de l'exclusivité qui lui est conférée par la réglementation ; ... ils ajoutent que le centre Genesia, qui justifie avoir négocié et signé des conventions avec d'autres vétérinaires, a agi, sans abus, dans le cadre du monopole qui lui est confié par la loi sur l'élevage » ; Paris, 27 juin 1990, *MATIF*, D. 1991. Somm. 251, obs. C. Gavalda et C. Lucas de Leyssac ; Paris, 13 janv. 1998, *UGAP*, *Europe* 1998, n° 410, obs. L. Idot : il n'y a pas d'abus de position dominante dans le fait pour l'UGAP d'appliquer les seules normes françaises.

5. Paris, 20 sept. 1990 (BOCC 26 sept. 1990, p. 362).

6. Cons. conc. n° 98-D-70 du 24 nov. 1998, *Canal Plus* (BOCC 21 janv. 1999, p. 7) (l'obligation de consacrer 9 % de son chiffre d'affaires à l'achat d'œuvres françaises n'est pas un fait justificatif à la restriction de concurrence résultant des contrats d'exclusivité).

7. Com. 21 juin 1994, *Bull. civ. IV*, n° 233.

8. CJCE 1^{er} oct. 1987, *VVR*, *Rec.* 3801 ; CJCE 30 avr. 1986, *Asjes-Nouvelles frontières*, *Rec.* 1425.

9. CJCE 11 nov. 1997, *Comm. c/ Ladbrooke Racing*, aff. C-359/95-P, et C-379/95-P, *Rec.* 6265 ; TPI 7 oct. 1999, *Irish Sugar plc*, aff. T-228/97, *Europe* 1999, n° 420.

Le fait que les pratiques anticoncurrentielles aient pris la forme d'actes administratifs ne saurait les faire échapper à l'emprise du droit de la concurrence¹. Si les entreprises se bornent à respecter une réglementation, elles ne sont pas assujetties à l'article 101 TFUE². Une entreprise dominante dont la politique de prix est approuvée par une autorité sectorielle de régulation peut être condamnée pour abus de position dominante si celle-ci dispose d'une marge de manœuvre sur ses marges³.

Les autorités de concurrence et les juridictions nationales doivent laisser inappliquée une loi nationale contraire aux articles 101 ou 102⁴. Une entreprise peut échapper à toute condamnation en se retranchant derrière la mission d'intérêt économique général par le jeu de l'article 106, § 2, TFUE.

B. Exemption individuelle

587. Pour bénéficier d'une exemption sur le fondement des articles 101, § 3, TFUE ou L. 420-4, 2° du Code de commerce, les pratiques prohibées doivent : 1° avoir pour objet ou effet d'assurer un progrès économique, y compris par la création ou le maintien d'emplois ; 2° réserver aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte sans, 3° donner aux entreprises intéressées la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause ni, 4° imposer des restrictions non indispensables. Un bilan économique de l'entente est effectué. Les conditions sont cumulatives.

Toute restriction de concurrence par objet ou par effet peut bénéficier de l'exemption individuelle⁵.

La charge de la preuve pèse sur l'entreprise qui se prévaut de l'exemption. Il a été jugé, à plusieurs reprises, que la Commission de Bruxelles (ce serait la même solution pour l'autorité nationale) a un devoir d'examen des éléments de preuve (solution conforme au droit de la preuve), « faute de quoi il est permis de conclure que la charge de la preuve incombant à la personne se prévalant de l'article 81, § 3 (devenu 101, § 3) a été satisfaite »⁶— drôle de solution qui ne trouve aucun fondement juridique...

588. Droit interne et préoccupations économiques et sociales. On peut noter une différence entre droit européen et droit interne. En droit interne, il peut être tenu compte de considérations générales, telle la protection du petit commerce, de la santé, de l'environnement et de l'emploi. La loi NRE du 15 mai 2001 a ajouté une référence expresse à la création et au maintien d'emploi comme facteur d'exemption⁷. Cet ajout législatif relève de l'effet d'annonce, car le conseil de la concurrence (devenu Autorité de la concurrence) accorde rarement des exemptions individuelles ; la protection de l'emploi est, en outre, insuffisante en elle-même pour exempter une pratique anticoncurrentielle.

1. Comm. n° 98/538/CE du 17 juin 1998, *Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato (JOCE n° L-252 du 12 sept. 1998)*, *Europe* 1998, n° 407, obs. L. Idot.

2. Par ex. : CJCE 5 déc. 2006, *Cipolla*, aff. C-94/04 et C-202/04, *Rec.* 11421.

3. CJUE 14 oct. 2010, aff. C-280/08, *Deutsche Telekom*, CCC 2010, comm. 274, obs. G. Decocq.

4. CJCE 9 sept. 2003, *Consorzio Industrie Fiammiferi*, aff. C-198/01, CCC 2003, comm. 188, obs. S. Poillot-Peruzzetto.

5. Trib. UE 29 nov. 2012, *Groupement des cartes bancaires*, aff. T-491/07, pt 274, CCC 2013, comm. 40, obs. G. Decocq.

6. Par ex. : Trib. UE 24 mai 2012, T-11/08, *Master card international*, CCC 2012, comm. 180, obs. G. Decocq ; Trib. UE 27 sept. 2012, *Heijmanns Infrastructures*, aff. T-359/06, pt 30.

7. Pirovano, « Droit de la concurrence et progrès social », *D.* 2002. Chron. 62.

589. Droit européen et gains d'efficacité. Dans la Communication sur l'application de l'article 81, § 3 (devenu art. 101, § 3, TFUE)¹, les conditions requises pour démontrer un progrès économique, aujourd'hui qualifié de « gains d'efficacité », sont purement économiques au sens étroit du terme. Ces gains d'efficacité sont de nature quantitative (ex : diminution des coûts) ou qualitative (par ex. : progrès technologique ou technique, environnement)². Des considérations d'intérêt général, telles la protection de l'environnement, exceptionnellement retenues par la jurisprudence, pourraient être prises en compte au titre des gains de nature qualitative³. La question est plus discutée à propos des considérations sociales⁴.

Les entreprises doivent démontrer la nature des « gains d'efficacité », leur lien avec l'accord anticoncurrentiel, leur probabilité, leurs modalités et date de réalisation.

Ces gains ne doivent pas profiter qu'aux seules parties à l'entente mais peuvent se produire sur un autre marché que celui affecté par la pratique⁵.

590. La décision d'exemption peut être contestée devant les autorités de concurrence⁶ à tout moment, car la décision de la Commission est généralement temporaire et révocable⁷.

On rappelle que l'article 81, § 3 (devenu art. 101, § 3, TFUE) peut être aussi appliqué par les autorités et juridictions nationales (art. 5 et 6, Règl. n° 1/2003). À ce titre, les entreprises peuvent proposer des engagements pour voir leur accord exempté.

591. Exemption d'un abus de position dominante en droit interne ? L'article L. 420-4 prévoit que les pratiques abusives de l'article 420-2 peuvent, comme les ententes, être justifiées par la loi ou le progrès économique – ce qui peut surprendre, car l'idée qu'un abus puisse être justifié est étrange. À notre connaissance, un seul arrêt a exempté une pratique abusive en se fondant sur l'ancien article 10 de l'ordonnance (devenu C. com., art. L. 420-4-I-2°). Par exemple, la Cour de cassation a censuré un arrêt d'appel qui avait retenu l'abus de position dominante de la société Nikon ayant réservé le service après-vente à des réparateurs agréés, « sans vérifier si les pratiques dénoncées n'étaient pas justifiées par des nécessités objectives, tenant en la mise en place d'un service de qualité, qui ne peut être assuré sans le contrôle permanent de l'importateur que par des agents ayant des compétences techniques et un outillage approprié et bénéficiant d'une formation initiale et continue »⁸.

En revanche, l'abus de position dominante n'est susceptible d'aucune exemption au regard du droit européen.

1. Comm. n° 2004/C101/08, *Commission*, 27 avr. 2004, relatives à l'application de l'article 81, § 3.

2. Comm. n° 2004/C101/08, *Commission*, 27 avr. 2004 et Lignes directrices relatives à l'application de l'article 81, § 3, préc.

3. Comm. CE n° 2000/475/CE du 24 janv. 1999, aff. IV.F.1/36.718, *CECED*, *JOCE Journal*, CCC 2000, comm. 163, obs. S. Poillot-Peruzzetto ; Comm. CE n° 2001/837/CE du 17 sept. 2001, *COMP/34.493 e.a.*, *DSD e.a.*, *JOCE* 4 déc. 2001, spéc. § 143 et 144.

4. V. *J.-Cl. Conc. consom.*, fasc. 550, n° 58.

5. Trib. UE 24 mai 2012, T- 111/ 08, *Master cards* ; pts 206 et 221, CCC 2012, comm. 180, obs. G. Decocq.

6. Par ex. : TPICE 8 oct. 2002, *Métropole Télévision SA*, aff. T-185/00..., *Europe* 2002, n° 424, obs. L. Idot.

7. CJCE 22 oct. 1986, *Métro II*, aff. 75/84, *Rec.* 3021.

8. Com. 14 nov. 1995, *Sté Nikon*, CCC 1996, n° 7, obs. L. Vogel.

C. Exemption catégorielle

Les règlements d'exemption récents, qualifiés de règlements nouvelle génération, intègrent une analyse économique.

1° Généralités

592. Droit européen et les accords verticaux. Sur habilitation du Conseil, la Commission européenne a édicté un certain nombre de règlements d'exemption. Ces règlements d'exemption définissent les conditions dans lesquelles une exemption peut être accordée par catégorie d'accords.

593. Exemption catégorielle et abus de position dominante. « L'abus d'une position dominante n'est susceptible d'aucune exemption, de quelque façon que ce soit »¹. L'exemption catégorielle n'exonère pas l'entreprise en position dominante de l'obligation de se conformer à l'article 102 TFUE.

594. Droit interne. L'article L. 420-4-II du Code de commerce dispose que « certaines catégories d'accords ou certains accords, notamment lorsqu'ils ont pour objet d'améliorer la gestion des entreprises moyennes ou petites, peuvent être reconnus comme satisfaisant à ces conditions par décret pris après avis conforme de l'Autorité de la concurrence ». Depuis l'ordonnance de 1986, deux décrets ont été pris en matière agricole².

2° Exemples européens

a) Contrats de distribution

595. Le Règlement d'exemption n° 330/2010 du 20 avril 2010 est applicable à tous les accords verticaux comportant des restrictions verticales. Il remplace l'ancien Règlement n° 2790. Le Règlement est complété par des lignes directrices. L'accord vertical bénéficie d'une exemption sous réserve qu'il ne comporte pas de restrictions flagrantes (par ex. : clause de prix de revente ou la clause d'interdiction de concurrence passive). Le Règlement est applicable si les parties à l'accord ne détiennent pas un « pouvoir de marché », fixé à 30 % de part de marché – sous réserve de l'effet cumulatif.

596. Présomption de licéité. Les parties à un accord restrictif de concurrence couvert par un Règlement d'exemption par catégorie ont seulement à prouver que cet accord relève de l'exemption. Elles sont dispensées de prouver que leur accord remplit chacune des conditions de l'article 101, § 3, TFUE.

b) Accords de transfert de technologie

597. Le Règlement n° 772/2004 du 27 avril 2004 relatif aux accords de technologie réunit, sous un même texte, deux questions, licence de brevet et licence de savoir-faire,

1. Par ex. : TPICE 8 oct. 1996, *Compagnie maritime belge*, Europe 1996, n° 465, obs. L. Idot ; TPICE 10 juill. 1999, *Tetra Pack*, T-51/89, Rec. II. 309.

2. Décis. n° 96-499 et n° 96-500 du 7 juin 1996, CCC 1996, n° 125, obs. L. Vogel.

qui faisaient naguère l'objet de deux règlements. Ce Règlement a pour objectif de faciliter de tels accords dans la mesure où ils favorisent l'efficacité économique. Il est suivi de lignes directrices¹.

Ce Règlement vise tout accord de transfert de technologie entre deux entreprises relatif à la production de biens contractuels. Les lignes directrices comportent de longs développements sur les liens avec les autres règlements d'exemption.

Comme dans le Règlement n° 330 sur les restrictions verticales, l'analyse est économique. Le Règlement est applicable si un seuil de parts de marché n'est pas dépassé. De même, le Règlement est applicable à la condition que l'accord de transfert de technologie ne comporte pas de restrictions flagrantes (article 4 visant les restrictions à la liberté tarifaire, toute limitation de production avec exceptions, la répartition de marchés ou des clients avec des exceptions, liberté du preneur d'exploiter sa propre technologie si elle ne porte pas atteinte au savoir-faire transféré).

c) Accords de recherche et accords de spécialisation

598. Le Règlement n° 1217/2010 du 14 décembre 2010 porte sur les accords recherche – développement² et traite de la titularité et de l'exploitation industrielle des résultats de la recherche. Le Règlement porte aussi sur les clauses accessoires ayant pour objet la cession ou la jouissance des droits de propriété intellectuelle nécessaires à la recherche et au développement.

Le bénéfice de l'exemption est subordonné à la réunion de plusieurs conditions visant à protéger la concurrence entre les parties contractantes et la concurrence des tiers (art. 3).

Par ailleurs, comme dans tous les règlements d'exemption récents, une condition économique est requise, en terme de part de marché (la part cumulée des entreprises participantes concurrentes ne doit pas dépasser 25 % du marché constitué par les produits susceptibles d'être améliorés ou remplacés par les produits contractuels). Une liste de restrictions caractérisées est mentionnée, portant notamment sur la limitation des parties de poursuivre des activités de recherche et de développement dans des domaines autres que ceux couverts par le Règlement, la limitation de la production, la fixation du prix de vente, les restrictions de clientèle ou de territoire. Les clauses de non-contestation et d'interdiction d'octroyer des licences de production des produits contractuels ou d'interdiction d'utilisation de licences portant sur des technologies de tiers constituent des « restrictions exclues », qui ne retirent pas à l'accord le bénéfice de l'exemption catégorielle, mais ces clauses ne sont pas exemptées.

599. Le Règlement n° 1218/2010 du 14 décembre 2010³ porte sur les accords de spécialisation. Le Règlement porte sur les accords de spécialisation unilatérale et réciproque (par ex. : cessation partielle ou complète d'une production) ainsi que sur les accords de production conjointe. Le Règlement porte sur la fabrication de produits ou la prestation de services. Comme le Règlement sur les accords de recherche-développement, le Règlement n° 1218 porte sur les clauses accessoires de propriété intellectuelle. Le Règlement est applicable à tout accord dès lors que le seuil calculé en parts de marché cumulées des parties ne dépasse pas 20 %. Les restrictions caractérisées qui excluent le bénéfice du

1. Doc. n° 2004/C101 02, *JOUE* n° C-101 du 27 avr. 2004, p. 2.

2. *JOUE* 2010, n° L-335.

3. *JOUE* 2010, n° L-335 ; L. Idot, *Europe* 2010, comm. 68.

règlement sont toujours les mêmes : elles portent sur toute clause limitant la production ou la vente, fixant les prix de vente et répartissant les marchés ou la clientèle.

600. Ces deux règlements sont complétés par des lignes directrices sur les accords de coopération horizontale¹. Ces lignes directrices traitent de l'application de l'article 101 TFUE à différents accords : accords de recherche et développement, de production, d'achat, de commercialisation, de normalisation et d'accords environnementaux. Elles s'appliquent aussi aux accords verticaux entre concurrents. Elles traitent des échanges d'informations entre concurrents.

§ 2. SANCTIONS²

601. En cas d'infraction aux articles 101 et 102 TFUE, la Commission et les autorités nationales de concurrence se voient reconnaître les mêmes pouvoirs.

En l'absence de violation des règles européennes de concurrence, la Commission peut constater, par voie de décision, que les articles 101 et 102 sont inapplicables à l'accord ou la pratique litigieuse, tandis que les autorités nationales de concurrence peuvent seulement « décider qu'il n'y a pas lieu d'intervenir »³ (art. 5, *in fine*, et 10 Règl. 1/2003).

602. Même si la qualification d'entreprise est indifférente à la structure juridique, l'entreprise qui se voit infliger une amende doit avoir la personnalité juridique. L'entente peut être imputée à la société mère.

603. *Une procédure préventive. La mise en conformité (les programmes de « compliance »)*. Tant en droit européen qu'en droit interne, les autorités de concurrence souhaitent voir se développer, au sein des entreprises, une culture de concurrence et des mécanismes préventifs pour éviter d'éventuelles sanctions. Tel est l'objet des programmes de mise en conformité (qualifié souvent de « programme de compliance »). Le droit des sociétés connaît un développement comparable : l'article L. 225-37 du Code de commerce oblige les sociétés faisant appel public à l'épargne publique d'indiquer dans leur rapport annuel si la société se réfère volontairement à un code de gouvernement d'entreprise⁴.

Ces programmes de mise en conformité favorisent aussi la dénonciation de l'illicite par des procédures d'alerte⁵, dite « alerte éthique » (où est l'éthique ?).

Par un document de novembre 2011, la Commission incite les entreprises à recourir aux programmes de conformité, sans privilégier un programme unique⁶, et privilégie la réalisation d'un programme singulier adapté à la situation de l'entreprise.

1. Comm. n° 2011/C 11/01 sur l'applicabilité de l'article 101 TFUE aux accords de coopération horizontale, (JOUE n° C-11) ; L. Idot, *Europe* 2011, comm. 68.

2. N. Dorandeu, *Le dommage concurrentiel*, PU Perpignan, 2000.

3. Pour une application, CJUE, gde ch., *Télé2 polska*, RTDE 2012. 841, obs. J.-B. Blaise.

4. V. Magnier, « Le principe de "se conformer ou s'expliquer", une consécration en trompe l'œil ? », *JCP E* 2008, n° 23, p. 3 s.

5. L. Flament et Ph. Thomas, « Le whistleblowing, à propos des systèmes d'alerte éthique », *JCP S* 2005. 1277 ; C. Merle, « L'alerte éthique », *LPA* 23 mars 2007, p. 3 s.

6. Doc. Commission nov. 2011 : « *Compliance matter. What companies can do better to respect EU competition rules* ».

Pareillement, l'Autorité de la concurrence a publié un document-cadre le 12 février 2012¹ sur les programmes de conformité. Pour être satisfaisant, ce programme doit comporter un engagement ferme des dirigeants en faveur du strict respect des règles de concurrence, la désignation d'un référent au sein de l'entreprise chargée de la bonne mise en œuvre du programme et plus globalement de la politique de conformité, la mise en place d'actions de sensibilisation, d'information et de formation du personnel, l'instauration de mécanismes de contrôle, d'audit et d'alerte et la mise en place d'un dispositif de suivi en cas de découverte d'infractions. Pour autant, l'Autorité précise, en son point 19, qu'il n'y a pas un modèle unique, car le programme de conformité doit résulter d'une analyse concrète des risques propres à l'entreprise, en fonction de la taille de celle-ci, la nature de ses activités ou encore son mode de gouvernance.

La mise en place d'un programme de « *compliance* » ou d'une charte éthique n'est pas suffisante pour obtenir une réduction du montant de l'amende en cas de pratique anticoncurrentielle².

604. Les sanctions peuvent être prononcées par les autorités de concurrence – il s'agit alors du « *public enforcement* » (A) ou par les juridictions nationales – il s'agit du « *private enforcement* » (B). La répression pénale joue un rôle particulier (C).

A. Sanctions prononcées par les autorités internes ou européennes de concurrence : le « *public enforcement* »

Ni l'Autorité de la concurrence ni la Commission européenne ne sont des juridictions. Elles prononcent des sanctions qui ont le caractère d'actes administratifs collectifs. Les sanctions peuvent prendre la forme d'amendes (1°) et/ou d'injonctions (2°). Des mesures de publicité (3°) ou des mesures provisoires peuvent être accordées (4°). Des procédures alternatives sont mises en place (5°). Quelques mots seront consacrés à la prescription (6°) (sur le principe *non bis in idem*, v. ss 189 s.).

1° Amendes

Des divergences d'analyse entre économistes et juristes doivent être soulignées (a). Le rapprochement entre les deux droits est incontestable dans les critères d'évaluation, les modes de calcul ou le *quantum* (b). Pour autant, quelques divergences subsistent (c).

a) Approches économique et juridique

605. *Approche économique*³. Pour les économistes, pour que la sanction soit dissuasive, il faut tenir compte non seulement du gain illicite et du préjudice, mais aussi de la probabilité de détection du comportement illicite. La sanction doit être optimale. Il n'y

1. Aut. Conc., Document-cadre du 10 février 2012 sur les programmes de conformité aux règles de concurrence.

2. Par ex. : CJUE, 18 juill. 2013, aff. C-501/11 P, *Schindler*, pt 113.

3. F. Jenny, « L'articulation des sanctions en matière de droit de la concurrence du point de vue économique », *JCP E* 2013. 1169 ; E. Combe, « Le calcul de l'amende en matière de cartel : une approche économique », *Concurrences* n° 3-2007, p. 39 ; Y. Chaput (dir.), *La sanction : la lecture des économistes et des juristes*, Bruylant, 2011, p. 20.

a de véritable dissuasion que si la sanction prévisible excède le profit prévisible. Le montant de la sanction doit être équivalent au montant nominal de la sanction encourue multiplié par la probabilité que la sanction soit effectivement infligée. Le *quantum* de la sanction doit reposer à la fois sur le gain illicite obtenu par le contrevenant et sur la probabilité de détection du comportement répréhensible. La jurisprudence n'a pas suivi cette analyse¹.

606. *Approche juridique.* Les textes, internes et européens, ont précisé les modalités de calcul et renforcé les sanctions, tout en soumettant les sanctions à des principes juridiques : la sanction doit être motivée et est contrôlée par les juridictions (i), proportionnée (ii) et gouvernée par une prévisibilité relative (iii).

(i) Motivation et contrôle juridictionnel

607. Les sanctions sont prononcées par des autorités administratives et ont donc la nature d'acte administratif. Elles sont de nature quasi pénale.

La procédure devant les autorités de concurrence s'est juridictionnalisée – pour devenir une procédure « quasi pénale » soumise aux exigences de l'article 6 de la CEDH². Le droit est devenu quasi répressif. En conséquence, les droits de la défense et le principe de non-rétroactivité de la règle plus sévère³ s'appliquent devant les juridictions internes et européennes.

Le tribunal de première instance de l'Union a un pouvoir de pleine juridiction sur la question du montant de l'amende. La Cour de justice ne peut substituer son appréciation à celle du Tribunal. En revanche, le contrôle de la Cour de justice est limité dans la mesure où elle ne peut substituer son appréciation à celle du tribunal⁴. La Cour peut contrôler d'éventuelles erreurs de droit, et sanctionner, par exemple, une violation du principe d'égalité de traitement⁵. Le juge européen use parfois de son pouvoir de pleine juridiction en matière d'amendes pour annuler ou réduire les sanctions lorsque le raisonnement mené par la Commission était trop imprévisible pour l'entreprise condamnée⁶.

Les juridictions nationales n'hésitent pas à exercer leur contrôle, notamment dans la fameuse affaire du cartel des aciers⁷ où la cour d'appel de Paris a fait transformer une sanction de 175 à 75 millions d'euros. La Cour de cassation exerce également un contrôle de qualification et un contrôle de droit.

1. CJCE 15 févr. 2005, *Tetra-Laval*, Rec. 987, pts 77-78 : a rejeté un raisonnement qui reposait sur une appréciation de la probabilité de détection d'un raisonnement concurrentiel.

2. CJCE 8 juill. 1999, aff. C-199/92, *Hüls*, aff. C-199/92 : les amendes prononcées par la Commission CE peuvent être qualifiées de pénales au sens de l'article 6 de la CEDH.

3. Par ex. : CJCE 28 juin 2005, C-189/02 *et alii*, P. Dansk ; CJUE 25 janv. 2007, n° C-411/04, *Salzgitter Mannesmann GmbH* : l'exercice d'une telle compétence par le tribunal (évaluation du montant de l'amende) ne saurait entraîner, lors de la détermination du montant des amendes, une discrimination entre les entreprises qui ont participé à un accord.

4. CJUE 25 janv. 2007, n° C-411/04, *Salzgitter Mannesmann GmbH*.

5. CJCE 28 juin 2005, C-189/02 *et alii*, P. Dansk. ; ADLC comm. du 16 mai 2001, pt 7 ; CJUE 25 janv. 2007, n° C-411/04, *Salzgitter Mannesmann GmbH*.

6. Par ex. : TPICE 30 sept. 2003, *Atlantic Container*, aff. T-191/98, T-212/98, et T-214/98, Rec. 3275, pts 1603 s.

7. Paris, 19 janv. 2010, CCC 2010 comm. 79, obs. G. Decoq, *RTD com.* 2010. 289, obs. crit. E. Claudel : la cour d'appel a reproché notamment au Conseil, tout d'abord de ne pas avoir pris en compte la crise économique du secteur et ensuite le mode de calcul de la sanction ; la cour, a, en particulier, considéré que contrairement au Conseil qui détermine le montant de l'amende en se fondant

(ii) Proportionnalité

608. La sanction doit être proportionnée¹ par rapport aux faits répréhensibles afin d'éviter de « tirer sur des moineaux avec des canons ». Pour autant, autorités de concurrence européenne et interne et CEDH² admettent que la sanction peut être dissuasive, en raison de la nature quasi pénale de la sanction.

(iii) Prévisibilité relative

609. *Une prévisibilité relative ou l'imprévisibilité transparente !* Le calcul des amendes relève de lignes directrices émanant de la Commission ou de l'Autorité de la concurrence. Ces règles poursuivent un double objectif, de sanction (elle doit donc être prévisible) et dissuasion : il ne faut pas que les entreprises puissent prévoir par avance le montant précis, car elles risqueraient de répercuter les sanctions prévisibles sur le prix de revente. En conséquence, les autorités de concurrence peuvent à tout moment adapter le niveau des amendes aux besoins de cette politique de dissuasion. La jurisprudence européenne décide donc que le principe de confiance légitime ne peut lui être opposé : « les entreprises impliquées dans une procédure ne sauraient acquérir une confiance légitime ni dans le fait que la Commission ne dépassera pas le niveau des amendes pratiqué antérieurement ni dans une méthode de calcul de ces dernières. Les entreprises doivent tenir compte de la possibilité que, à tout moment, la Commission décide d'élever le niveau du montant des amendes par rapport à celui appliqué dans le passé »³.

Le régime des amendes relève, en large partie de lignes directrices établies par l'Autorité de la concurrence⁴ ou la Commission⁵. Ces autorités de concurrence sont liées par leurs textes, mais peuvent y déroger en motivant (par exemple, en raison des circonstances particulières de l'espèce ou en raison du caractère suffisamment dissuasif de l'amende) et en respectant le principe d'égalité de traitement⁶.

b) Critères d'évaluation, mode de calcul, quantum⁷

Le droit interne est largement inspiré du droit européen.

610. *Un raisonnement en trois étapes.* Les deux droits procèdent de la même méthode, un calcul en trois étapes.

sur les critères de l'article L. 462-4 puis vérifie dans un second temps que le plafond légal n'est pas dépassé, il convient d'utiliser le plafond légal comme point de départ du raisonnement du montant de l'amende. Cette affaire a conduit l'Autorité à édicter des lignes directrices.

1. Thibault, *La proportionnalité des sanctions prononcées par les autorités de concurrence françaises et communautaires*, PUAM, 2001.

2. Par ex. : CJCE 26 juin 2006, aff. C-289/04, *Showa Denko c.*, Rec. CJCE I-5859, pts 16 s. ; TPICE, 29 avr. 2004, aff. T-236/01, T-239/01, T-244/01 à T-246/01, T-251/01 et T-252/01, *Tokai Carbon et a. c.*, Rec. CJCE II-1181, pt 242 ; CEDH, 27 sept. 2011, aff. 43509/08, *Menarini Diagnostics c/ Italie*, pt 41.

3. CJCE 18 mai 2006, C-397/03, *Archer Daniels Midland Co.*

4. ADLC, communiqué 16 mai 2011 relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires.

5. Comm. du 28 juin 2006, Lignes directrices pour le calcul des amendes infligées en application de l'article 23, § 2, sous a, du Règl. CE n° 1/2003 (JOUE n° C-210/2).

6. CJCE 28 juin 2005, C-189/02 et alii, P. Dansk.

7. S. Ferrari, « Les méthodes de calcul du quantum des sanctions prononcées par les autorités de concurrence. Analyse comparée du droit français et du droit de l'Union européenne », *Revue juridique de l'économie publique* n° 710, juill. 2013, étude 11 ; L. Vogel, « Les sanctions administratives : efficacité du contrôle ou sécurité juridique ? », *JCP E* 2013. 1171.

1° D'abord, un montant de base est calculé en proportion du montant des ventes réalisées sur le secteur du marché pertinent (et non par référence au montant du chiffre d'affaires). Ce montant de base est différencié selon la gravité et la durée de l'infraction et du dommage à l'économie en droit interne. Ce pourcentage peut aller jusqu'à 30 %.

À titre d'exemple ¹, une entente entre trois concurrents ayant duré cinq années. L'Autorité de concurrence peut fixer un ticket d'entrée à 25 % et le montant variable de 150 % (30 % multiplié par le nombre d'années) (5). Le montant de base sera de 175 %.

2° Des ajustements sont effectués en tenant compte de circonstances aggravantes ou atténuantes, des circonstances particulières à chaque espèce (ce sont les éléments d'individualisation de la sanction : ex : taille du marché de produits en cause, les parts de marché détenues par les contrevenants, caractéristiques de l'infraction, secrète ou non, etc), d'une éventuelle réitération de l'infraction (considérée comme une circonstance aggravante autonome).

3° Un correctif final peut être apporté en fonction d'une éventuelle demande de clémence ou de non-contestation des griefs et de la capacité contributive de l'entreprise ² (v. ss 615).

611. *Quantum en droit interne.* La sanction peut atteindre trois millions d'euros si le contrevenant est une personne physique. S'il s'agit d'une personne morale, la sanction peut aller jusqu'à 10 % du montant du chiffre d'affaires mondial hors taxe le plus élevé réalisé au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre (C. com., art. L. 464-2).

En droit interne, le montant ne peut dépasser 750 000 euros quel que soit le contrevenant si l'affaire fait l'objet d'une procédure simplifiée par application de l'article 464-5 du Code de commerce.

L'autorité de la concurrence pourra choisir son année de référence pendant la période de commission de l'infraction (afin d'éviter le dépècement de l'entreprise pour diminuer l'assiette de la sanction) (C. com., art. L. 464-2).

Avec la loi du 15 mai 2001, s'il s'agit de groupes, l'Autorité de la concurrence devra calculer la sanction sur les comptes consolidés ou combinés de l'entreprise (consolidés au sein d'un même groupe, ou combinés pour des sociétés liées par des participations financières). L'Autorité peut tenir compte largement du chiffre d'affaires propre à chaque société poursuivie, filiale du groupe, surtout quand l'appartenance au groupe n'a joué aucun rôle significatif dans le comportement anticoncurrentiel.

Quand le chiffre d'affaires fait défaut comme dans le secteur bancaire, il faut se référer à la somme des postes de produits de l'exploitation bancaire.

612. *Quantum en droit européen.* L'article 23-2 du Règlement n° 1/2003 dispose que « pour chaque entreprise et association d'entreprises participant à l'infraction, l'amende n'excède pas 10 % de son chiffre d'affaires total réalisé au cours de l'exercice social précédent. Lorsque l'infraction porte sur les activités de ses membres, l'amende ne peut dépasser 10 % de la somme du chiffre d'affaires total réalisé par chaque membre actif sur le marché affecté par l'infraction de l'association ».

1. Exemple donné par L. Arcelin-Lécuyer, *op. cit.*, n° 342.

2. L'amende est augmentée si le chiffre d'affaires de l'entreprise est important (« le chiffre d'affaires, au-delà des biens et services auxquelles l'infraction se réfère, est particulièrement important ») ou est diminuée si l'amende met irrémédiablement en danger la viabilité économique de l'entreprise.

Le Règlement n° 1/2003 se prononce aussi sur les amendes « procédurales » infligées aux entreprises en cas d'informations incomplètes ou mensongères (art. 23-1, Règl.). Des astreintes peuvent être prononcées par la Commission en cas de retard dans le paiement des amendes (art. 24, Règl. n° 1/2003). Mais la Commission n'a pas à tenir compte du fait que l'entreprise est de taille moyenne, mondiale ou une simple PME. Les entreprises n'ont pas à être traitées différemment.

613. Critère de la gravité de l'infraction. Certaines infractions sont regardées comme étant, par nature, d'une particulière gravité (« hard core cartel ») tels les accords horizontaux de fixation de prix. Le montant de la sanction peut alors être augmenté de 100 %¹. Mais, des infractions d'une gravité modérée pourront être considérées, eu égard aux circonstances de l'espèce, comme revêtant un caractère particulièrement grave.

614. Circonstances aggravantes et atténuantes. La tromperie, le caractère répétitif, le rôle prépondérant de l'entreprise dans la mise en œuvre ou la conception de la pratique², l'aptitude coercitive adoptée, ou la poursuite de l'infraction après l'ouverture de la procédure, le refus de coopérer avec l'autorité de concurrence sont des circonstances aggravantes. La capacité d'influence de l'entreprise sur le marché, notamment à travers la taille et la puissance économique de celle-ci ou du groupe auquel elle appartient est aussi un facteur aggravant.

La récidive³ est caractérisée quand une entreprise poursuit ou répète une infraction identique ou similaire⁴. Elle peut conduire à une augmentation de 100 % du montant de base⁵. Elle constitue une circonstance aggravante autonome.

En revanche, la bonne foi, c'est-à-dire l'ignorance du caractère anticoncurrentiel du comportement, le rôle passif ou suiviste de l'entreprise (comportement qualifié de « franc-tireur »), la négligence, le fait que les règles transgressées étaient peu précises, la contrainte subie, la coopération ou l'abandon de la pratique après l'ouverture de la procédure ou encore la tolérance administrative à l'égard de la pratique sont de nature à diminuer le montant de la sanction sont des facteurs d'indulgence. Il en est de même du faible effet ou de l'absence d'effet.

Par ailleurs, lorsque les faits reprochés ont déjà été condamnés par une autre autorité, la jurisprudence *Walt Wilhem* invite les autorités à en tenir compte pour modérer la sanction (v. ss 46).

615. Les difficultés de l'entreprise. Les autorités de concurrence ne peuvent pas tenir compte de la situation financière déficitaire d'une entreprise intéressée, car cela reviendrait à procurer un avantage concurrentiel injustifié aux entreprises les moins adaptées

1. Par ex. : TPICE 5 avr. 2006, aff. T-279/02, *Degussa*, CCC 2006, comm. 109 et nos obs., *Europe* 2006, comm. 192, obs. L. Idot.

2. TPICE 30 avr. 2009, aff. T-13/03, *Nintendo et Nintendo of Europe*, pt 130 ; Paris, 19 janv. 2010, n° 2009/00334, *SAS AMD Sud-Ouest*.

3. D. Bosco, « Ombres et lumières du traitement de la récidive par le droit des pratiques anticoncurrentielles », *Concurrences* n° 4-2010, p. 13.

4. TPICE 13 juill. 2011, *ThyssenKrupp*, T-144/97.

5. La récidive est définie comme une infraction identique ou similaire constatée par la Commission ou une autorité nationale de concurrence. La logique du réseau prévaut ; pour une application : CJCE 8 févr. 2007, aff. C-3/06, *Danone*, CCC 2007, comm. 98, obs. G. Decocq ; les difficultés relatives à la récidive sont liées à : 1° temps écoulé entre les différentes infractions ; 2° notion de pratique similaire ; 3° identité de l'auteur de l'infraction dans les groupes de sociétés.

aux conditions du marché¹. Toutefois, l'amende peut être réduite au titre de circonstances exceptionnelles, en tenant en considération l'absence de capacité contributive lorsque l'amende est de nature à mettre irrémédiablement en danger sa viabilité économique et conduit à priver ses actifs de toute valeur² – afin d'éviter que l'amende prononcée mette irrémédiablement en danger la viabilité économique de l'entreprise. La preuve de la réalité des difficultés rencontrées doit être rapportée par l'entreprise.

Mais il ne suffit pas de faire état de difficultés rencontrées par un secteur³ ; par ailleurs, une situation financière simplement défavorable ou déficitaire ne suffit pas⁴.

616. Infraction complexe (sur la notion, v. ss 430). L'entreprise peut être tenue responsable de l'ensemble des comportements adoptés par le cartel, même si elle n'a pas participé à l'ensemble des éléments infractionnels dès lors qu'il est établi que l'entreprise entendait contribuer, par son propre comportement aux objectifs communs poursuivis par l'ensemble des participants et avait connaissance des comportements infractionnels envisagés ou mis en œuvre. À défaut d'une telle preuve, elle ne peut se voir imputer que les comportements auxquels elle a directement participé⁵.

617. Spécificité française, le dommage à l'économie. Le dommage à l'économie est une notion insaisissable, car il repose sur un faisceau d'indices⁶ : durée de la pratique, dimension et nature du marché affecté, importance et notoriété des entreprises parties à l'entente, caractère général, systématique et organisé des pratiques en cause, les caractéristiques du marché, surcoût pour le consommateur, etc.

Le dommage à l'économie n'est pas fonction du préjudice réellement subi par l'entreprise ou la collectivité. Néanmoins, une attention particulière leur sera parfois accordée, en tenant compte de la jeunesse des victimes consommateurs, ou du nombre important des victimes (par ex. en cas d'entente en matière bancaire susceptible de toucher l'ensemble des emprunteurs-consommateurs dissuadés de renégocier les conditions de prêt).

Le dommage à l'économie ne se limite pas à la seule atteinte au surplus économique des consommateurs. Il doit porter sur la perte de surplus subie par l'ensemble des opérateurs du marché, entreprises concurrentes, offreurs et demandeurs⁷.

La Cour de cassation exerce un contrôle sur la réalité du dommage à l'économie⁸, lequel ne peut être présumé en raison de la gravité de la pratique incriminée⁹.

1. TPICE 29 avr. 2004, aff. T-236/01, T-239/01, T-244/01 à T-246/01, T-251/01 et T-252/01, *Tokai Carbon e.a.*, *Rec. CJCE* 2004. II. 1181.

2. Trib. UE 19 mai 2010, aff. T-11/05, *Wieland-Werke e.a.*, pt 166 ; ADLC n° 11-D-07 du 24 févr. 2011.

3. Com. 29 mars 2011, pourvois n° 10-12913 et n° 10-13686 : « les éventuelles difficultés du secteur concerné par les pratiques ne figurent pas parmi les critères énumérés par l'article L. 464-2 du Code de commerce et que seules les difficultés rencontrées individuellement par les entreprises peuvent être prises en compte dans le calcul de la sanction ».

4. CJCE 29 juin 2006, aff. C-308/04 P, *SGL Carbon*, pt 105 ; Paris, 28 janv. 2009, n° 2008/00255, *EPSE JouéClub*.

5. CJCE 8 juill. 1999, *Anic*, aff. C-49/92, *Rec.* 4125 ; Trib. UE 14 mars 2013, *Fresh Del Monte Produce, Europe* 2013, comm. 217, obs. L. Idot ; CJUE 6 déc. 2012, C-441/11, *Verhuizingens Coppens, Europe* 2012, comm. 90, obs. L. Idot.

6. Par ex. : Com. 1^{er} déc. 1998, *CCC* 1999, comm. 41, et nos obs.

7. Paris, 26 janv. 2010, *CCC* 2010, comm. 80, obs. G. Decocq.

8. Com. 7 avr. 2010, *Téléphonie mobile*, *CCC* 2010, comm. 164, obs. G. Decocq, *JCP E* 2010. 1505 : cassation de l'arrêt qui, au titre du dommage à l'économie, n'a pas tenu compte de la sensibilité de la demande au prix.

9. Com. 7 avr. 2010, *Sté Orange*, *CCC* 2010, comm. 164, obs. G. Decocq et Com. 30 mai 2012, *Sté Orange* : le dommage à l'économie ne peut être présumé ; il doit être mesuré en tenant compte de la

618. Appartenance à un groupe et imputabilité du comportement anticoncurrentiel (v. ss 143 s.).

619. *Appartenance à un groupe et majoration de la sanction imputée à la filiale*¹ : *divergences interne et européenne*. L'appartenance à un groupe n'est pas indifférente dans l'évaluation de la sanction infligée par les autorités de concurrence, en cas de pratiques anticoncurrentielles. En effet, la situation financière et économique de l'entreprise sanctionnée ou du groupe auquel celle-ci appartient est un des critères retenus pour déterminer le montant de l'amende. Pour autant, des divergences existent entre droits interne et européen.

L'article L. 464-4 du Code de commerce prévoit qu'il est possible de majorer la sanction en raison de l'appartenance à un groupe². À cet égard, il importe peu que la pratique ne soit pas imputée à la société mère³. La majoration peut être importante avec une aggravation allant parfois jusqu'à 50 % du montant de base de la sanction. Cette majoration satisfait aux règles de proportionnalité et d'individualisation de la sanction. Il est juste qu'une entreprise soit plus lourdement sanctionnée si elle appartient à un groupe économiquement et financièrement puissant. L'Autorité de la concurrence s'attache à détailler les caractéristiques du groupe la conduisant à majorer la sanction de la filiale : ils dépendent de la taille et les ressources financières du groupe, le caractère international du groupe, l'importance de son portefeuille de marques, la diversité de ses activités...

Le droit européen tient aussi compte de l'appartenance au groupe comme possible facteur de majoration de l'amende. En revanche, les autorités européennes ne prennent en considération l'appartenance à un groupe que lorsque le comportement peut être imputé à la société-mère⁴. Si la filiale et la mère ne constituent pas une unité économique unique, les autorités européennes n'appliquent pas de coefficient multiplicateur.

620. *Appartenance à un groupe et récidive*. Peut-on retenir la récidive contre une société d'un groupe, au motif qu'une autre société du même groupe a déjà été condamnée pour une entente dans le même secteur économique, sur le même marché ? La question oppose une analyse juridique, avec l'autonomie de la personnalité juridique, et une analyse concurrentielle, économique qui appréhende l'unité économique. Pour autant, la jurisprudence affirme que la simple appartenance à un groupe n'est pas une condition suffisante pour que des sociétés d'un même groupe puissent se voir sanctionnées au titre de la récidive en raison des pratiques mises en œuvre par le passé par certaines d'autres filiales⁵.

sensibilité de la demande au prix mais pas nécessairement quantifié. Revirement de jurisprudence (Com. 10 janv. 1995, *RJDA* 1995, n° 596 : « le dommage à l'économie est présumé par la loi dès lors que l'existence d'une entente est établie »).

1. L. Tolot, « Le prix de l'appartenance à un groupe en cas de sanction de la filiale », *RLC* 2013. 36.

2. Par ex. : ADLC n° 13-D-12 du 28 mai 2013, relative à des *pratiques mises en œuvre dans le secteur de la commercialisation de commodités chimiques*, pts 971, 975, 1113.

3. ADLC n° 10-D-39 du 22 déc. 2010, *Pratiques mises en œuvre dans le secteur de la signalisation routière vertical*, pt 433 : l'absence d'imputabilité d'une pratique d'une entreprise à sa maison mère « ne fait pas obstacle à ce que l'Autorité tienne compte du fait que l'entreprise à laquelle elle impute l'infraction appartient à une entreprise de petite taille ou jouissant, au contraire, d'un périmètre d'activité et d'une puissance financière significatifs, voire considérables » ; approuvé par Paris, 29 mars 2012, n° RG 2011/01228.

4. Trib. UE 8 mars 2011, aff. T-37/05, *World Wide Tobacco Espana SA*, pt 112.

5. Trib. UE 13 juill. 2011, aff. jtes T-144/07, T-147/07, T-148/07, T-149/07, T-150/07 et T-154/07, *ThyssenKrupp Liften Ascenseurs*, *RLDA* 2011/63, n° 3603, obs. C. Mathonnière.

621. *Astreintes et sursis à exécution.* La Commission comme l'Autorité de la concurrence peuvent infliger des astreintes (art. 24, § 1, Règl. 1/2003 ; C. com., art. L. 464-2).

Les décisions de la Commission européenne ou de l'Autorité de la concurrence n'ont immédiatement exécutoires et les recours contre ces décisions n'ont pas d'effet suspensif. Toutefois, si la décision est susceptible d'entraîner des conséquences manifestement excessives, le juge européen peut ordonner le sursis à exécution d'une décision faisant l'objet d'un recours (art. 278, TFUE). Il en est de même en droit interne en présence de risques de conséquences manifestement excessives ou de faits nouveaux d'une exceptionnelle gravité (C. com., art. 464-8).

La Cour de cassation a décidé, compte-tenu des circonstances de l'espèce, il peut être tenu compte de l'appartenance à un groupe de sociétés, même si la sanction pécuniaire ne frappe que la filiale et non la mère¹. Les circonstances peuvent résulter de l'existence de comptes consolidés entre filiale et mère et d'une possibilité de soutien des sociétés mère et holding à la filiale sanctionnée. Les filiales étaient condamnées sur le fondement des articles 101 et 102 TFUE. On s'interroge sur une éventuelle transposition de la solution en cas d'application du droit interne de la concurrence.

Le président de l'Autorité de la concurrence est recevable à former un pourvoi en cassation contre une décision statuant sur une demande de sursis à exécution formée contre une décision de l'Autorité².

2° Injonctions

622. Droits interne et européen accordent aux autorités de concurrence un pouvoir d'injonction pour mettre fin aux pratiques anticoncurrentielles (C. com., art. L. 464-2-I ; art. 7, Règl. n° 1/2003). Ces injonctions sont complémentaires aux sanctions pécuniaires ou peuvent être ordonnées à titre exclusif.

L'efficacité des injonctions est assurée par des sanctions pécuniaires en cas de non-respect et à la possibilité de prononcer des astreintes (5 % du chiffre d'affaires journalier moyen réalisé au cours du dernier exercice précédent par jour de retard en droits interne et européen).

Les injonctions peuvent être plus lourdes de conséquence qu'une sanction pécuniaire.

a) *Droit européen*

623. *Mesure comportementale.* L'article 7 du Règlement n° 1/2003 prévoit que la Commission peut, à titre d'injonction, imposer une « mesure corrective de nature comportementale ». Elle peut ainsi obliger l'entreprise à modifier son comportement, ou encore à renoncer à un comportement anticoncurrentiel en l'obligeant à un comportement positif, telle une obligation de livraison.

Néanmoins, l'injonction doit être adaptée, nécessaire et proportionnée. Par exemple, en cas de refus abusif d'approvisionnement, les autorités de contrôle peuvent ordonner au fabricant de cesser son refus de vente et peuvent ordonner un approvisionnement. Mais l'approvisionnement ne peut être ordonné pour une durée indéterminée. Il est limité à la durée nécessaire à la réorganisation du contractant.

1. Com. 22 oct. 2013, deux arrêts, cité par *lettre Creda*, 23 oct. 2013 ; Com. 20 mars 2012, *Bull. civ. IV*, n° 58.

2. Com. 22 oct. 2013, deux arrêts, préc. ; Com. 20 mars 2012, ; CJUE 7 déc. 2010, *Vebic*, C-439/08.

Les autorités européennes de concurrence sont réticentes à admettre une injonction quand celle-ci a une incidence sur les tiers.

En outre, les autorités de concurrence n'ont pas le pouvoir d'ordonner la dissolution d'une société ou la nullité d'un contrat. Ce pouvoir relève des juridictions.

Les injonctions sont des mesures efficaces et dans une certaine mesure plus contraignantes que l'amende. L'entreprise se voit obligée à tel ou tel comportement. Microsoft, par exemple, a par exemple contesté très âprement les injonctions de ne plus lier la vente de son logiciel avec Windows et de communiquer des informations permettant l'interopérabilité entre les systèmes concurrents¹. Lorsque l'injonction porte sur des éléments d'une grande technicité, l'autorité de concurrence peut nommer un mandataire, expert technologique, qui assurera aussi un suivi des engagements, comme dans l'affaire *Microsoft*.

624. Mesure structurelle. L'article 7 du Règlement n° 1/2003 prévoit la possibilité d'adopter des mesures structurelles, telle une injonction de céder une partie des actifs. Cependant, à la différence du contrôle des concentrations, le recours à une mesure structurelle est ici l'exception. Elle ne peut être ordonnée que « s'il n'existe pas de mesure comportementale qui soit aussi efficace ». Elle est soumise à un principe de proportionnalité et de nécessité.

Il existe aussi des mesures intermédiaires entre les mesures comportementales et celles qui sont structurelles : les injonctions de modifier le contrat ou les statuts litigieux. Par précaution, ces mesures hybrides devraient être soumises au principe de proportionnalité et de nécessité.

b) Droit interne

625. Injonction comportementale. En droit interne, l'injonction est en principe de nature comportementale. Ce n'est qu'exceptionnellement qu'elle peut être de nature structurelle.

626. Injonction structurelle. L'article L. 430-9 du Code de commerce dispose que « l'Autorité de la concurrence peut, en cas d'exploitation abusive d'une position dominante ou d'un état de dépendance économique, enjoindre, par décision motivée, à l'entreprise ou au groupe d'entreprises (...) de l'Économie d'enjoindre, conjointement de modifier, de compléter ou de résilier, dans un délai déterminé, tous accords et tous actes par lesquels s'est réalisée la concentration de la puissance économique qui a permis les abus », même si ces actes ont fait l'objet d'une procédure sur le fondement des concentrations. À l'occasion d'une opération de concentration, l'Autorité de la concurrence peut, si elle constate un abus détachable de l'opération (par ex., un engagement de non-concurrence disproportionné entre sociétés mères et entreprise commune), faire jouer l'article L. 430-9 du Code de commerce et demander au ministre des Mesures structurelles. La mesure structurelle peut conduire à une « déconcentration » ou à un démantèlement de l'entreprise. Cette disposition a été appliquée pour la première fois en 2002 par le Conseil de la concurrence (devenu l'ADLC)².

1. CommUE du 6 mars 2013, *Microsoft*, D. 2013. 765 : amende de 561 millions d'euros à MS qui n'a pas respecté ses engagements consistant à proposer aux utilisateurs un écran multi-choix leur permettant de sélectionner facilement le navigateur web qu'ils souhaitent.

2. Cons. conc. 11 juill. 2002, *JCP E* 2003. Jurispr. 196, note P. Arhel.

Avec la loi LME du 4 août 2008, l'autorité peut enjoindre à une entreprise exploitant des magasins de détail de céder des actifs si est caractérisé un abus de position dominante et si les sanctions et autres injonctions éventuellement prononcées pour mettre fin à cet abus sont inefficaces (C. com., art. L. 752-26). L'injonction structurelle est encadrée et subsidiaire.

La loi Lurel sur l'outre-mer du 20 novembre 2012 a été plus loin en accordant un pouvoir d'injonction structurelle¹ en dehors de toute démonstration préalable d'un abus de position dominante et de l'échec des autres remèdes (C. com., art. L. 752-27). Il suffit de faire de « préoccupations de concurrence » du fait de prix ou de marges élevés en comparaison avec les prix habituellement pratiqués dans le secteur concerné. Il y a là un allègement du standard de la preuve critiquable car la mesure tenant en une injonction structurelle est grave. Les seules conditions posées par le texte sont doubles : 1° l'insuffisance des engagements proposés par l'entreprise et 2° la cession constitue le seul moyen de garantir une concurrence efficace.

Certes, limitée aux activités des magasins de détail détenant une position dominante sur l'outre-mer, cette possibilité pourrait s'étendre à la Métropole.

3° Mesures de publicité

627. La décision de l'Autorité de la concurrence peut être publiée, diffusée ou affichée (art. L. 464-2). Ces mesures sont soumises au principe de proportionnalité².

En droit européen, la Commission peut, à travers son pouvoir d'injonction, obliger les entreprises à informer ses partenaires des sanctions prononcées. Elle peut aussi obliger les entreprises à publier la décision de condamnation dans la mesure où une telle publication ne constitue pas une violation du secret des affaires.

4° Mesures provisoires

628. Le Règlement CE n° 1/2003 comporte une disposition consacrant la possibilité d'accorder des mesures provisoires (art. 8) : « dans les cas d'urgence justifiés par le fait qu'un préjudice grave et irréparable risque d'être causé à la concurrence, la Commission, agissant d'office, peut, par voie de décision et sur la base d'un constat *prima facie* d'infraction, ordonner des mesures provisoires ». Cet article consacre la jurisprudence antérieure. Des doutes sérieux permettent d'établir la vraisemblance de l'infraction³. La victime doit établir la preuve d'un préjudice grave et irréparable. De même, l'urgence n'est pas une condition autonome, car elle est « un aspect de la condition relative au risque d'un préjudice grave et irréparable »⁴. Sans que cette condition ne soit expressément mentionnée, il faut ajouter que les mesures accordées doivent être proportionnées, c'est-à-dire limitées à ce qui est strictement nécessaire.

En droit interne, l'article L. 464-1 du Code de commerce prévoit aussi des mesures conservatoires ou toute mesure qui paraît nécessaire. Doit être prouvée une « atteinte grave et immédiate à l'économie générale, à celle du secteur intéressé, à l'intérêt des

1. Étude collective, « L'injonction structurelle, un instrument hors norme », *Concurrences* n° 2-2013, p. 12 s. ; v. l'étude de M. Combert et S. Nasser El Dine-Pomar, CCC 2013, étude 4.

2. Paris, 12 déc. 2006, *Monnaie de Paris*, CCC 2007, comm. 49, et nos obs.

3. Paris, 4 juill. 2000, *RTD civ.* 2001. 140.

4. Com. 24 oct. 2000, *Bull. civ. IV*, n° 163, *RTD civ.* 2001. 140, obs. J. Mestre et Fages, CCC 2001, n° 7, et nos obs.

consommateurs ou à l'entreprise plaignante ». Les conditions sont donc plus exigeantes qu'en droit européen. Elles sont très rarement accordées, car il faut prouver que la pratique est susceptible de causer un dommage imminent, qu'elle est la cause directe du préjudice¹ et qu'elle a un impact sur la concurrence². En outre, la demande de mesures conservatoires n'est pas recevable lorsqu'elle fait référence à un marché pertinent dont la définition nécessite une instruction au fond³. Et enfin, l'article R. 464-1 du Code de commerce précise que la demande de mesures conservatoires ne peut être formée qu'« accessoirement » à une saisine au fond de l'Autorité de la concurrence.

Une entreprise condamnée à une mesure provisoire qui n'exécute pas peut être condamnée à une amende qui peut aller jusqu'à 5 % de son chiffre d'affaires.

Un recours contre la décision accordant ou refusant des mesures provisoires peut être formé devant le tribunal de l'UE ou la cour d'appel de Paris.

629. Divergence entre droits interne et européen. Les conditions posées par le droit interne sont plus exigeantes que celles requises par le droit européen. Cette divergence n'a pas été remise en cause par la Cour de cassation au nom du principe de l'autonomie procédurale. En effet, dans l'arrêt *Pharma Lab*, la Cour de cassation a censuré la cour d'appel de Paris qui avait appliqué les conditions posées par la jurisprudence européenne pour l'octroi de mesures conservatoires. La Cour de cassation réaffirme que les autorités nationales demeurent tenues, lorsqu'elles appliquent les articles 81 et 82 (devenus art. 101 et 102) de mettre en œuvre les règles de procédures nationales⁴. Cette solution confond règles de fond (conditions d'octroi de mesures conservatoires) et règles de procédure.

5° Procédures alternatives (négociées)

630. Des nouveaux instruments ont été mis en place dans les deux droits, inspirés pour une large part de techniques américaines. Elles transforment les autorités de concurrence en « régulateur » – ce qui n'est pas sans poser des difficultés avec la juridictionnalisation croissante des autorités de concurrence, soumises aux principes fondamentaux de la procédure.

Un auteur souligne l'inadaptation du principe de séparation entre l'instruction et le jugement, si l'entreprise qui négocie avec le rapporteur général n'est pas sûre de voir ses propositions entérinées par le Conseil (devenu l'Autorité de la concurrence)⁵.

Il est trois procédures : la clémence (a), la procédure de transaction (b) et les engagements (c).

1. Com. 29 janv. 2002, *D.* 2002. 1550.

2. Par ex. : Com. 16 févr. 2010, *France Telecom c/ Sté Orange*, *Europe* 2010, comm. 139 : cassation de l'arrêt d'appel qui n'a pas suffisamment examiné l'impact sur la concurrence de la convention d'exclusivité eu égard à la possibilité pour les concurrents de développer des offres de service et de téléphonie Internet à haut débit associés à des terminaux concurrents de celles proposées par Orange par l'i-Phone, et de ne pas avoir examiné la possibilité d'une exemption au titre de l'article 81, § 3 (devenu art. 101, § 1, TFUE) ou de l'article 420-4 du Code de commerce.

3. Com. 24 oct. 2000, préc. ; M.-E. Pancrazi-Tian, *La protection du lien contractuel*, PUAM, 1996, n° 268, p. 227.

4. Com. 14 déc. 2004, *Pharma-Lab c/ Pfizer et GlaxoSmithkline*, pourvoi n° 02-17.012 : « Vu l'article 10 du traité CE et l'article L. 470-6 du Code de commerce, dans sa rédaction en vigueur à l'époque des faits ; en statuant ainsi, alors que le principe de l'autonomie procédurale commande à l'autorité nationale de concurrence, qui applique les articles 81 ou 82 du traité CE de mettre en œuvre les règles de procédure interne, sauf si ce principe conduit à rendre impossible ou excessivement difficile l'application du droit communautaire de la concurrence, la cour d'appel a violé les textes susvisés ».

5. L. Vogel, « Du droit à la régulation de la concurrence : les programmes de clémence », *JCP E* 2005. 971.

a) La clémence

631. La clémence permet à une entreprise, partie à une entente, d'échapper à tout ou partie d'une sanction si elle dénonce ce comportement aux autorités de concurrence en apportant des informations précises. Elle facilite le travail des autorités et permet la détection d'ententes secrètes, mais elle repose sur la dénonciation – certes d'un comportement illicite. Elle peut être instrumentalisée en permettant à une entreprise d'entrer sur un marché en adhérant à une entente, et aussitôt de le dénoncer et échapper ainsi à toute sanction, tandis que ses partenaires étaient condamnées. La clémence est utilisée comme un cheval de Troie et facilite l'éviction de ses concurrents.

La clémence suscite une controverse importante¹.

Elle est inspirée des pratiques américaines, les « *leniency program* ». La Commission européenne a introduit une procédure comparable avec la clémence dès 1996, réformée à plusieurs reprises pour améliorer son efficacité. En France, la loi NRE de 2001 a consacré la clémence (C. com., art. L. 464-2-IV).

L'idée est de favoriser la détection des cartels en garantissant aux participants à l'entente qui coopèrent avec l'autorité de concurrence une réduction voire une immunité d'amende.

Les programmes se divisent en trois étapes² : demande, l'instruction de la demande par l'autorité de concurrence et avis de clémence.

632. *La prime à la dénonciation et la mesure de clémence du droit interne.* S'inspirant du système communautaire, la loi du 15 mai 2001 prévoit une exonération totale ou partielle des sanctions pécuniaires accordée à l'entreprise qui contribue à établir la réalité des faits en apportant des éléments inconnus aux autorités (C. com., art. L. 464-2-IV).

Cette mansuétude est proportionnée à la contribution apportée. La clémence ne bénéficie qu'aux entreprises et non aux dirigeants. Depuis octobre 2011, a été nommé au sein de l'Autorité de la concurrence un conseiller clémence qui a pour mission de participer aux auditions des entreprises, de conseiller les rapporteurs en charge d'un dossier de clémence et de coopérer avec les autres autorités de concurrence concernées par des demandes multiples.

Le Conseil (devenu l'Autorité de la concurrence) a publié plusieurs communiqués de procédure sur le programme de clémence français³ qui s'inspirent largement des communications européennes.

Dans un communiqué de procédure du 3 avril 2008, le Conseil (devenu l'ADLC) exclut d'appliquer cette procédure dans « les cas où, en tout état de cause, l'atteinte à l'ordre public économique impose le prononcé de sanctions pécuniaires, ce qui exclut notamment *a priori* les ententes particulièrement graves comme les cartels et certains abus de position dominante ayant déjà causé un dommage à l'économie ». De part et d'autre, cette procédure est entourée de secret : l'autorité s'engage à une stricte politique de confidentialité en vertu de laquelle il accepte, selon certaines modalités, de préserver

1. D. Brault, « Jusqu'ou augmenter la prime aux repentis ? », *RLC* n° 4/2005, p. 113 ; notre étude, « Ombres et lumières de la dénonciation de l'illicite », *CCC* 2009, repère 9 ; L. Idot, « Une question d'actualité en droit de la concurrence, les programmes de clémence et l'internationalisation », in *Mélanges J. Béguin*, Litec, 2005, p. 363.

2. V. « Comment gérer une demande de clémence », *Concurrences* n° 3-2012, p. 259 s.

3. Communiqué Cons. conc. 17 avr. 2007 relatif au programme de clémence français ; remplaçant le communiqué du 11 avril 2006.

l'identité du demandeur et d'aménager sa procédure pour garantir la protection des déclarations reçues, et de son côté, le demandeur à la clémence doit garder le secret pour ne pas nuire à l'enquête.

Si l'Autorité de la concurrence ne dispose pas d'informations sur les pratiques révélées, l'exonération totale est accordée à l'entreprise qui fournit des « informations et preuves de l'existence d'une entente » permettant de diligenter une enquête. Si elle dispose déjà d'informations, l'exonération totale peut aussi être accordée dans le cas où l'entreprise fournit « des éléments de preuve qui, de l'avis de l'Autorité sont suffisants pour établir une pratique anticoncurrentielle ».

Une exonération partielle peut bénéficier à l'entreprise qui fournit des éléments de preuve apportant une « valeur ajoutée significative par rapport aux éléments de preuve » dont l'Autorité de la concurrence ou l'administration dispose déjà. Le taux de réduction dépend du rang d'arrivée de l'entreprise. C'est le prix de la course !

Dans les deux cas, exonération totale ou partielle, l'entreprise doit apporter une « coopération totale, permanente et rapide tout au long de la procédure d'enquête et d'instruction », doit mettre fin aux pratiques dénoncées « sans délai et au plus tard à compter de la notification de l'avis de clémence », doit ne pas avoir contraint d'autres entreprises à participer à l'infraction, et ne pas avoir informé les autres entreprises susceptibles d'être mises en cause : l'opacité est la règle.

633. La clémence du droit européen. Le programme de clémence a été introduit en 1996, puis réformé en 2002 ¹, puis en 2006 ². Le réseau européen de concurrence propose un « programme-modèle » de clémence élaboré le 29 septembre 2006, révisé le 31 octobre 2012. Ces réformes multiples démontrent la sensibilité du sujet.

Le programme européen de clémence est destiné aux ententes horizontales secrètes et non aux restrictions verticales, en général moins nocives. De même, sont exclus les abus de position dominante. Pour bénéficier de la clémence, il faut que : 1° l'entreprise repentie cesse sa participation à l'entente, sauf pour ce qui raisonnablement est nécessaire à la préservation de l'intégrité des inspections (pt 12, b) ; 2° elle doit coopérer avec l'autorité de contrôle ; elle ne doit pas avoir préalablement à la demande de clémence détruit de preuve intéressant la clémence. On relèvera que les déclarations orales sont autorisées « dans tous les cas où cette procédure paraît justifiée et proportionnée ». Cette mesure permet de limiter les risques d'une action civile en dommages-intérêts ; 3° être la première à fournir des renseignements pertinents à la Commission.

Une immunité totale est accordée à l'entreprise qui, la première, apporte à la commission des preuves suffisantes pour effectuer une enquête ou pour constater une infraction. Une réduction d'amendes peut être accordée à des entreprises qui fournissent des preuves de l'entente d'une « valeur ajoutée » par rapport à celles déjà recueillies par la Commission, à condition qu'elles mettent fin à l'entente. La rédaction est complexe. Que signifie « valeur ajoutée des preuves fournies » ?

En bref, l'entreprise qui a violé le droit des pratiques anticoncurrentielles se voit accorder un avantage (diminution ou exonération de la sanction), au détriment de ses concurrents, au nom de l'intérêt supérieur de la répression des ententes. L'efficacité l'emporte sur la justice...

1. Communication n° 2002/C45/03 (JOCE n° C-45 du 19 févr. 2002).

2. Comm. CE, communication n° 2006/C 298/11 du 8 déc. 2006 sur l'immunité d'amendes et la réduction de leur montant dans les affaires portant sur des ententes (JOUE n° C-298, p. 17).

634. Clémence et concurrents. Les concurrents cartellistes ne peuvent contester une décision qui accorde le bénéfice de la clémence à un opérateur, même si une entreprise concurrente démontre que le bénéfice de l'immunité a été accordé à tort¹.

635. Clémence et non-contestation des griefs. L'Autorité de la concurrence peut appliquer pour une même entreprise les procédures de clémence et de non contestation des griefs², car ces deux procédures poursuivent des objectifs distincts : la clémence permet de révéler une infraction en contrepartie d'une exonération de sanction ; la non-contestation des griefs permet d'accélérer le travail d'instruction. Les deux procédures peuvent être conjuguées si « les gains procéduraux d'un tel cumul sont suffisants ».

636. Clémence et action en dommages-intérêts (private enforcement). Tant en droit interne qu'en droit européen, l'entreprise qui a bénéficié d'une mesure de clémence ne peut s'en prévaloir en cas d'action en responsabilité engagée contre elle. C'est pourquoi, lors d'une demande de clémence, la confidentialité des déclarations des contrevenants (assurée par le développement d'entretiens oraux de préférence à des écrits) est-elle favorisée pour que les déclarations faites ne nuisent pas aux intéressés devant une juridiction nationale.

637. Procédure américaine. Les juristes français sont hostiles à la procédure américaine de *discovery order*³ qui oblige une entreprise poursuivie à communiquer tous les documents en sa possession de nature à établir l'existence d'une pratique anticoncurrentielle. De même, l'introduction d'une peine punitive (dommages-intérêts doubles ou triples) est-elle controversée, car elle est susceptible de nuire à l'efficacité des programmes de clémence – les entreprises n'osant dénoncer devant les autorités de concurrence les cartels de peur de se voir condamner sur le plan civil à des dommages-intérêts triples. C'est pourquoi, en 2004, le droit américain a renoncé aux dommages-intérêts triples⁴. Lorsqu'un accord de clémence a été négocié avec le *Department of justice*, le bénéficiaire de la clémence n'encourt que des dommages-intérêts simples correspondant au préjudice subi. Mais rien n'est prévu pour les demandeurs de clémence devant d'autres juridictions.

638. Clémence et action pénale. L'Autorité de la concurrence s'est engagée à ne pas transmettre le dossier au ministère public comme l'y invite l'article L. 420-6 du Code de commerce, pour ne pas nuire à l'efficacité des programmes de clémence⁵. Il est vrai que la disposition précitée suppose que l'auteur de la pratique anticoncurrentielle ait été l'instigateur et ait exercé des menaces sur ses concurrents pour adhérer au cartel. Or, ce sont les cas pour lesquels la clémence n'est pas accordée.

1. TPICE, Ord., 25 févr. 2003, aff. T-15/02, *BASF*, *Rec.* 213 ; TPICE 15 mars 2006, aff. T-15/02, *BASF* : « la décision, bien que rédigée sous la forme d'une seule décision, doit s'analyser comme un faisceau de décisions individuelles constatant à l'égard de chacune des entreprises destinataires la ou les infractions retenues à sa charge et lui infligeant, le cas échéant, une ou plusieurs amendes » (pt 31). Même si le TPICE modifiait l'amende infligée à la seconde entreprise en rang, la décision n'aurait aucune influence sur le sort de l'entreprise bénéficiant d'une immunité.

2. Par ex. : ADLC n° 13-D-12 du 28 mai 2013, *Produits chimiques*.

3. *Sct. 34 des federal Rules of civil procedure* : les documents qui ne font pas partie de la préparation du procès peuvent être communiqués à l'autre partie si elle en formule la demande de façon suffisamment précise.

4. S. Yon, « Politique de concurrence. Ratification par le Congrès de la réforme civile et pénale antitrust », *Concurrences* n° 1-2004, p. 104.

5. Point 48 du Communiqué de procédure du 2 mars 2009 relatif au programme de clémence français.

b) Transaction

La transaction permet d'accélérer la procédure lorsque les parties reconnaissent leur infraction. Elle a été introduite par le Règlement n° 662/2008 du 30 juin 2008¹ (i). Cette procédure accélérée prend la forme, en droit interne, d'une non-contestation des griefs (ii).

(i) Transaction en droit européen

639. La transaction est consacrée par le Règlement du 30 juin 2008. La procédure est entre les mains de la Commission qui est juge de l'opportunité de proposer aux parties une transaction. Cette procédure permet à une entreprise de bénéficier d'une réduction d'amende si elle reconnaît sa participation à une pratique anticoncurrentielle et accepte cette procédure accélérée. À la différence du système français, il n'y a pas de concession réciproque et donc pas de négociation sur l'existence de l'infraction et sur le montant de l'amende. À l'issue de la procédure, la Commission fixe, en effet, l'amende et le degré de coopération de l'entreprise. En récompense, l'entreprise peut bénéficier d'une réduction de l'amende de 10 %.

Comme pour la clémence, la procédure ne peut être diligentée que pour les ententes injustifiables et non pour les ententes verticales ou abus de position dominante. Un cumul est possible avec la procédure de clémence.

(ii) Procédure de non-contestation des griefs du droit interne

640. Cette procédure a été introduite par la loi NRE du 15 mai 2001 (C. com., art. L. 464-2-III). Elle est complétée par un communiqué de procédure de l'Autorité du 10 février 2012. Elle est assez différente de la procédure européenne de transaction.

641. Bonne volonté des entreprises et procédure de transaction. Les entreprises qui ne contestent pas la réalité des griefs et qui s'engagent à modifier leurs comportements peuvent obtenir une réduction de moitié de la sanction (C. com., art. L. 464-2-III). La seule non-contestation des griefs peut conduire à une réduction limitée à 10 % de la sanction éventuellement encourue. Cette procédure tend à éviter les lenteurs de la procédure en dispensant l'ADLC d'établir un rapport si toutes les parties à la transaction acquiescent.

L'entreprise ne doit pas contester ni la réalité des griefs formulés contre elles ni la qualification retenue au regard du droit interne et/ou droit européen ni l'imputabilité des griefs et 2° doit proposer des engagements. En revanche, il est possible de discuter de la gravité de la pratique, du dommage à l'économie et contester le montant de la sanction².

Le rapporteur général joue un rôle central dans la procédure. Il négocie avec l'entreprise les conditions de la transaction. Celle-ci est libre ou non d'accepter.

Il n'y a pas d'indivisibilité des griefs. En conséquence, une entreprise pourra renoncer à contester seulement certains griefs et se défendre sur d'autres.

Les engagements de nature comportementale proposés par l'entreprise peuvent consister en engagements de faire (ex modification des conditions générales de vente...) ou de ne pas faire (ne plus échanger d'informations...).

1. JOUE n° L-17 du 1^{er} juill. 2008 ; v. la communication qui explicite la procédure (JOUE n° C-167 du 2 juill. 2008).

2. Par ex. : Paris, 21 sept. 2004, *Calculatrices à usages scolaires*, RLC n° 1, p. 94, note B. Cheynel. ; RDLC n° 1-2004, p. 89, note M. Amsselem, RTD com. 2005-1, p. 68, note E. Claudel.

Le rapporteur général propose à l'Autorité de la concurrence un taux de réduction de l'amende, mais cette proposition ne lie pas l'Autorité¹.

642. Non-contestation des griefs et tiers à la procédure. L'Autorité a considéré, dans son rapport d'activité de 2005, que la non-contestation n'est ni un aveu ni une reconnaissance de culpabilité. Cette non-contestation ne pourra donc être utilisée, au cours de la procédure, contre des tiers à la procédure.

643. Procédure simplifiée et non-contestation des griefs. Il est aussi une autre technique pour accélérer la procédure : celle de la procédure simplifiée régie par l'article L. 463-3 du Code de commerce, qui dispense le Conseil de la concurrence d'établir un rapport. La procédure simplifiée relève du pouvoir discrétionnaire du président du Conseil. Elle est généralement réservée aux affaires les plus simples, c'est-à-dire à celle dont les enjeux sont limités, ou les faits simples ou lorsque la jurisprudence est bien établie. La sanction est alors plafonnée à 750 000 euros (art. L. 464-5). Un avis de la Cour de cassation admet qu'il est possible de mettre en œuvre cumulativement, dans la même affaire, la procédure simplifiée de l'article 463-3 et la procédure de transaction (art. 464-2-III)².

644. Le droit anglais connaît une procédure de transaction, « le *settlement* ». Des mesures originales peuvent être prises : par exemple, de prestigieux collèges anglais, poursuivis pour entente, ont, au terme d'une transaction, accepté de verser une somme de trois millions de Livres à un trust au bénéfice des élèves victimes de leurs pratiques³.

c) Procédure d'engagements

645. La procédure d'engagements⁴ est consacrée en droit interne par l'ordonnance du 4 novembre 2004 (C. com., art. L. 464-2-I) et en droit européen par l'article 9 du Règlement n° 1/2003 du 16 décembre 2002 (art. 9, § 1). Elle est inspirée de la pratique américaine des *consent decrees*. Elle est connue du contrôle des concentrations.

Elle constitue une véritable alternative aux sanctions, car les autorités de concurrence ne prennent pas position sur la qualification des comportements au regard des règles de concurrence et ne prononcent aucune sanction. La procédure est antérieure à la notification des griefs⁵.

646. Une préoccupation de concurrence. À l'occasion de la saisine d'une autorité de concurrence, celle-ci peut renoncer à prononcer une sanction et décider d'ouvrir une procédure d'engagements. Elle fait une évaluation préliminaire des pratiques et si elle considère qu'il y a des préoccupations de concurrence sur le marché, elle en informe les entreprises. Celles-ci peuvent alors proposer des engagements, pour éviter toute poursuite de l'enquête et toute condamnation.

1. Com. 22 nov. 2005, pourvoi n° 04-19.102 : le Conseil n'est pas « lié par la proposition de réduction de la sanction émise par le rapporteur général ».

2. Avis n° 005-006 du 11 juill. 2005.

3. *Office of Fair Trading*, n° CA-98/05/2006, *Exchange and information and future fees by certain independent fee-paying schools*, 20 nov. 2006, *RLC* avr.-juin 2007, p. 11 s., note L. Donnedieu de Vabres.

4. E. Kipiani, *La procédure d'engagements en matière de pratiques anticoncurrentielles*, thèse ronéo, Angers, 2010.

5. Après la notification, seule est possible la procédure de non-contestation des griefs.

L'autorité de concurrence peut refuser les engagements lorsque les engagements sont insuffisants pour rétablir la concurrence.

De même, l'Autorité de la concurrence refuse d'appliquer cette procédure dans les hypothèses où l'atteinte à l'ordre public économique impose le prononcé de sanctions pécuniaires, quand le dommage à l'Économie est élevé ou lorsque la taille du marché est importante¹. Un engagement qui met fin à une infraction, c'est-à-dire qui se contente de respecter la loi, ne présente aucune valeur juridique².

En droit interne, les rapporteurs sont associés à la procédure dès la phase de négociation, afin de garantir aux entreprises une sécurité juridique. Il n'y a pas pour autant violation du principe de séparation entre l'instruction et le jugement³, car la procédure d'engagement ne donne lieu à aucune notification des griefs⁴ et aucun constat d'infraction.

La procédure et la décision d'acceptation d'engagements ne font référence qu'à des « préoccupations de concurrence ». La procédure ne se prononce pas sur le caractère prohibé de la pratique ou sur la culpabilité des entreprises. Elle n'est pas un acte d'accusation, mais les parties doivent, sous réserve du respect du secret des affaires, avoir accès à l'intégralité des documents sur lesquels s'est fondé le rapporteur⁵.

647. Nature des engagements. Les engagements peuvent être de nature comportementale (obligation de faire ou de ne pas faire : par ex. : modification des statuts, suppression d'une clause, contrat souscrit avec un tiers d'approvisionnement, engagement pris par l'entreprise d'inciter les salariés à dénoncer les infractions aux règles de concurrence⁶), quasi structurelle (par ex. : conclusion d'un accord de licence, accès à une facilité essentielle, modification substantielle des règles d'organisation ou de fonctionnement d'une entreprise⁷) ou structurels (par ex. : cessions de biens ou de droits, tels une cession d'actifs ou un désinvestissement dans une entreprise⁸).

Les engagements comportementaux sont privilégiés par rapport aux engagements structurels, à la différence du contrôle des concentrations. Le problème tient au suivi des engagements, afin de s'assurer que ces engagements sont respectés.

Aux côtés de ces engagements, peuvent exister des engagements accessoires (par ex. : engagements non contraignants relatifs aux prix ou désignation d'un mandataire chargé du suivi des engagements).

1. ADLC n° 12-D-04 du 23 janv. 2012 ; ADLC n° 12-D-17 du 5 juill. 2012 ; ADLC n° 12-D-22 du 22 nov. 2012, *Pages jaunes*.

2. ADLC n° 11-D-01 du 18 janv. 2011, *RLDA* 2011/58, n° 3335, obs. A. Lecourt.

3. La CEDH a exclu du champ d'application de l'article 6 de la CEDH les pouvoirs des autorités de concurrence qui visent essentiellement à prévenir les atteintes à la concurrence et à la restaurer et qui « appartiennent au champ de la régulation » dès lors qu'ils ne visent pas l'imposition de sanctions (CEDH 3 juin 2004, *Nestlé c/ Russie*, n° 69042/01).

4. La procédure débute par un acte préliminaire qui fait état de préoccupations de concurrence, distinct de la notification des griefs.

5. Com. 4 nov. 2008, *D.* 2008. 1683, note É. Chevrier ; v. communiqué de procédure du 2 mars 2009 de la DGCCRF relatif aux engagements ; S. Grandvilllemin, « La procédure d'engagements : état des lieux après le communiqué de procédure... », *JCP E* 2009. 1542.

6. Par ex. : on parle de procédure « d'alerte éthique » ou encore de *whistleblowing* ; pour une application, Cons. conc. n° 07-D-21 du 26 juin 2007, *Secteur de la location-entretien du linge*, *RLC* oct.-déc. 2007, p. 25, obs. V.S. ; V.-V. Redoux et J.-C. Roda, les « compliance programs » en droit de la concurrence, *CCC* 2007, étude 14.

7. Cons. conc. n° 05-D-12 du 17 mars 2005, *Europe* ; Cons. conc. n° 05-D-29 du 16 juin 2006, *Haras nationaux*.

8. L. Idot, « De quelques illustrations de la distinction entre le comportemental et le structurel », *Rev. contrats* juill. 2009, p. 1070 s.

648. Contrôle de proportionnalité. Ces engagements souscrits volontairement par les parties sont en réalité pris sous la pression d'une autorité de concurrence¹. Le principe de proportionnalité, en tant que principe général du droit, s'applique à la procédure d'engagements, mais l'appréciation du contrôle de proportionnalité est d'une autre nature que celui qui vaut pour les engagements pris sur le fondement de l'article 7 d du Règlement n° 1/2003. Il s'agit, en effet, non de mettre fin à une infraction (art. 7, Règl. n° 1/2003), mais à une préoccupation de concurrence. Cette solution a été affirmée dans l'arrêt *Alrosa* mettant en cause un accord d'approvisionnement exclusif liant un fournisseur russe à un diamantaire belge².

649. Engagements et pluralité de parties. Si la procédure d'engagements concerne plusieurs entreprises, elles doivent alors offrir conjointement des engagements rendus obligatoires pour toutes les entreprises. Si le comportement est unilatéral (abus de position dominante), seule l'entreprise poursuivie propose des engagements.

650. Engagements et tiers. La procédure d'engagements ne lie que la partie qui les souscrit. En conséquence, l'autorité de concurrence ne peut rendre obligatoire des engagements dont la réalisation serait conditionnée à l'accord ou l'action de tiers.

Si les engagements produisent des effets juridiques directs et immédiats sur la situation juridique d'une entreprise tierce, celle-ci est appelée à la procédure afin qu'elle puisse émettre des avis sur les engagements souscrits³.

Tout tiers affecté par l'engagement peut exercer un recours⁴. Les tiers bénéficient des principes d'impartialité, du contradictoire, et droit à être entendu. Mais ils ne peuvent participer à la négociation.

651. Décision d'acceptation des engagements. Les engagements sont proposés par les entreprises et acceptés par l'autorité de concurrence. En conséquence, en cas de non-exécution, l'entreprise peut être condamnée à des peines d'amende pouvant aller jusqu'à 10 % de son chiffre d'affaires⁵ ou le paiement d'astreinte (C. com., art. L. 464-3 ; art. 9, Règl. n° 1/2003). Toute la difficulté pour les autorités de concurrence est de procéder à ce suivi des engagements.

Si l'engagement est respecté, il paraît difficile de conclure ultérieurement en l'existence d'une entente, sauf si de nouveaux faits apparaissent⁶.

1. V.P. Kipiani, « Les engagements : vers un droit "négocié" en matière de pratiques anticoncurrentielles », CCC 2010, étude 13.

2. Un diamantaire s'était engagé à ne plus s'approvisionner exclusivement auprès d'un fournisseur belge. Au titre des engagements, le diamantaire belge s'est engagé à ne plus s'approvisionner auprès du fournisseur belge. Ce dernier a formé un recours en invoquant une atteinte au principe de proportionnalité – argument admis par le Trib. UE et censuré par la Cour de justice : CJUE, gde ch., 29 juin 2010, *Alrosa*, aff. C-441-09, *Europe* 2010, comm. 322, obs. L. Idot ; CCC 2010, comm. 234, obs. G. Decocq : les entreprises qui acceptent des engagements « acceptent sciemment que leurs concessions puissent aller au-delà de ce que la Commission elle-même pourrait leur imposer au titre de la procédure d'engagements de l'article 7 du Règlement n° 1/2003 ».

3. CJUE, gde ch., 29 juin 2010, *Alrosa*, C-441-07.

4. CJUE, gde ch., 29 juin 2010, *Alrosa*, préc.

5. Pour une application dans l'affaire *Microsoft* : Comm. UE du 6 mars 2013, *D.* 2013. 765 : amende de 561 millions d'euros à MS qui n'a pas respecté ses engagements consistant à proposer aux utilisateurs un écran multi-choix leur permettant de sélectionner facilement le navigateur web qu'ils souhaitent.

6. En ce sens, L. Idot, *ibid.*, n° 292.

6° Prescription

652. En droit européen, des règles minutieuses sont énoncées en l'article 25 du Règlement CE n° 1/2003. La prescription est de cinq ans s'il n'y a pas eu d'acte interruptif de prescription (soit des actes tendant à la recherche des faits, leur constatation et leur sanction). En tout état de cause, la prescription est acquise au-delà de dix ans à compter de la cessation de la pratique.

Les règles sont identiques en droit interne (C. com., art. L. 462-7), modifié par l'ordonnance du 4 novembre 2004.

Le point de départ de la prescription, pour des pratiques instantanées, se situe le lendemain du jour où l'acte a été accompli. Pour les pratiques continues, qui se poursuivent dans le temps, le délai de prescription ne commence à courir qu'à compter de la cessation de ces pratiques. La pratique est considérée comme continue « lorsque l'état délictueux se prolonge dans le temps par la réitération constante ou la persistance de la volonté coupable de l'auteur après l'acte initial. Il s'agit de pratiques caractérisées par la continuité de la volonté anti-concurrentielle sans qu'un acte matériel ait nécessairement à renouveler la manifestation dans le temps, de telle sorte que le calcul du point de départ de la prescription ne commencera qu'à compter de la cessation des pratiques »¹.

B. Sanctions civiles prononcées par les juridictions nationales²

653. Impulsion de l'Union européenne et de la Cour de justice. Dans les livres, vert de 2005³ et blanc⁴ de 2008, les autorités européennes souhaitent le développement du *private enforcement*. Une proposition de directive du 11 juin 2013⁵ vise à développer les actions en dommages et intérêts diligentées par les victimes de pratiques anticoncurrentielles. Seules de juridictions spécialisées peuvent connaître du contentieux des articles 101 et 102 TFUE et des articles L. 420-1 et 420-2 du Code de commerce (v. ss 60).

La jurisprudence de la Cour de justice a contribué au renforcement du « *private enforcement* », en faisant sauter les différents obstacles opposés à une action civile :

1° Principe d'effectivité et de primauté du droit européen

654. Arrêts *Courage et Manfredi*. Les conséquences civiles (nullité, dommages-intérêts) d'une pratique anticoncurrentielle relèvent de la compétence exclusive des juridictions nationales ; cependant, l'application d'une loi nationale ne doit pas porter atteinte à l'effectivité et au principe d'équivalence du droit européen.

Les grandes lignes du « *private enforcement* » ont été posées par la Cour de justice, dans les fameux arrêts *Courage et Manfredi*.

1. Cons. conc. n° 07-D-15 du 9 mai 2007.

2. V. R. Amaro, *Le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles. Étude des contentieux privés autonome et complémentaire devant les juridictions judiciaires*, préf. M. Béhar-Touchais, Bruylant, 2013 ; C. Lasserre, « Les sanctions civiles en droit de la concurrence », in *Mélanges M.-S. Payet*, Dalloz, 2012, p. 343.

3. Livre vert sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante (MEMO/05/489 du 20 déc. 2005).

4. Livre blanc sur les Dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires de concurrence, Bruxelles, 2 févr. 2008 COM (2008) 165 final.

5. Proposition de directive, COMP (2013) 404, 11 juin 2013, p. 3.

Dans l'arrêt *Courage*¹, la Cour de justice a écarté l'application de la loi britannique interdisant à une partie à une entente d'agir en responsabilité contre son co-contractant. Pour la Cour de justice, une partie à une entente doit pouvoir réclamer des dommages-intérêts à son co-contractant, sauf si elle porte une responsabilité significative dans la distorsion de concurrence. La nullité de l'article 101, § 1, est absolue et peut être invoquée même par une partie à l'entente. Chaque individu lésé, qui prouverait l'existence d'un lien de causalité entre le préjudice subi et les pratiques interdites par les articles 101 et 102 TFUE, a le droit de saisir le juge pour obtenir le rétablissement de la situation dans laquelle il se trouvait avant que les règles de concurrence ne soient méconues. La Cour admet cependant que cette partie peut voir son indemnisation limitée du fait de sa participation à une entente, car l'annulation du contrat pour contrariété au droit de la concurrence ne peut conduire à l'enrichissement du demandeur qui a participé à l'infraction.

Dans l'arrêt *Manfredi*², la Cour rappelle le principe d'équivalence qui interdit l'application de règles plus strictes. Ainsi, « la victime doit pouvoir demander réparation non seulement du dommage réel (pertes subies) mais également du manque à gagner (*lucrum cessans*) ».

En raison du principe d'autonomie procédurale, l'action en dommages-intérêts est soumise au droit procédural de chaque État. En conséquence, au regard du droit français, l'action est prescrite dans un délai de cinq ans à compter du « jour où le titulaire... a connu ou aurait dû connaître des faits lui permettant de l'exercer » (C. civ., art. 2224). Pour autant, l'arrêt *Manfredi* a rappelé le principe d'effectivité du droit européen. En conséquence, les règles nationales relatives à la prescription de l'action en dommages-intérêts ne doivent pas rendre pratiquement impossible ou excessivement impossible l'exercice du droit de demander réparation : une règle qui fait courir la prescription à compter du jour de mise en œuvre de l'entente et non à compter de sa découverte est contraire au principe d'effectivité.

2° La nullité d'un acte contrevenant au droit de la concurrence

655. Conséquences de la nullité³. Les Autorités de concurrence n'ont pas compétence pour prononcer la nullité d'accords contraires aux articles 101 ou 102 TFUE. Certes, aux termes de l'article 101, § 2, TFUE, les accords contrevenant au paragraphe 1 sont nuls de plein droit. De même, en droit interne, la nullité des pratiques anticoncurrentielles est prévue par l'article L. 420-3 du Code de commerce. Pour autant, les conséquences civiles relèvent de la compétence exclusive des juridictions étatiques (v. ss 59).

1. CJCE 20 sept. 2001, *Courage*, C-453/99 : « la pleine efficacité de l'article 81 du TCE [101 TFUE] et, en particulier, l'effet utile de l'interdiction énoncée à son paragraphe 1 seraient mis en cause si toute personne ne pouvait demander réparation du dommage qui lui aurait causé un contrat ou un comportement susceptible de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence ».

2. CJCE 13 juill. 2006, *Manfredi*, C-295/04.

3. E. Claudel, *Ententes anticoncurrentielles et droit des contrats*, thèse, Paris X, 1994 ; M. Chagny, *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, préf. J. Ghestin, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 2004 ; pour une synthèse, C. Lucas de Leyssac et G. Parléani, « L'atteinte à la concurrence, cause de nullité du contrat », in *Le contrat au début du XXI^e siècle. Mélanges J. Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 601 ; « L'empiètement du droit de la concurrence sur le droit des contrats », débat, *Revue des contrats* 2004, n° 3, p. 882 s., avec les interventions de C. Prieto, M. Chagny, M. Behar-Touchais et L. Idot.

L'annulation d'une convention anticoncurrentielle peut être prononcée même si tous les cocontractants n'y ont pas participé ou n'en ont pas eu connaissance : la nullité est absolue¹.

La nullité de l'accord est totale ou partielle si d'autres éléments de l'accord peuvent être séparables.

656. Exemples de contentieux de nullité. Le juge civil a ainsi annulé des clauses de restitution en nature de prêts de cuve à mazout stipulées dans des contrats liant pompistes de marque et compagnie pétrolière au motif qu'elles constituaient une entente anticoncurrentielle². Plus récemment, la cour d'appel de Paris a annulé des clauses de non-réaffiliation stipulées dans des contrats de franchise, analysées comme des restrictions de concurrence par objet³ (sur la clause de non-réaffiliation, v. ss 229), ou encore a annulé des clauses stipulées dans des contrats liant transporteurs aériens et agents de voyages de transport⁴. Des mécanismes sociétaires, conférant par exemple à la société franchiseur un contrôle sur un éventuel changement d enseigne de ses franchisés, sont susceptibles d'être annulés (v. ss 499).

3° Action en dommages-intérêts

657. Depuis l'arrêt *Courage*⁵, toute victime d'une pratique anticoncurrentielle doit pouvoir agir devant les juridictions nationales pour demander réparation de son préjudice. Même la Commission européenne peut saisir d'une action civile en réparation du préjudice causé à l'Union par une pratique anticoncurrentielle, ayant affecté certains marchés publics passés par différentes institutions et différents organes de l'UE⁶.

658. Les actions en dommages-intérêts pour violation du droit de la concurrence⁷ commencent à se développer. Ces actions peuvent être introduites à titre principal, indépendamment de toute action diligentée devant les autorités de concurrence. On parle alors de « *standalone action* ». Elles peuvent être introduites successivement, à titre complémentaire d'une procédure de « *public enforcement* » : on parle alors de « *follow-on action* ».

L'action de groupe faciliterait les actions des victimes. Fin 2013, elle est en discussion devant les Assemblées.

Mais le « *private enforcement* » – par opposition au « *public enforcement* » – se heurte à des questions de preuve.

659. Les actions en réparation autonomes (dites « *stand alone* ») et actions en réparation consécutives (dites « *follow on action* »). L'action en réparation peut être autonome, c'est-à-dire indépendante de toute condamnation préalable par une autorité de

1. Com. 24 oct. 2000, *Bull. civ. IV*, n° 163, *RTD civ.* 1001. 140, obs. Mestre et Fages, *CCC* 2001, n° 7, et nos obs.

2. Com. 18 févr. 1992, *Bull. civ. IV*, n° 78, *JCP* 1992. II. 21897, note M. Béhar-Touchais ; *D.* 1993. 57, note C. Hannoun : « les conventions, sous quelque forme et pour quelque cause que ce soit, ayant pour objet ou pouvant avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence, sont nulles ».

3. Paris, 6 mars 2013, *Segurel*, et Paris, 3 avr. 2013, *Diapar*, *RLC* 2013, note R. Amaro.

4. Paris, 14 déc. 2011, *Chadep*, *CCC* 2012. comm. 69, G. Decocq, *Europe* 2012, comm. 136, obs. L. Idot ; Com. 30 mai 2012, *JCP E* 2012. 1641, note B. Dondero, et *D.* 2012. 2717, note A. Constantin.

5. CJCE 20 sept. 2001, C-453-99.

6. CJUE, gde ch., 6 nov. 2012, C-199/11, *Europe* 2013, comm. 1, note D. Simon.

7. N. Dorandeu, *Le dommage concurrentiel*, PU Perpignan, 2000, préf. Y. Serra.

concurrence. Le juge peut accorder une réparation sous forme de dommages-intérêts ou peut accorder une réparation en nature. Il n'a pas alors le pouvoir d'ordonner la conclusion ou le renouvellement d'un contrat, pour mettre fin à un comportement anticoncurrentiel¹. Mais injonction peut aussi être prononcée de reprendre les relations commerciales avec son ancien partenaire, au moins pour une durée limitée².

L'action en réparation peut être consécutive à une condamnation prononcée par une autorité de concurrence.

660. Accès au dossier. La Commission européenne et l'Autorité de la concurrence souhaitent voir se développer de telles actions (v. ss 653). La question de la preuve est essentielle dans le cadre d'une action judiciaire pour obtenir réparation du préjudice concurrentiel. Mais elle se heurte à la protection des secrets d'affaires et au principe du secret de l'instruction (C. com., art. L. 463-3, qui interdit, sous peine de sanctions pénales la divulgation, même à un juge judiciaire, de pièces obtenues dans le cadre de la procédure devant l'autorité de concurrence).

Cependant, la jurisprudence admet que la divulgation puisse avoir lieu et l'accès au dossier autorisé si la divulgation est nécessaire à la protection des droits de la défense³. Lorsque les victimes n'ont pas été associées à la procédure, la loi Lurel du 20 novembre 2012 confirme cette solution (C. com., art. 462-3), sous réserve de dispositions spécifiques à la clémence.

De même, en droit européen, le Règlement n° 1049/2001 traite de l'accès du public aux documents des institutions européennes. Sur le fondement de ce Règlement, la jurisprudence européenne autorise l'accès au dossier⁴ mais admet qu'un refus justifié puisse être opposé⁵, notamment pour protéger le secret des affaires. Les pièces du dossier qui peuvent être communiquées sont celles détenues par la Commission européenne ou celles détenues par une autorité nationale de concurrence.

1. Com. 24 oct. 2000, *Bull. civ. IV*, n° 163, *RTD civ.* 2001. 140 s. ; M.-E. Pancrazi-Tian, *La protection du lien contractuel*, PUAM, 1996, n° 268, p. 227.

2. Par ex. : Com. 13 mai 1997, *D.* 1998. Somm. 339 : il ne peut être reproché à la cour d'appel d'avoir condamné le fournisseur à reprendre ses relations commerciales avec le revendeur au motif que la cour d'appel, qui constate la nullité, ne peut ordonner le renouvellement d'un contrat, alors que la cour n'a pas constaté la nullité du contrat mais seulement déclaré illicite la clause du chiffre d'achats minimum figurant dans les CGV.

3. Com. 19 janv. 2010, *Semavem*, pourvoi n° 08-19.761, *Bull. civ. IV*, n° 8 : « le principe du respect des droits de la défense ne justifie la divulgation, dans un procès civil, d'informations couvertes par le secret de l'instruction devant... l'ADLC, que si cette divulgation... est nécessaire à l'exercice de ces droits » ; T. com. Paris, 15^e ch., 16 mars 2012, RG 2011014911, *SAS Ma liste de courses*, CCC 2012, comm. 135, obs. D. Bosco : injonction est faite à l'ADLC de produire des pièces obtenues dans le cadre d'une procédure d'engagements au juge de l'indemnisation : « si l'article L. 463-6 du Code de commerce interdit la divulgation de pièces dont (le demandeur) n'a eu connaissance qu'à la suite de communications ou consultations auxquelles il a été procédé dans le cadre de l'instruction devant l'Autorité, les principes découlant tant de la jurisprudence communautaire (*sic*) que de l'arrêt *Semavem* précité autorisent (le demandeur) à la présente instance, à les produire dans la mesure où cette divulgation est nécessaire à l'exercice de ses droits » ; T. com., 15^e ch., 24 août 2011, CCC 2011, comm. 221, obs. D. Bosco.

4. Par ex. : Trib. UE 15 déc. 2011, *CDC*, T-437/08, *Concurrences* n° 1-2012, p. 184, obs. P. C., *Europe* 2012, comm. 86 ; L. Idot, CCC 2012, comm. 73 ; G. Decoq : au nom de la transparence, le juge européen estime que le Règlement n° 1049/2001, conçu pour des documents qui accompagnent l'adoption de textes à portée générale, s'applique aux dossiers des institutions de l'Union constitués dans le cadre de procédures individuelles (v. L. Idot, obs. *in RTDE* 2012. 460).

5. Par ex. : en matière de contrôle des concentrations (solution transposable aux pratiques anticoncurrentielles) : CJUE 28 juin 2012, *Odile Jacob et Agrofert*, 404/10 et 477/10.

661. Accès au dossier et procédure de clémence. Une difficulté supplémentaire à l'accès au dossier est liée aux programmes de clémence. La question est de savoir si les déclarations des demandeurs de clémence peuvent être communiquées à une partie victime d'une pratique anticoncurrentielle qui agit en dommages-intérêts devant une juridiction nationale. La communication des déclarations orales ou des documents est de nature à nuire à la clémence. L'arrêt *Pfleiderer*¹, à l'occasion d'un recours préjudiciel, a fait preuve de prudence en laissant le soin au juge national de trancher entre deux objectifs de l'Union jugés contradictoires, transparence ou protection des programmes de clémence. Le juge national doit apprécier au cas par cas. Un arrêt de la Cour de justice de 2013 a rappelé le droit d'accès des victimes d'une entente au dossier détenu par une autorité de concurrence et a déclaré contraire au principe d'effectivité du droit européen une loi qui subordonne ce droit d'accès au consentement de toutes les parties à la procédure, sans qu'aucune possibilité d'effectuer une mise en balance des intérêts en présence soit laissée aux juridictions nationales².

Le Réseau européen de concurrence (REC) a adopté une résolution visant à protéger les déclarations des demandeurs de clémence en cas d'actions en indemnisation consécutives (« *follow on action* ») devant les juges civils³.

En droit interne, l'article L. 462-3 du Code de commerce exclut de la communication les pièces du dossier de clémence. Mais des décisions judiciaires ont ordonné la communication de pièces détenues par l'Autorité de la concurrence dans le cadre d'une procédure d'engagements à une partie sur le fondement de l'article 11 et 138 du Code de procédure civile⁴.

662. Preuve de la faute. Le juge national n'est pas lié par une décision antérieure rendue par une autorité nationale de concurrence.

Pour autant, un comportement anticoncurrentiel, tel qu'analysé par une autorité nationale, n'est pas nécessairement constitutif d'une faute civile au sens des articles 1382 et 1383 du Code civil, surtout lorsqu'un comportement a été sanctionné par une autorité de concurrence au titre de l'effet cumulatif—concept contraire au principe de l'effet relatif des contrats. Il n'est donc pas automatiquement reconnu l'existence d'une faute civile à l'encontre d'une pratique sanctionnée préalablement par une autorité de concurrence. La solution est différente pour les décisions rendues par la Commission qui lient les juridictions (Règl. n° 2013, art. 16).

En pratique, le juge civil se considérera souvent comme lié par une éventuelle condamnation par une autorité de concurrence⁵. Mais, il n'en est pas toujours ainsi et il est des décisions qui persistent à rechercher la faute, malgré une condamnation par l'Autorité de la concurrence d'une pratique anticoncurrentielle⁶.

1. CJUE 14 juin 2011, *Pfleiderer*, C- 360/09, CCC 2011, comm. 198, RTDE 2012. 844, obs. J.-B. Blaise.

2. CJUE 6 juin 2013, aff. C-536/11, *Bundewettbewerbsbehörde*, CCC 2013, comm. 218, obs. G. Decocq.

3. *Protection of leniency material in the context of civil damages actions*, 23 mai 2012, *Concurrences* n° 3-2012, p. 184.

4. Par ex. : Com. 19 janv. 2010, *Semavem*, n° 08-19.761, *Bull. civ. IV*, n° 8, préc. : T. com. Paris, 15^e ch., 16 mars 2012, RG 2011014911, *SAS Ma liste de courses*, CCC 2012, comm. 135, obs. D. Bosco ; T. com. 15^e ch., 24 août 2011, CCC 2011 comm. 221, obs. D. Bosco.

5. Par ex. : Versailles, 24 juin 2004, *SA Vérimedia*, n° 02/07434, *Juris-Data* n° 2004-282578 : « une décision définitive du conseil de la concurrence... établit suffisamment que les comportements qu'elle a sanctionnés... constituent bien des fautes à l'égard de l'appelante ».

6. Com. 23 mars 2010, CCC 2010, comm. 131, obs. G. Decocq.

Pour faciliter l'action en réparation, la proposition de directive de juin 2013 sur les dommages-intérêts prévoit de reconnaître aux décisions définitives de l'Autorité de concurrence une « autorité de chose décidée », comme cela existe déjà en Allemagne. Serait ainsi admise une « unité des fautes civiles et concurrentielles »¹. Il est discuté de savoir si cette solution doit être limitée aux décisions d'interdiction ou s'étendre aux décisions de non-lieu et d'exemption. Et, enfin, on se demande si la décision de l'autorité de concurrence peut valoir non seulement pour la caractérisation de la faute, mais aussi pour le préjudice, le lien de causalité et la fixation des dommages-intérêts.

L'Autorité de la concurrence peut intervenir spontanément dans une procédure devant une juridiction au titre d'*amicus curiae*².

663. Quantification du préjudice subi par la victime. Cette quantification suppose de comparer la situation dans laquelle se trouve la victime (en terme de prix, qualité, choix) avec la situation qui aurait prévalu en l'absence de l'infraction³. Est appliqué le test contrefactuel (v. ss 460). Cela suppose un recours coûteux à des analyses économiques ;

664. La réparation du préjudice indirect : le *passing-on defence*. Une entreprise qui souffre de pratiques anticoncurrentielles – elle paye un prix excessif – aura tendance à transférer cette charge sur ses propres clients en augmentant ses prix – et ainsi de suite. On parle à ce sujet de *pass-on defence*. La véritable victime est le consommateur final. Faute d'un véritable préjudice, l'action en réparation intentée par une entreprise victime de la pratique sera rejetée. On comprend que cette notion soit discutée.

Il est des arrêts qui exigent du demandeur la preuve négative de l'absence de répercussion de ses surcoûts sur le consommateur⁴.

Cette notion de « *passing-of-defence* » figure dans la proposition de directive de juin 2013. Pour autant, la proposition facilite l'action des victimes indirectes (le consommateur) en introduisant une présomption réfragable selon laquelle, sous réserve de conditions, le surcoût payé par l'acheteur direct a été répercuté sur elles.

En Allemagne, la doctrine du *passing on* a été admise ; aux USA, elle est rejetée au plan fédéral mais certains États l'admettent⁵ : ainsi, des *class actions* ont été engagées, dans un certain nombre d'États, au nom des consommateurs, alors que l'entente litigieuse visait des ventes en gros (de vitamines) – à charge pour l'attorney général de répartir les dommages-intérêts à des associations charitables promouvant la santé et la nutrition⁶.

665. Les dommages-intérêts punitifs. Apparue en Angleterre, mais ayant un domaine limité, la théorie des dommages-intérêts punitifs s'est développée aux USA et l'un des domaines privilégiés est le droit de la concurrence avec les dommages-intérêts triple (*treble damages* : une victime de pratiques anticoncurrentielles peut obtenir à titre de dommages-intérêts trois fois le montant du dommage subi, auxquels s'ajoute le remboursement

1. D. Fasquelle et R. Méza, *Concurrences* n° 1-2006.

2. E. Claudel, « La procédure d'*amicus curiae*, bilan en demi teinte, de la pratique européenne et française », *Concurrences* n° 4-2012, p. 3 s.

3. Pour une application, Paris, 4^e ch., 18 mai 2004, n° 99PA1032 ; Paris, ch. 6, 26 juin 2007, n° 99PA1032.

4. Com. 15 juin 2010, CCC 2010, comm. 232 et nos obs. ; 15 mai 2012, *Lysine*, n° 11-18.495.

5. L. Vogel, « L'articulation entre le droit civil, le droit commercial et le droit de la concurrence », *Rev. conc. consom.* n° 115, mai-juin 2000.

6. Par ex. : cité par R. Saint-Esteben, « Pour ou contre les dommages-intérêts punitifs », *LPA* 20 janv. 2005, p. 52 s., spéc. p. 56.

du coût du procès, y compris les frais d'avocats). On relèvera qu'aux USA, les règles relatives aux *treble damages* ne sont pas intégrées dans la catégorie des *punitive damages*, car ils sont censés représenter le préjudice économique subi par la victime. Cependant, même aux USA, la notion est en déclin et a été réformée par une loi de 2004 qui supprime les dommages-intérêts triples si l'entreprise a demandé et obtenu la clémence devant les autorités de concurrence.

Les dommages-intérêts punitifs¹ sont destinés à inciter les victimes à agir et dénoncer les comportements anticoncurrentiels – ce qui renforce l'efficacité du droit de la concurrence. La victime se transforme ainsi en procureur privé – ce qui n'est pas son rôle. Un auteur² souligne le risque d'inflation du contentieux, avec l'appât du gain, surtout si, avec les « class action », la victime peut obtenir un remboursement de tous ses frais. Or, l'augmentation du contentieux peut être préjudiciable pour la collectivité (coûts ; engorgement des tribunaux pour un résultat aléatoire³). L'efficacité économique n'y trouve pas nécessairement son compte.

Il est vrai qu'à la différence des USA où 90 % du contentieux en matière de pratiques anticoncurrentielles est porté devant les juridictions (grâce notamment à la *class action*), en France, on évalue le contentieux à 10 %, les 90 % restant relevant du *public enforcement* avec saisine du Conseil de la concurrence. Les raisons de la faiblesse du *private enforcement* tiennent à la difficulté probatoire pour établir l'existence d'une pratique anticoncurrentielle et à la difficulté d'évaluer le préjudice.

Dans l'arrêt *Manfredi*, la question de dommages-intérêts punitifs est traitée avec prudence par la Cour⁴.

La proposition de directive du 11 juin 2013 sur les actions en dommages-intérêts ne prévoit pas l'octroi de dommages-intérêts punitifs.

Les dommages-intérêts punitifs, s'ils étaient accordés, ne pourraient se cumuler avec les sanctions prononcées par les autorités de concurrence au nom du principe *non bis in idem*⁵.

1. Colloque « Faut-il moraliser le droit français de la réparation du dommage », 21 mars 2002, *LPA* 20 nov. 2002, n° 232 ; « L'efficacité des sanctions pécuniaires », *Gaz. Pal.* 29-30 janv. 2003 ; l'avant-projet Catala prévoit que « l'auteur d'une faute manifestement délibérée, et notamment d'une faute lucrative, peut être condamné, outre les dommages-intérêts punitifs, dont le juge a la faculté de faire bénéficier pour une partie Trésor public » ; loi 29 oct. 2007 de lutte contre la contre-façon prévoit que le juge pourra, dans l'évaluation des dommages-intérêts, prendre en compte les « bénéfices réalisés par l'auteur de l'atteinte aux droits ».

2. R. Saint-Esteben, « Pour ou contre les dommages-intérêts punitifs », *LPA* 20 janv. 2005, p. 52 s., spéc. p. 60 ; P.J. Wills, « Should private antitrust enforcement be encouraged ? », *World competition*, vol. n° 3, sept. 2003, p. 473 s. ; *contra* : A. Clifford, « Private antitrust enforcement in Europe... », *World competition*, vol. 27, n° 1, 2004, p. 13 s.

3. Aux USA, dans les affaires qui vont jusqu'au jugement, le demandeur gagne dans moins de 30 % des cas – chiffre donné par R. Saint-Esteben, *préc.*

4. Pts 93 et 94 de l'arrêt *Manfredi* : « À cet égard, d'une part, conformément au principe de l'équivalence, des dommages-intérêts particuliers, tels que des dommages-intérêts exemplaires ou punitifs, doivent pouvoir être alloués dans le cadre des actions fondées sur les règles communautaires de concurrence, s'ils peuvent l'être dans le cadre d'actions semblables fondées sur le droit interne » (v., en ce sens, arrêt *Brasserie du pêcheur et Factortame*, *préc.*, pt 90). Toutefois, il est de jurisprudence constante que le droit communautaire ne fait pas obstacle à ce que les juridictions nationales veillent à ce que la protection des droits garantis par l'ordre juridique communautaire n'entraîne pas un enrichissement sans cause des ayants droit (v. notamment, arrêts du 4 oct. 1979, *Ireks-Arkady/Conseil et Commission*, 238/78, *Rec.* 2955, pt 14 ; du 21 sept. 2000, *Michailidis*, C-441/98 et C-442/98, *Rec.* I-7145, point 31, et *Courage et Crehan*, *préc.*, pt 30).

5. *High Court of justice of England*, 28 avr. 2008, *RLC 208/14*, n° 1026, obs. B. Cheynel et *JCP* 2008. I. 161, n° 10, obs. D. Lawnickra : le droit anglais autorise l'introduction d'une action civile en DI malgré

C. Sanctions pénales

666. Condamnation pénale¹. La responsabilité pénale de la personne physique ayant « frauduleusement pris une part personnelle et déterminante dans la conception, l'organisation ou la mise en œuvre d'ententes ou d'abus de position dominante ou de dépendance » peut aussi être engagée (C. com., art. L. 420-6). Une peine d'emprisonnement de quatre ans et à une amende de 75 000 euros est prévue. Peu de condamnations ont été prononcées, pour l'essentiel en cas de concertation à l'occasion de marchés publics ou privés² ; mais leur nombre s'accroît.

Depuis la loi du 9 mars 2004, les sanctions pénales prononcées contre des personnes physiques peuvent être étendues aux personnes morales (C. pén., art. 121-2). Il est cependant discuté³ de savoir si l'article L. 420-6 peut s'appliquer aux personnes morales. On doit penser que la règle spéciale de l'article L. 420-6 du Code de commerce, prévue uniquement à l'encotre de personne physique, l'emporte sur la règle générale de l'article 121-6 du Code pénal.

667. Un mouvement, inspiré des USA, se dessine en faveur d'une pénalisation du droit des pratiques anticoncurrentielles⁴. La doctrine française n'y semble pas favorable⁵, mais elle n'est pas unanime⁶. Le Parlement européen est favorable à une pénalisation des pratiques anticoncurrentielles⁷.

668. Procédure. L'Autorité de la concurrence peut transmettre le dossier au parquet (C. com., art. L. 462-6) et inversement, l'Autorité de la concurrence peut avoir accès au dossier pénal (C. com., art. 463-5). Avant la loi du 15 mai 2001, la prescription de l'action publique ne pouvait être interrompue que par la transmission du dossier au parquet par le Conseil de la concurrence ; compte tenu des délais de procédure devant l'ADLC, l'action pénale était généralement prescrite au moment de la transmission du dossier. Depuis la loi du 15 mai 2001, « les actes interruptifs de la prescription en application de l'article L. 462-7 sont également interruptifs de la prescription de l'action publique ».

Le ministère public ou les victimes peuvent aussi engager des poursuites pénales en l'absence de toute transmission du dossier par l'Autorité de la concurrence.

Le principe *non bis in idem* ne peut être invoqué, puisque le juge pénal sanctionne les personnes physiques et le Conseil les entreprises contrevenantes⁸.

le caractère non définitif de la condamnation devant une autorité de concurrence. Pour la *High Court*, au nom du principe *non bis in idem*, les décisions des condamnations émanant de la Commission répondent aux mêmes objectifs de dissuasion que les DI non compensatoires (DI punitifs) sollicités par les victimes dans une action en DI. Conformément à l'article 16 du Règlement n° 1/2003, les DI punitifs doivent être exclus dès lors que l'entreprise a fait l'objet d'une condamnation par une autorité de concurrence. Cela réduit la concurrence entre systèmes de droit prévoyant des DI punitifs et les autres l'excluant.

1. J.-B. Blaise, « La sanction pénale », *JCP E* 2013. 1170.

2. Une exception à propos d'une entente dans le domaine des transports de taxis ayant pour objet d'évincer des transporteurs occasionnels (TGI Grasse, 22 janv. 1999, *BID* n° 9, 1999).

3. J.-B. Blaise, « La sanction pénale », *JCP E* 2013. 1170, spéc. n° 8.

4. D.I. Bajer, « The use of Criminal law Remedies to deter and punish cartels and bid-rigging », *George Washington Law review*, 2001, 69, p. 693 ; W.P. J. Wils, *RLC* 2005. 139.

5. L. Vogel, « L'intérêt des sanctions civiles et pénales », *Gaz. Pal.* 26-28 janv. 2003, p. 120 ; A. Decocq, « En guise de synthèse », *CCC* déc. 2006. Chron. 30, spéc. n° 5 ; notre article, préc., *CCC* déc. 2006, dossier 24.

6. W. Wills, « La pénalisation du droit communautaire est-elle la solution ? » *RLC* 2005. 338.

7. Résolution sur la politique de concurrence, 2008, pts 42 s.

8. Paris, 23 janv. 1998, *Stés Projections et Traditions et perspectives (BOCC* 17 févr. 1998, p. 52).

Le bénéfice de la clémence prévu par l'article L. 464-2 ne peut profiter aux personnes assujetties à une condamnation fondée sur l'article 420-6.

669. Conditions. Les conditions de mise en œuvre de l'article L. 420-6 sont strictes. Un auteur a considéré que « tout a été fait pour que le texte porte en lui les germes de sa propre paralysie »¹. Il faut prouver : 1° une pratique anticoncurrentielle ; 2° une participation personnelle à l'infraction ; le simple fait d'être dirigeant d'une société membre de l'entente ne peut suffire² ; au contraire, un salarié de l'entreprise peut être incriminé³ ; 3° une participation déterminante – ce qui exclut « ceux qui se sont laissés entraîner avec d'autres » ; 4° une participation frauduleuse – notion dont la portée est controversée : la simple conscience du prévenu suffit-elle ? Les tribunaux sont partagés, certains se contentant de cette exigence⁴, tandis que d'autres, plus nombreux, sont plus rigoureux et exigent des manœuvres constituant en des comportements moralement répréhensibles, telle une contrainte, des menaces, des tromperies à l'encontre des autres cartellistes, côtoyant ainsi le faux, l'escroquerie ou la tromperie⁵.

Le fait pour un salarié, ou dirigeant⁶ de mettre en œuvre une pratique anticoncurrentielle peut donner lieu à des sanctions disciplinaires ou licenciement, le cas échéant sa responsabilité pénale (C. com., art. L. 420-65). Il est douteux qu'une action en responsabilité civile soit intentée par l'employeur contre son salarié, sauf s'il a commis une faute lourde.

1. Ph. Conte, préc., *Cah. dr. entr.* 2000, 21, spéc. n° 11.

2. T. corr. Nanterre, 9 avr. 1991, inédit, cité in *RTD com.* 2003, 83, obs. E. Claudel.

3. TGI Albertville, 23 oct. 2000, inédit, comm. *Act. conc. consom et répression des fraudes* mai 2001, p. 3 ; *contra* : TGI Chartres, 22 juin 2000, *BID* 2000, n° 9.

4. TGI Albertville, préc.

5. Crim. 16 mai 2001, *Bull. crim.*, n° 124, *RTD com.* 2003, 80 s., note E. Claudel.

6. Mounier-Kuhn et E. Diény, « Responsabilité des dirigeants et collaborateurs de l'entreprise dans le cadre des pratiques anticoncurrentielles : perspectives », *JCP E* 2008, 1232.

Égalité dans la concurrence et contrôle des aides d'État ¹

670. Un foisonnement de textes pour lutter contre les aides d'État, source de distorsion de concurrence. Le libéralisme économique peut fragiliser les économies nationales. Les États souhaitent de plus en plus aider leurs entreprises fragilisées par la crise. Ces aides sont souvent conçues comme des instruments de relance de la croissance. Le problème est que non seulement, elles pèsent sur le budget de l'État, et elles protègent des entreprises nationales. Pour contrecarrer cet interventionnisme de l'État, la Commission intervient de plus en plus pour contrôler ces aides. La Commission a multiplié les communications et guides, rendant le sujet toujours plus complexe à appréhender pour des autorités locales disposant rarement de l'expertise juridique nécessaire en la matière ².

Face à la tentation des États d'aider leurs entreprises nationales, la Commission et les juridictions européennes ne font preuve d'aucune tolérance. Bien au contraire ! Deux exemples parmi bien d'autres : une déclaration d'intention peut constituer un élément d'aide d'État quand bien même elle n'aurait pas directement pour contrepartie l'engagement de ressources d'État ³ (v. ss 685) ; et la jurisprudence est d'une telle sévérité à l'égard des établissements publics à caractère industriel ou commercial que l'on peut s'interroger sur leur devenir en droit français (v. ss 687).

671. La modernisation des règles dans un souci d'efficacité. La Commission a entrepris de moderniser les règles applicables aux aides d'État. L'objectif est de faciliter le contrôle des aides et d'adapter le régime des aides aux nouveaux marchés. Le Règlement n° 800-2008 du 6 août 2008 définit les règles générales de compatibilité des aides au regard du droit européen, tandis que le Règlement n° 733/2013 de juillet 2013 ⁴ introduit

1. J.-Y. Chérot, *Les aides d'État dans les Communautés européennes*, Economica, 1998 ; R. Kovar, « Les achats publics et l'interdiction des aides d'État », *Contrats et marchés publics* 2004, étude 8.

2. Rapport commission Bruxelles, le 7 mai 2013, COM (2013) 257 final, Rapport sur la politique de concurrence 2012.

3. Par ex. : CJUE, 19 mars 2013, aff. C-399/10 et C-401/10, *Bouygues Telecom e.a.* : la Commission découvre l'existence d'un « avantage » offert à France Telecom et la mobilisation de « ressources d'État » à son profit en se fondant sur des « apparences » et des « potentialités » ; pour la Commission, « (...) l'apparence donnée au marché de l'existence de cette avance est susceptible d'octroyer un avantage à FT, car le marché a considéré que la situation financière de FT était plus solide » ; dès lors, « (...) une charge potentielle supplémentaire sur les ressources d'État a été créée par l'annonce de la mise à disposition de l'avance d'actionnaire couplée avec la réalisation des conditions préalables à cette mise à disposition (...) » (pts 194 et 196).

4. Cons. UE, Règl. (UE) n° 733/2013, 22 juill. 2013 modifiant le Règlement (CE) n° 994/98 sur l'application des articles 92 et 93 du traité instituant la Communauté européenne (devenus art. 107 et 108 TFUE) à certaines catégories d'aides d'État horizontales (*JOUE* n° L-204 du 31 juill. 2013, p. 11).

de nouvelles catégories d'aides pouvant être exemptées – ces exemptions permettant de ne pas recourir à la procédure de notification, ce qui allège les formalités administratives et permet à la Commission de se concentrer sur les affaires les plus importantes. On peut citer, parmi ces nouvelles catégories, les aides à l'innovation, les aides en faveur de la culture, les aides destinées à remédier aux dommages causés par les calamités naturelles, etc.¹. La procédure a été simplifiée par le Règlement n° 734/2013 de juillet 2013². La Commission s'est engagée à réexaminer en particulier le Règlement général d'exemption par catégorie³.

672. Absence d'analyse concurrentielle. Pour autant, la définition de l'aide est très formaliste (rechercher l'origine des fonds). Est analysé le comportement de l'État mais non les effets de ce comportement sur la concurrence. Les autorités ne recherchent pas l'impact de l'aide sur la concurrence. Elles ne vérifient pas si l'entreprise ainsi gratifiée a adopté un comportement d'exclusion envers ses concurrents. Est sanctionnée une mesure de faveur au profit d'une entreprise et non un comportement anticoncurrentiel de l'entreprise ainsi favorisée.

673. Les bonnes et les mauvaises aides d'État. Toutes les aides d'État ne sont pas néfastes à la concurrence. Les aides appropriées renforcent le marché unique ; les aides inappropriées l'affaiblissent. Sont néfastes les aides qui n'offrent pas d'incitations réelles aux entreprises et évincent les investissements privés et maintiennent en vie des entreprises inefficaces et non viables (« aides inappropriées »).

L'article 107, § 1, TFUE pose une règle générale d'interdiction des aides d'État qui « faussent ou menacent de fausser le jeu de la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions ». Les § 2 et 3 prévoient des dérogations fondées sur la finalité de l'aide, tandis que l'article 108 établit les règles de procédure. Exemptions et procédures sont également assujetties aux règlements du 22 juillet 2013.

Il est des aides incompatibles avec le Marché européen (art. 107, § 1, TFUE) (Section 1) et des aides compatibles (Section 2). La procédure de contrôle des aides sera présentée (Section 3).

Section 1

Les aides incompatibles avec le marché européen (TFUE, art. 107, § 1)

Pour caractériser une aide d'État au sens de l'article 107 § 1 il faut une aide (§ 1) d'État ou au moyen de ressource d'État (§ 2) qui affecte le commerce entre États membres (§ 3).

1. Aides dans le domaine du sport, les aides en faveur de certaines infrastructures à haut débit, les aides en faveur d'autres infrastructures, les aides à finalité sociale destinées à promouvoir le transport vers des régions ultrapériphériques et les aides en faveur de certains aspects de l'agriculture, de la sylviculture et de la pêche. La Commission s'engage à adopter des règlements définissant les critères selon lesquels les aides relevant de ces catégories peuvent être exemptées de l'obligation de notification.

2. Cons. UE, règl. (UE) n° 734/2013, 22 juill. 2013 modifiant le Règlement (CE) n° 659/1999 portant modalités d'application de l'article 93 du traité CE (devenu art. 108 TFUE) (JOUE n° L-204 du 31 juill. 2013, p. 15).

3. Communiqué de presse IP/12/627 du 20 juin 2012.

§ 1. UNE AIDE

On peut parler d'aide dès lors qu'il y a un enrichissement (A) sans contrepartie (B).

A. Un enrichissement

L'enrichissement se définit comme une faveur (1°) accordée à une entreprise individualisée (2°).

1° Une faveur

674. La faveur à une entreprise peut prendre toute forme : une somme d'argent, la prise en charge de dépenses incombant normalement à l'entreprise (par l'exonération de charges sociales ou fiscales, ou la prise en charge d'un risque normalement supporté par l'entreprise en garantissant par exemple gratuitement un prêt, ou par la couverture de pertes d'exploitation). Cet enrichissement peut consister en un accroissement de l'actif ou une diminution du passif du bénéficiaire de l'aide.

Par exemple, ont été qualifiés d'aide d'État des garanties consenties sans contreparties, un prêt bonifié (consenti à un taux inférieur au taux du marché), des régimes fiscaux ou sociaux préférentiels ou dérogatoires, des prestations positives, telle une vente d'immeuble à un prix inférieur à sa valeur vénale ; une *taxe sur l'énergie remboursée aux seules entreprises productrices de biens corporels* est une mesure correspondant à la qualification d'aide¹ ; l'inaction de l'administration à exercer les voies de droit pour recouvrer l'impôt contre une entreprise, même en faillite², ou encore un financement public permettant de mettre en place la réduction du temps de travail et conduisant à un allègement des charges de l'entreprise³, une renonciation au remboursement de dettes⁴, un abandon par les pouvoirs publics d'une créance moyennant une dation en paiement d'actions ayant une valeur nulle⁵...

675. Lorsque l'entreprise est publique, la difficulté est grande, car l'État qui fait un apport en capital à l'entreprise publique agit comme un actionnaire ordinaire. Néanmoins, cette participation de l'État peut être anormale. Le critère est celui de l'investisseur privé.

676. *Exemples.* Les opérations de *defeasance* d'entreprises publiques constituent aussi une aide⁶. De même, les privatisations peuvent être l'occasion d'accorder une aide : par exemple, en sous-évaluant les titres vendus afin de rendre l'opération attractive pour les futurs acquéreurs – ce qui constitue un manque à gagner pour les finances publiques ; ou

1. CJCE 8 nov. 2001, *Adria-Wien Pipeline GmbH*, aff. C-143/99, CCC 2002, n° 50, obs. S. Poillot-Peruzzetto.

2. CJCE 12 oct. 2000, *Espagne*, aff. C-480/98, *Rec.* 8717.

3. CJCE 12 déc. 2002, aff. C-5/01, *Europe* 2003, n° 62, obs. L. Idot.

4. TPICE 12 déc. 2000, aff. T-296/97, *Alitalia-Linee...*, *Rec.* 3817.

5. TPICE 23 nov. 2006, aff. T-217/02, *Ter Lembeek International*.

6. Opération qui permet à une entreprise d'exclure de son bilan une dette importante sans recourir à la procédure coûteuse du remboursement anticipé. Pour réaliser cette opération, la société débitrice transmet le service de sa dette à une société créée à cet effet (société de *defeasance*) qui règlera les créanciers à l'échéance.

encore, la fourniture d'une assistance logistique et commerciale par une entreprise publique à ses filiales de droit privé est susceptible de constituer une aide¹.

2° À une entreprise individualisée

677. Une mesure spécifique ou sélective. La mesure doit bénéficier spécifiquement à une entreprise ou une catégorie d'entreprises, au détriment d'autres concurrents. Le caractère sélectif est une condition pour qu'il y ait une aide. Il faut donc distinguer les aides sélectives, illicites, des aides générales, licites, qui sont accordées par les États sans individualisation possible. Dès que l'aide isole une catégorie d'entreprises, l'article 107 TFUE s'applique.

678. Aide générale. Une aide profitant à tous les opérateurs de même niveau n'est pas interdite. Elle est alors générale, et se rattache aux mécanismes économiques par lesquels l'État cherche à relancer l'économie en favorisant la consommation, l'épargne, l'investissement ou l'emploi. Il en est ainsi par exemple des aides aux PME ou à l'embauche de la main-d'œuvre féminine, sauf s'il apparaît qu'elle profite à une catégorie d'entreprises (de textile ou d'habillement) ; de même, n'est pas une aide au sens de l'article 107, § 1, TFUE, la mesure déclarant inapplicable aux PME la réglementation contre le licenciement abusif : une telle mesure, faute d'être individualisée, participe de l'action du gouvernement pour développer les créations d'entreprises en assouplissant les conditions du licenciement.

B. Une absence de contrepartie

679. Lorsque la subvention est accordée à titre gratuit, l'absence de contrepartie paraît s'imposer. L'entreprise peut être tentée d'invoquer des contreparties indirectes (ainsi, une réduction de charges sociales serait compensée par les coûts supportés par l'entreprise résultant des accords sur la réduction et l'aménagement du temps de travail). Cet argument est généralement réfuté, car « une mesure de l'autorité publique, favorisant certaines entreprises ou certains produits, ne perd pas son caractère d'avantage gratuit par le fait qu'elle serait partiellement ou totalement financée par des contributions imposées par l'autorité publique et prélevées sur les entreprises concernées »².

680. Opération de recapitalisation. La difficulté est grande lorsque l'aide est accordée à l'occasion d'une opération conclue à titre onéreux. Il faut alors vérifier que l'opération est conforme aux lois du marché. Il en est ainsi notamment à propos des apports en capital. L'apport en capital a, en principe, une contrepartie, résultant de la détention de droits sociaux ou de droits de propriété qui confèrent un rendement. Mais cette injection d'argent public, par un apport en capital (l'opération est qualifiée de « recapitalisation ») peut conduire à une survie artificielle de l'entreprise. Si l'apport n'a pas de contrepartie suffisante, il relève de l'article 107. Par exemple, un arrêt a relevé que « la situation financière de la société était telle qu'elle ne permettait pas d'escompter une rentabilité acceptable des investissements dans un délai raisonnable et, l'entreprise, eu

1. CJCE 11 juill. 1996, aff. C-39/94, *Rec.* 3547 ; TPICE 7 juin 2006, *Ufex*, aff. T-613/97, CCC 2006, comm. 161, obs. M. Bazex.

2. CJCE 22 mars 1977, *Steinike et Weinlig*, aff. 78/76, *Rec.* 595.

égard à sa marge d'autofinancement insuffisante, n'aurait pas été en mesure de réunir les fonds nécessaires sur le marché des capitaux »¹.

681. Critère de l'investisseur privé dans une économie de marché. Le critère utilisé est celui de l'investisseur privé : des investisseurs privés peuvent accepter des retours sur investissements à moyen terme ou long terme. Mais une aide à fonds perdu, sans restructuration ou réorientation de l'entreprise aidée, ne correspond pas à la démarche d'un investisseur privé. La solution revient à se demander si un investisseur privé de grande importance aurait adopté un même comportement pour sauver l'entreprise. Il faut se demander si, dans des circonstances similaires, un associé privé se basant sur des possibilités de rentabilité prévisible, aurait procédé à un tel apport en capital. Cela n'exclut pas la prise en compte d'une rentabilité à long terme. Il n'est pas toujours économiquement absurde de financer une entreprise ayant fait de lourdes pertes plutôt que de tout perdre. Un rendement minimal peut suffire, même si l'entreprise recapitalisée est rentable².

682. La Cour de justice a accepté de contrôler les relations entre une entreprise publique et ses filiales³. Lorsque l'État contrôle une entreprise, en partie ou totalement à 100 %, la Commission vérifie si les apports publics en capitaux, ou plus généralement si l'action de l'État est conforme à celle d'un investissement privé. De la décision *Ibérica*⁴, il en résulte que le comportement de référence de l'investisseur privé ne peut être que celui d'une holding ou d'un grand groupe privé.

Si l'État a pour seul souci d'éponger des dettes, notamment afin de privatiser dans de meilleures conditions, l'intervention de l'État dans le capital est constitutive d'une aide. Les privatisations ne doivent pas être des moyens indirects d'aides aux entreprises attributaires des privatisées.

Lorsque l'État renonce à une créance fiscale au profit d'une entreprise publique qui fait l'objet d'une restructuration en vue de l'ouverture à la concurrence, il convient de rechercher si un État, même s'il est créancier fiscal et exerce alors une prérogative de puissance publique, agit comme un investisseur privé⁵.

683. Aides accordées à des services d'intérêt économique général au sens de l'article 106, § 2, TFUE. Toute différence de traitement entre entreprises n'est pas automatiquement significative d'une aide, car la différence de traitement peut être justifiée, notamment par une mission de service public. Si l'entreprise aidée accomplit une mission d'intérêt économique général au sens de l'article 106, § 2, TFUE la Commission vérifie si l'aide accordée va au-delà du coût net supporté par l'entreprise pour l'accomplissement de sa mission. Le célèbre arrêt *Altmark*⁶, confirmé par la jurisprudence postérieure⁷, a développé quatre conditions. Une approche « compensatoire » est adoptée.

1. CJCE 14 févr. 1990, *République française*, aff. C-301/87, *Rec.* 307.

2. TPCI 6 mars 2003, *Westdeutsche Landesbund Girozentrale (West L. B)*, aff. T-228 et T-233/99, *Europe* 2003, n° 178, obs. L. Idot.

3. CJCE 11 juill. 1996, aff. C-39/94, *Rec.* 3547, *CCC* 1996, comm. 151 et 152 : « La fourniture d'une assistance logistique et commerciale par une entreprise publique à ses filiales de droit privé exerçant une activité ouverte à la concurrence est susceptible de constituer une aide d'état... si la rémunération perçue en contrepartie est inférieure à celle qui aurait été réclamée dans des conditions normales de marché ».

4. *Comm.* du 31 janv. 1996, *Iberia* (*JOCE* n° L-104 du 27 avr. 1996).

5. *Trib. UE* 15 déc. 2009, aff. T-156/04, *EDF*, *CCC* 2010, comm. 47, obs. M. Bazex.

6. CJCE 21 juill. 2003, *Altmark*, *CCC* 2003, comm. 187, obs. S. Poillot-Peruzzetto.

7. *Trib. UE* 16 sept. 2013, aff. T-79/10, T-258/10 et T-325/10 (réseau de communication à très haut débit).

1° L'entreprise bénéficiaire doit être effectivement chargée de l'exécution d'obligations de service public clairement définies. Cette mission de service public peut notamment être justifiée par la défaillance du marché ; 2° les paramètres sur la base desquels est calculée la compensation doivent être préalablement établis de façon objective et transparente ; 3° la compensation ne doit pas dépasser ce qui est strictement nécessaire pour couvrir le coût du projet. 4° lorsque le choix de l'entreprise à charger de l'exécution d'obligations de service public n'est pas effectué dans le cadre d'une procédure de marché public permettant de choisir le candidat à l'offre la plus avantageuse (le mieux-disant) alors le niveau de la compensation nécessaire doit être déterminé sur la base d'une analyse des coûts qu'une entreprise moyenne, bien gérée et adéquatement équipée, aurait encourus pour exécuter ces obligations.

Un « paquet service d'intérêt économique général » a été publié en 2011 et 2012, suivi d'un guide d'analyse en 2013 (v. ss 123).

Le droit français impose désormais des comptes séparés entre activité concurrentielle et activité de service public¹.

La jurisprudence française applique les critères dégagés par la jurisprudence *Altmark*².

En revanche, « ni le caractère fiscal ni le but social d'une mesure étatique ne suffisent à l'exclure des prévisions de l'article 87 » (devenu art. 107 TFUE)³.

§ 2. L'ORIGINE DE L'AIDE

Peu importe le but de l'aide, social, fiscal, environnemental. L'aide peut être accordée par l'État ou ses démembrements (A) ou au moyen de ressources d'État (B).

A. Aide d'État ou démembrement de l'État

684. L'aide suppose un transfert direct ou indirect des ressources d'État ou d'un organisme de l'État, ou d'une entité qui agisse sous son contrôle au moyen de ressources d'État au profit d'entreprises. De même, l'aide peut provenir d'un organisme public ou privé désigné ou institué par l'État⁴. L'aide peut émaner de toutes les autorités publiques, à l'échelon national ou échelon territorial, collectivité locale, voire entreprise publique : par exemple, des fonds fournis par une entreprise publique à ses filiales. Ainsi, la participation d'une filiale contrôlée à 100 % par l'État à la restructuration d'une entreprise est une aide d'État. La réalité du contrôle de l'État dans la société doit être établie concrètement et il ne suffit pas de retenir un critère organique⁵.

La jurisprudence a dégagé la notion d'entreprise du « secteur public ». Par exemple, la Caisse des dépôts et consignations, établissement spécial placé sous la surveillance et la garantie du Parlement, a notamment pour mission l'administration de fonds publics et

1. Ordonnance n° 2004-503 du 7 juin 2004 portant transposition de directive CE n° 80/723 relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques (*JO* n° 133 du 10 juin 2004, p. 10232), *CCC* 2004, comm. 126, et nos obs.

2. CE 13 juill. 2012, deux arrêts, n° 355616 et n° 347073, *CCC* juill. 2013, p. 18, Civ. 2°, 14 mars 2007, *Laboratoire Glaxosmithkline*, *Concurrences* n° 2-2007, p. 148, obs. J.-Y. C. ; Com. 26 juin 2007, *Laboratoire Boiron*.

3. CJCE 2 juill. 1974, *Rép. ital.*, aff. C-173/73, *Rec.* 109.

4. CJCE 17 mars 1993, *Firma Sloman Neptun Schiffarts*, C-72/91.

5. CJCE 16 mai 2002, *Rép. française*, aff. C-482/99, *JCP E* 2003. 75, n° 65.

privés constitués par des dépôts obligatoires. Même si la Caisse est indépendante du gouvernement, son rattachement à l'autorité législative suffit à imputer son comportement à l'État. Par suite, la participation d'une filiale à 100 % de la Caisse à des opérations de financement de la Compagnie Air France présente le caractère d'aide¹.

De même, une banque établie dans un Land allemand, parmi les associés de laquelle figurent des organisations économiques régionales et des chambres de commerce et d'industrie, et dont le comité de direction ne peut prendre de décisions sur l'octroi de garanties sans l'accord de ces représentants est une entreprise du secteur public.

L'aide d'État peut aussi provenir d'une entreprise privée si le conseil d'administration est nommé par décision gouvernementale².

685. Une jurisprudence très stricte à l'égard des interventions publiques. Pour constater l'existence d'une aide d'État, la Commission doit établir un lien entre l'avantage accordé au bénéficiaire de la mesure et un risque économique suffisamment concret pour le budget de l'État. Pour autant, la Cour de justice a jugé qu'une déclaration d'intention de l'État peut constituer un élément d'aide d'État quand bien même elle n'aurait pas directement pour contrepartie l'engagement de ressources d'État, dès lors que cette déclaration d'intention est rattachable à une mesure ultérieure qui implique une mise à disposition potentielle de ressources d'État³.

En revanche, il n'y a pas aide d'État dans le cas d'une législation dérogeant au régime général, favorable aux PME qui « procède seulement de la volonté du législateur de prévoir un cadre législatif spécifique pour les relations de travail entre employeurs et salariés dans les petites entreprises »⁴.

De même, n'est pas une aide d'État le fait d'obliger certaines entreprises à s'approvisionner auprès d'autres entreprises (productrices d'électricité à partir d'énergie renouvelable) à des prix minimaux, car cette charge est susceptible de se répercuter de façon négative sur les résultats économiques et par voie de conséquence de diminuer les recettes fiscales⁵ !

B. Aides accordées « au moyen de ressources d'État »

686. Sont visées les aides accordées par l'intermédiaire d'organismes privés ou publics, institués ou désignés par l'État au sens large en vue de gérer l'aide⁶. L'aide peut même provenir d'un organisme indépendant de l'État selon le droit national.

Ce qui importe, c'est que le secteur public ait la maîtrise des fonds utilisés. La notion s'applique même à des fonds d'origine privée, quand ils sont affectés soit par un acte de puissance publique⁷, soit par un acte d'une personne privée mais supposant une autorisation des pouvoirs publics : par exemple, une allocation versée aux agriculteurs par le Crédit Agricole, sur décision du conseil d'administration dans lequel les représentants de l'État sont minoritaires, mais qui passe tout de même par une approbation de l'État.

1. TPICE 12 déc. 2000, *Air France*, aff. T-358/94, *Rec.* 2109.

2. Comm. CE n° 2003-284 du 11 déc. 2002, *Aide en faveur de Sniae SA*.

3. CJUE 19 mars 2013, aff. C-399/10 et C-401/10, *Bouygues Telecom*, préc.

4. CJCE 30 nov. 1993, *Petra Kirsammer-Hack*, aff. C-189/91, *Rec.* 6185, pt 17.

5. CJCE 13 mars 2001, *PreussenElektra AG*, aff. C-379/98, *Rec.* 2099, pt 61.

6. CJCE 22 mars 1977, *Steinike & Weinlig*, aff. 290/83, *Rec.* 595, pt 21.

7. Par ex., l'État belge accorde des facilités de paiement à l'organisme collecteur des cotisations de sécurité sociale.

La notion est appliquée à tous les moyens pécuniaires que le secteur peut effectivement utiliser pour soutenir les entreprises, sans qu'il soit pertinent que ces moyens appartiennent ou non de manière permanente au patrimoine du secteur public.

Sont des ressources publiques des fonds d'organismes de prévoyance sociale, car ces fonds proviennent de prélèvements obligatoires, et sont répartis conformément à la législation ; ou encore des fonds provenant de versements volontaires si le secteur public peut en disposer même temporairement. De même, la participation d'une filiale contrôlée à 100 % par l'État à la restructuration d'une entreprise est une aide d'État.

687. Les établissements publics à caractère industriel ou commercial (EPIC). La notion de ressources est appréhendée très largement. Par exemple, il a été jugé qu'une réglementation permettant à certaines grandes entreprises industrielles de déroger à la loi italienne sur les faillites était constitutive d'une aide d'État prohibée dans la mesure où cette réglementation impliquerait une charge supplémentaire pour les pouvoirs publics, par exemple sous la forme de l'octroi d'une garantie de l'État¹.

Il a même été jugé, à plusieurs reprises, que les EPIC bénéficient, du fait même de leur statut, d'une garantie implicite illimitée de leurs emprunts par l'État constitutive d'une aide d'État². La solution est si sévère que l'on peut s'interroger sur le devenir de ces établissements publics³.

688. Si l'aide provient du consommateur, ce n'est pas une aide d'État (par ex., une entreprise a été autorisée à pratiquer un tarif supérieur au prix du marché ; ce sont donc les consommateurs qui supportent le coût de cet avantage tarifaire).

Un avantage qui n'entraîne aucun transfert direct ou indirect de ressources d'État à une entreprise ne constitue pas une aide⁴.

De même, il n'y a pas d'aide d'État dans l'exonération pour une entreprise du respect de la réglementation sur les contrats de travail à durée indéterminée, car il n'y a pas de transfert direct ou indirect de ressources d'État⁵ ; ou l'obligation imposée à des entreprises privées d'acheter par un prix minimum à d'autres entreprises privées (ainsi favorisées par ce soutien de l'État), l'électricité produite à partir de l'énergie renouvelable, car ce financement ne se fait pas par des ressources d'État⁶.

1. CJCE 1^{er} déc. 1998, aff. C-200/97, *Ecotrade Srl et Altiforni e Ferriere di Servola SpA*.

2. Trib. UE 20 sept. 2012, aff. T-154/10, *République française c/ Commission européenne*, chron. J. Derenne, *Aides d'État, Concurrences* n° 1-2013, p. 151. ; M. Lombard, « Statut d'établissement public, service public et aides », *AJDA* 2012. 2313 ; Comm. CE n° 2005/145/CE du 16 déc. 2003, *Aides accordées par la France à EDF et au secteur des industries électriques et gazières* : la Commission relève garantie générale accordée à EDF en tant qu'emprunteur ; Comm. CE n° 2007/217/CE du 22 nov. 2006, *Aides d'État, C-24/2005 mises à exécution par la France en faveur du Laboratoire national de métrologie et d'essais*.

3. S. Schrameck, « Retour sur l'arrêt *La Poste* : une défiance envers les établissements publics ou un défi pour l'État acteur économique ? », *RLC* juill.-sept. 2013, p. 56 s.

4. CJCE 13 mars 2001, *Preussen Elektra*, aff. C-379/98, *Rec.* 1099 : « une réglementation d'un État qui, d'une part oblige des entreprises privées d'approvisionnement en électricité à acheter l'électricité produite dans leur zone d'approvisionnement à partir de sources d'énergie renouvelables à des prix minimaux supérieurs à la valeur économiques de ce type d'électricité, et d'autre part, répartit la charge financière résultant de cette obligation entre lesdites entreprises d'approvisionnement en électricité et les exploitants de réseaux d'électricité situés en amont ne constitue pas une aide d'État ». Car il n'y a aucun transfert de ressources de l'État au profit des entreprises productrices d'électricité.

5. CJCE 7 mai 1998, *Epifanio Viscido*, aff. C-52 à 54/97, *Rec.* 2629.

6. CJCE 13 mars 2001, *Preussen Elektra*, préc.

§ 3. UNE AFFECTATION DES ÉCHANGES ENTRE ÉTATS MEMBRES

689. L'aide n'est illicite qu'autant qu'elle affecte de manière sensible les échanges entre États membres – condition générale d'applicabilité du droit européen de la concurrence. Dans un premier temps, il a été soutenu que seules les aides à l'exportation étaient incompatibles. Aujourd'hui, on considère qu'il n'est pas nécessaire que l'entreprise exporte sa production pour que la condition d'affectation du commerce intra-communautaire soit remplie. Une aide à une entreprise n'exportant pas peut être condamnée, car elle peut renforcer une entreprise sur son territoire national et avoir un effet anticoncurrentiel sur les entreprises situées hors du territoire, cherchant à s'implanter. En raison de l'interpénétration des marchés, la condition d'affectation du commerce intra européen est le plus souvent remplie.

De même, une aide à portée locale ou, régionale peut être considérée comme affectant le commerce entre États membres dès lors qu'une telle aide peut écarter du marché une entreprise établie dans un autre État membre.

Une aide à l'exportation hors Union européenne n'entre pas *a priori* dans le champ d'application de l'article 107 TFUE. Tout dépend de savoir si les produits risquent d'être réimportés à l'intérieur de l'Union. Seule une aide qui n'aurait d'effet qu'interne ou externe à l'UE ne serait pas visée par l'article 107.

690. *Effet cumulé.* Pour apprécier si l'aide affecte la concurrence, la Commission prend en compte l'ensemble des éléments pertinents, y compris le contexte déjà apprécié dans une décision précédente, avec le cas échéant les obligations de remboursement imposées à un État : par exemple, la Commission peut prendre en considération le fait que des remboursements ont été ordonnés par la Commission et autoriser par voie de conséquence l'attribution de deux aides postérieures¹. On parle d'effet cumulé des différentes aides.

691. *Aide d'importance mineure.* Le Règlement CE du 15 décembre 2006² exempte les aides de faible montant (ne dépassant pas 200 000 euros accordés sur trois ans) et les dispense de notification. La Commission envisage une modification de ce Règlement *de minimis* – non encore faite en décembre 2013.

Section 2

Aides compatibles avec le marché européen

De nombreuses aides accordées à des entreprises chargées de missions d'intérêt général peuvent être compatibles de plein droit (§ 1). Elles peuvent aussi être déclarées compatibles par le jeu d'une exemption individuelle sur le fondement de l'article 107, § 3, ou d'une exemption catégorielle (§ 2).

1. CJCE 15 mai 1997, *TextilWerke Deggendorf GmbH*, aff. C-355/95 P, *Europe* 1997, n° 220, obs. L. Idot (rejet du pourvoi qui déniait à la Commission le pouvoir de conditionner le versement de nouvelles aides au remboursement d'une aide précédemment jugée illégale).

2. Comm. CE, Règl. CE n° 1998/2006 du 15 déc. 2006, concernant l'application des articles 87 et 88 du traité aux aides *de minimis* (JOUE n° L-379 du 28 déc. 2006, p. 5).

§ 1. AIDES COMPATIBLES DE PLEIN DROIT (ART. 107, § 2)

692. Ces aides sont définies à l'article 107, § 2. Elles ont un caractère limitatif et restrictif. Il s'agit d'aides à caractère social octroyées aux consommateurs individuels à condition qu'elles soient accordées sans discriminations liées à l'origine des produits :

- aides destinées à remédier aux dommages causés par les calamités naturelles ou par d'autres événements extraordinaires (par ex. émeutes) ;
- aides octroyées à l'économie de certaines régions de la RFA affectées par la division de l'Allemagne.

§ 2. AIDES POUVANT ÊTRE CONSIDÉRÉES COMME COMPATIBLES

A. Exemption individuelle

1° Considérations générales

693. Une exemption individuelle peut être accordée sur le fondement de l'article 107, § 3. La Commission établit un bilan en comparant le but de l'aide avec les inconvénients et en s'assurant qu'elle est indispensable et proportionnée. La Commission apprécie le coût qui résulte de l'accomplissement d'une mission particulière. L'aide doit offrir une « justification compensatrice » et sera validée si elle est conforme à une stratégie européenne, telle la préservation d'une industrie stratégique d'un point de vue européen.

Trois conditions sont essentielles : la transparence des conditions d'octroi de l'aide, le caractère temporaire et l'absence d'atteinte au marché commun. Tel n'est pas le cas d'une aide à un investissement qui augmente les capacités de production dans un secteur déjà largement excédentaire¹. Les seules aides tolérées sont celles qui aident au rétablissement du marché. La licéité des aides au rétablissement des entreprises en difficulté est controversée. Certaines aides à la fermeture d'entreprises ont été admises pour des raisons de reclassement et de reconversion.

2° Types d'aides exemptées (art. 107, § 3, a, b, c, d)

694. Il s'agit des *aides aux régions défavorisées* (art. 107 § 3, a et c)². Par exemple, une aide accordée pour la création d'une filiale commune entre deux entreprises dans une région défavorisée.

Aides destinées à favoriser la réalisation d'un projet important d'intérêt européen commun (art. 107, § 2, b). Par exemple, une aide aux projets multinationaux de recherche. Sont visées les aides qui contribuent aux grands projets de la Communauté. Ces aides sont souvent horizontales, telles les aides à la protection de l'environnement³, aux économies d'énergie, à la formation, aux PME... Ces aides peuvent parfois faire l'objet d'un encadrement européen.

1. CJCE 24 févr. 1987, *Deufil*, aff. C-310/85, *Rec.* 901.

2. Lignes directrices concernant les aides à finalité régionale, applicables à compter du 1^{er} janvier 2007 (*JOUE* n° C-54 du 4 mars 2006).

3. *JOCE* n° C-37 du 3 févr. 2001.

Aide sectorielle ou régionale (art. 107, § 3, c) : la Commission définit des critères dans les secteurs concernés ; ces aides doivent être strictement proportionnées et ne pas maintenir des entreprises non viables ; doivent être provisoires ; ne doivent pas différer des changements inéluctables. Elles font l'objet de réglementations plus précises¹. La Commission s'est particulièrement préoccupée des aides au sauvetage et à la restructuration d'entreprises. Les aides au sauvetage doivent être justifiées par des raisons sociales aiguës et consister en des apports de trésorerie temporaires et limités à ce qui est nécessaire. Elles ne doivent pas prolonger un *statu quo*. Les aides à la restructuration doivent permettre un retour à la viabilité dans un délai raisonnable, tout en respectant l'intérêt commun : doivent atténuer les causes défavorables pour les concurrents (des surcapacités doivent être supprimées avec le produit de l'aide) et être accordées en fonction d'un calendrier qui sera contrôlé annuellement. L'entreprise aidée doit financer l'opération sur ses propres moyens (au moins en partie). Une plus grande souplesse est accordée pour les PME et les régions défavorisées. La Commission a prorogé les lignes directrices concernant les aides d'État au sauvetage et à la restructuration d'entreprises en difficulté².

Aides pour la culture et la préservation du patrimoine (art. 107, § 3, d). Les aides accordées aux PME sont vues avec faveur, car affectent rarement le commerce européen. La question est délicate à l'égard des aides aux services publics de radiodiffusion. Cette question est rattachée à un problème général de compatibilité des aides aux services économiques d'intérêt général. La règle est celle de l'investisseur privé en économie de marché : une subvention à la radio, même si elle couvre des coûts nets dus aux obligations du service public, constituent des aides – sauf à invoquer une mission culturelle relevant du § 3, d. Les redevances financières doivent alors être transparentes et proportionnées aux coûts liés à la mission culturelle.

B. Exemptions par catégorie

695. Le Conseil a arrêté le Règlement du 7 mai 1998 habilitant la Commission à édicter des règlements d'exemption. L'aide peut bénéficier d'une exemption catégorielle. Le Règlement n° 800/2008 du 6 août 2008 précisent les conditions d'obtention du bénéfice de l'exemption catégorielle. Une révision du Règlement n° 800/2008 est à l'étude en 2013.

Il existe, par ailleurs, des règlements plus sectoriels, tel le Règlement n° 733/2013 du 22 juillet 2013 ou celui adopté le 12 décembre 2002 sur les aides à l'emploi³, etc.

Section 3

Procédure

696. L'article 108 TFUE donne à la Commission une compétence exclusive pour apprécier les aides d'État. Seront examinées la procédure applicable aux aides d'État (§ 2) et les voies de recours contre les décisions de la Commission (§ 2).

1. Par ex. : carte d'aide d'État à finalité régionale pour la France (2007-2013), communiqué 7 mars 2007 (JOUE n° C-94 du 28 avr. 2007) ; par ex. : 29 juin 1998, Règl. n° 1450/98 sur les aides à la construction navale ou communications (industrie textiles, automobile, fibres synthétiques) ; par ex. : lignes directrices concernant les aides d'État aux investissements à risque dans les PME, 19 juill. 2006, CCC 2006, veille, n° 40.

2. Commission européenne, IP/12/1042 du 28 sept. 2012.

3. Pour un commentaire, S. Poillot-Peruzzetto, CCC 2003, n° 75.

§ 1. PROCÉDURE APPLICABLE AUX AIDES D'ÉTAT

Malgré la simplification de la procédure en 2013¹, la distinction entre aide existante et aides nouvelles a été maintenue (A). Le contrôle exercé par la Commission sera présenté (B).

A. Distinction entre aide existante et aide nouvelle

697. La Commission exerce un contrôle différencié selon que l'aide est « existante » ou « nouvelle » – distinction source de difficulté et de contentieux. Toute aide nouvelle doit être notifiée à la Commission préalablement à son octroi, faute de quoi elle est versée illégalement et ses bénéficiaires peuvent être contraints à la rembourser. En revanche, les aides existantes, devenues incompatibles, n'ont pas à être remboursées pour la période antérieure à la décision d'y mettre un terme de la Commission. Cette distinction est complexe car elle n'est pas définie par le Traité. La jurisprudence et le Règlement n° 659/1999/CE du 22 mars 1999 ont tenté de la clarifier.

1° Aides existantes

698. L'aide existante couvre d'une part toute aide autorisée par la Commission ou le Conseil et d'autre part, toute aide qui existait avant l'entrée en vigueur du Traité et qui est maintenue, sans modification. Si l'activité de l'organisme a évolué, il n'y a pas pour autant aide nouvelle, même si le volume de l'aide a évolué.

L'intérêt majeur de la qualification d'aide existante est l'absence de notification. Le contrôle de l'aide relève d'une initiative de la Commission.

Mais l'aide pourra être contestée en cas de modification de l'environnement juridique ou économique, quand par exemple, un marché monopolistique est libéralisé, car une mesure compatible en l'absence de concurrence peut devenir illicite avec en cas de concurrence. Une procédure formelle d'examen sera alors engagée.

699. *Exemple de difficulté.* Il a été jugé qu'une dotation avec des fonds publics, annuelle ou ponctuelle, est une aide existante, tandis que l'attribution de fonds, grâce à un prélèvement sur des réserves nourries de fonds public, est constitutive d'une aide nouvelle qui doit être notifiée à la Commission. Pour autant, le transfert de réserves peut être considéré comme une aide existante s'il n'est pas détachable d'un processus antérieur de dotation. Ainsi, un financement annuel habituel est une aide existante, mais des financements *ad hoc*, et même avec des réserves qui sont détachables du fonds, sont considérés comme des aides nouvelles car le fondement juridique du financement est différent et car l'aide, dans ce cas, n'est pas automatique². Ces distinctions sont byzantines et sont sources d'insécurité juridique.

1. V. IP/13/728 du 23 juill. 2013 ; v. art. 108 TFUE ; v. aussi, Règl. n° 659/99 du 22 mars 1999, pris en application de l'article 89 du Traité ; v. aussi Règl. n° 794/2004, comm. 21 avr. 2004 concernant la mise en œuvre du Règl. CE n° 659/1999 (JOCE n° L-140 du 30 avr. 2004), CCC 2004, comm. 142, obs. Poillot-Peruzzetto.

2. TPICE 28 nov. 2008, aff. –254/00, *Hotel Cipriani e. a.* ; Trib. UE 16 déc. 2010, aff. T-231/06 et T-237/06, *Pays-Bas c/ Commission, NOS c/ Commission* ; N. Coutrelis N. et S. Caussanel, « Aides d'État existantes ou nouvelles : comment on peut en créer ou passer de l'une à l'autre sans (presque) le vouloir », *RLDA* 2011/57, n° 3281.

700. L'État français est régulièrement mis en cause pour ne pas notifier, ou notifier très tardivement ses aides (ex : le sauvetage de la filiale bancaire Banque PSA Finance (BPF) par l'État français n'a été notifié qu'en janvier 2013, qu'après des pressions du commissaire européen à la concurrence, alors que 7 milliards de garantie avaient été accordés par l'État français en octobre 2012).

2° Aides nouvelles

701. Les aides nouvelles doivent être notifiées par les États (art. 108, § 3). Très curieusement, aucun délai n'est requis (la notification doit être faite en temps utile à la Commission par l'État concerné). Aucune sanction n'est prévue contre un État qui notifie tardivement ou contre le bénéficiaire d'une aide qui ne vérifie pas si celle-ci a été notifiée.

La notification entraîne la suspension du versement de l'aide, sauf autorisation de la Commission. Les juridictions nationales doivent donc empêcher le versement de l'aide et prendre toutes mesures pour préserver l'effet utile de l'article 107. Si l'aide a été versée et qu'elle est jugée incompatible, elle doit être restituée à son dispensateur.

B. Contrôle par la Commission

702. Phase préliminaire. À titre préliminaire, la Commission vérifie s'il s'agit ou non d'une aide au sens de l'article 107, § 1. Elle peut ou constater qu'il ne s'agit pas d'une aide, ou que l'aide est compatible ou prendre la décision d'ouvrir une procédure formelle d'examen (art. 108, § 2). Si aucune décision n'a été prise dans les deux mois à compter de la notification, l'aide est réputée autorisée. La décision d'ouvrir la procédure de l'article 108, § 2, est susceptible d'un recours exercé par les concurrents, les organisations professionnelles ou l'État mis en cause.

703. Procédure formelle d'examen de l'article 108, § 2. Cette procédure est contradictoire, se déroulant dans les dix-huit mois. Elle est suspensive, l'article 108, § 3, précisant que les États ne peuvent mettre leur projet à exécution avant la décision finale de la Commission. Si les États mettent à exécution leur projet d'aide, malgré l'obligation de suspension, les juridictions, saisies par une entreprise concurrente, doivent assurer l'effet utile de l'article 108 et peuvent obliger les États à suspendre leur versement.

704. Droits des parties intéressées devant la Commission. Seul l'État dispensateur de l'aide, est destinataire de la décision formelle d'ouverture d'une procédure de contrôle. Les autres parties (bénéficiaire de l'aide ou concurrent ou association professionnelle) ont la qualité de partie intéressée, mais ne peuvent que formuler des observations devant la Commission. Ces parties intéressées, autres que l'État, ne disposent pas du droit d'accès aux documents fournis par l'État à la Commission¹.

705. La décision peut être la suivante :

– la mesure notifiée, le cas échéant après modification par l'État en cause, ne constitue pas une aide :

¹ CJUE 29 juin 2010, aff. C-139/07, *Technische Glaswerke Ilmenau GmbH*, RLC 2010/25, n° 1692, obs.G. Muguet-Poullennec ; Trib. UE 10 déc. 2010, aff. T-494/08 e.a., *Ryanair Ltd*.

- ou qu'il s'agit d'une aide autorisée, le cas échéant sous condition. Une décision de compatibilité peut être contestée devant les autorités européennes¹,
- ou de constater l'incompatibilité de l'aide avec le marché européen. Une telle décision d'incompatibilité doit être motivée ; elle est susceptible d'un recours devant le TPUE, puis la CJUE.

706. *Décision constatant une aide illégale ou d'application abusive.* L'aide illégale est une aide nouvelle non notifiée ou mise à exécution au mépris de l'obligation de suspension liée à l'ouverture d'une procédure formelle d'examen (art. 108, § 3). Une aide mise en œuvre de manière abusive est celle sans correspondance avec celle décrite à la Commission ou l'aide dont l'exécution n'est pas conforme aux exigences posées par la Commission à l'occasion de son contrôle (par ex. utilisation par une société holding d'une aide octroyée à une filiale en difficulté).

Pour mettre en évidence le caractère illégal ou abusif de l'aide, la Commission peut enjoindre une suspension de l'aide ou sa restitution au titre d'une mesure provisoire. Après un examen au fond, elle peut prendre une « décision de récupération » qui impose à l'État de prendre toute mesure conforme à son droit procédural pour ordonner la restitution de l'aide au « donateur » (le dispensateur de l'aide).

707. *Aide déclarée incompatible.* Si l'aide est déclarée incompatible, l'aide est interdite. Comme il n'y a aucun délai pour la notification de l'aide, celle-ci peut avoir été versée. Elle doit alors être restituée au dispensateur de l'aide. L'obligation de remboursement est une obligation de résultat, non assujettie à un principe de proportionnalité². La restitution est due même lorsque l'illégalité de l'aide résulte uniquement de raisons de procédure. Le seul moyen de défense susceptible d'être invoqué par un État membre pour se soustraire à son obligation de restitution est celui d'une impossibilité absolue d'exécuter correctement la décision. En revanche, si l'entreprise est en difficulté et fait l'objet d'une procédure collective, l'obligation de restitution subsiste³.

Le Règlement n° 659/1999 organise la procédure de récupération de l'aide, en prévoyant un délai de prescription de dix ans. Il est accompagné d'une communication de la Commission relative à l'application des règles en matière d'aides d'État par les juridictions nationales⁴.

§ 2. RECOURS

708. *Principes.* Les articles 107 et 108, § 1 et § 2, ne sont pas d'application directe. Le contrôle des aides d'État ne met aucune obligation à la charge du bénéficiaire de l'aide. Seul l'État est destinataire de la décision finale de la Commission. Pour autant, les concurrents ou l'entreprise bénéficiaire d'une aide illégale ne sont pas privés de tout recours.

1. Mais il ne suffit pas de se prévaloir de sa qualité de concurrente. Il faut que l'entreprise qui conteste l'octroi d'une aide soit dans une situation de fait qui l'individualise de manière analogue à celle du destinataire (CJCE 22 nov. 2007, aff. C-525/04, *Espagne*).

2. CJCE 21 mars 1990, *Belgique*, aff. C-142/87, *Rec.* 959.

3. T. Fouquet, « La restitution des aides d'État accordées aux entreprises en difficulté en violation du droit communautaire », *RD aff. intern.* 2002, n° 8, p. 893 s. ; pour une application, CJCE 29 avr. 2004, aff. C-277/00, *Allemagne c/ Com.*, *Europe* 2004, comm. 215, obs. L. Idot : l'obligation de restitution malgré la faillite de l'entreprise, peut être ordonnée, car la distorsion de concurrence peut résulter de l'inscription de la créance à la faillite.

4. *JOUE* n° C-85, 9 avr. 2009.

709. En attendant la solution de la Commission. Les concurrents victimes de la distorsion de concurrence peuvent saisir le juge national. Ils peuvent demander la suspension de l'aide non notifiée ou mise à exécution irrégulièrement. Une telle aide est irrégulière au regard du droit européen sans qu'il soit besoin de se prononcer sur sa compatibilité avec le marché européen (laquelle appréciation relève de la compétence exclusive de la Commission). En attendant la décision de la Commission, le juge national (judiciaire ou administratif) peut prendre toute mesure provisoire pour obtenir la suspension de son versement¹.

710. Sursis à exécution. Le bénéficiaire d'une aide d'État peut exercer un recours devant le tribunal de 1^{re} instance, puis la CJUE. Il peut demander un sursis à exécution de la décision de la Commission sur le fondement de l'article 278 TFUE.

711. Recours en manquement. Si l'aide a été déclarée incompatible avec le marché intérieur par la Commission, le dispensateur de l'aide (l'État) doit en demander la restitution. La restitution de l'aide se fait conformément aux règles nationales de procédure. La restitution se fait en numéraire ou, exceptionnellement, par équivalent².

L'État est obligé de procéder à la récupération de l'aide. S'il ne prend pas les mesures nécessaires pour récupérer l'aide, la Commission peut tenter une action en manquement contre lui sur le fondement de l'article 108 TFUE.

712. Responsabilité pour faute. L'entreprise bénéficiaire d'une aide illégale peut agir en réparation contre l'État. De même, un concurrent victime de cette distorsion de concurrence, peut agir en responsabilité pour faute contre l'État car toute violation du droit de la concurrence constitue une faute. Mais il faut prouver un dommage et un lien de causalité suffisant³. En droit public, l'entreprise pourra invoquer le principe selon lequel l'État doit réparation des conséquences de la violation du droit de la concurrence⁴.

1. CJCE 11 juill. 1996, *La Poste*, Rec. 3547 : « une juridiction nationale, lorsqu'elle est saisie d'une demande visant à ce qu'elle tire les conséquences de la violation de l'article 87... alors que la Commission est parallèlement saisie et n'a pas encore statué sur la question... n'est tenue ni de se déclarer incompétente ni de surseoir à statuer jusqu'à ce que la Commission prenne position sur la qualification des mesures en cause... en vue de déterminer si ces dernières auraient dû être notifiées à la Commission, une juridiction nationale peut être amenée à interpréter et à appliquer la notion d'aide ».

2. Par ex. : CJCE 18 oct. 2007, *France* : recours en manquement pour non-restitution de l'aide versée à France Telecom ; aucune disposition du droit communautaire n'exige que la Commission, lorsqu'elle ordonne la restitution d'une aide, fixe le montant exact de l'aide à restituer ; la Commission peut s'en tenir à la fixation d'une fourchette. Il suffit que la décision comporte des indications permettant à son destinataire de déterminer lui-même, sans difficultés excessives ce montant.

3. Com. 15 juin 1999, *RTD com.* 2000. 262, obs. S. Poillot-Peruzzetto (responsabilité pour violation du droit de la concurrence).

4. CE, ass., 28 févr. 1992, *AJDA* 1992. 210.

Le contrôle des concentrations en droit interne et européen

713. Une place croissante en droit de la concurrence. Le contrôle des concentrations constitue un volet significatif de la politique de la concurrence, dont l'importance s'est accrue sous l'influence notamment de la mise en œuvre de la réglementation européenne.

Il s'agit d'un contrôle *a priori* exercé, selon les cas, par les autorités nationales ou européennes, qui vise à autoriser, éventuellement sous certaines conditions, ou à interdire une opération de concentration.

L'importance de ce contrôle apparaît d'autant plus notable qu'il s'agit d'un des rares contrôles *a priori* exercés par les autorités publiques sur les activités des entreprises. Avec le mouvement de libéralisation de l'économie engagé dans l'ensemble des pays occidentaux au cours des années quatre-vingt, ont disparu progressivement les contrôles *a priori* qui existaient auparavant : suppression du contrôle des prix (1986), de l'autorisation administrative de licenciement (1986), du contrôle des changes, concomitamment à la libération des mouvements de capitaux (1990)...

714. Droit interne. C'est paradoxalement à l'époque de la libéralisation de l'économie que le contrôle des concentrations se met en place (L. du 19 juill. 1977, Ord. du 1^{er} déc. 1986, L. du 15 mai 2001, Ord. du 25 mars 2004, et L. du 4 août 2008, avec ses lignes directrices du 10 juillet 2013¹). Depuis la loi du 4 août 2008, le contrôle des concentrations a été transféré à l'Autorité de la concurrence puisque les opérations de concentration doivent lui être notifiées – même si le ministre conserve un certain contrôle. L'autorité de la concurrence s'est engagée à appliquer ses lignes directrices « sous réserve qu'aucune circonstance particulière à cette opération ou aucune considération d'intérêt général ne justifient qu'il y soit dérogé » (pt 13, lignes directrices).

715. Droit européen. Le Traité de Rome de 1957 ne contenait aucune disposition sur ce sujet. Ce n'est qu'en 1989 qu'un contrôle fait son apparition dans le droit positif européen². Il a depuis lors été modifié par un Règlement adopté en 2004³, complété par une communication consolidée sur la compétence de la Commission⁴, une communication

1. Lignes directrices du 10 juillet 2013 sur le contrôle des concentrations. Elles remplacent les lignes du 16 décembre 2009 ; pour un commentaire des lignes directrices de juillet 2013, v. C. et C. Vilmart, « Les nouvelles lignes directrices sur le contrôle des concentrations », *CCC* 2013, étude 13.

2. Règl. n° 4064/89 du Conseil, 21 déc. 1989 (*JOCE* n° L-395 du 30 déc. 1989).

3. Règl. n° 139/2004, 20 janv. 2004 (*JOUE* n° L-24 du 29 janv. 2004).

4. Communication consolidée sur la compétence de la Commission 2008/C/95/01 du 10 juillet 2007.

publiée en 2009¹, et par un Règlement d'octobre 2008 qui donne des précisions sur la procédure de notification² ou encore des codes de bonnes pratiques³.

La mise en place du contrôle des concentrations s'inscrit dans la logique de la politique de concurrence européenne. Les fondements doctrinaux, comme les exemples de législations étrangères déjà anciennes (*Sherman Act* de 1898 aux États-Unis) ou l'existence d'organismes de contrôle particulièrement actifs (*Bundeskartellamt* allemand, fondé en 1949) attestent le fait que les pouvoirs publics ne peuvent se désintéresser du phénomène et ont voulu le maîtriser.

716. Coordination progressive du droit européen et du droit national. L'histoire du contrôle des concentrations est marquée par une convergence progressive des deux droits.

D'un côté, le droit interne s'est aligné sur le droit européen, notamment sur les seuils.

De l'autre côté, le droit européen a adopté le 20 janvier 2004 un nouveau Règlement qui s'inspire de l'article L. 430-6 du Code de commerce. Le Règlement n° 139/2004 de 2004 ne remet pas en cause les traits principaux du contrôle des concentrations. Celui-ci reste un *contrôle ex ante*, fondé sur une *obligation de notification préalable*, avec une *procédure en deux phases* et un *guichet unique*, c'est-à-dire une compétence exclusive de la Commission pour les opérations de dimension communautaire. Le nouveau Règlement améliore la procédure de contrôle et tient compte des vives critiques, apparues après quatre annulations de décisions de la Commission en 2002 dans les affaires *Airtours*⁴, *Schneider Electric*⁵ et *Tetra Laval*⁶. Il adopte le « test de concurrence » français et fait œuvre de compromis entre la position britannique qui prônait l'adoption d'un test à l'américaine fondé sur la réduction substantielle de concurrence et la position allemande qui privilégiait le critère de la position dominante.

717. Formes de la concentration. Concentration horizontale. La concentration horizontale intervient entre entreprises qui opèrent au même stade économique. Elle diminue le nombre d'entreprises présentes sur un marché et accroît la part de marché de la nouvelle entité issue de l'opération de concentration. Le risque d'atteinte à la concurrence est plus grand dans les marchés concentrés que dans les autres marchés. Il peut aussi y avoir un risque pour la concurrence alors même que les parts de marché des entreprises parties à la concentration ne sont pas importantes. L'opération peut favoriser des politiques communes entre elles (« effets coordonnés ») ou accroître le pouvoir de la nouvelle entité (« effets non coordonnés » ou unilatéraux).

718. Concentration verticale. Une telle concentration a lieu entre entreprises non situées au même stade économique. Elle peut limiter l'accès des concurrents à un marché ou une source d'approvisionnement. Il en est ainsi, par exemple, de la concentration entre

1. Communication concernant le Règlement n° 139/2004 (*JOCE* n° C-43 du 21 févr. 2009).

2. Règl. CE n° 1033/2008 du 20 oct. 2008 sur la mise en œuvre du Règlement CE sur les concentrations.

3. Code de bonnes pratiques relatives aux engagements de cession dans les affaires de concentration, communiqué de presse IP 03/614 du 2 mai 2003 ; v. aussi Code de bonnes pratiques relatif à la conduite des procédures de contrôle des concentrations, communiqué de presse IP 03/614 du 2 mai 2003.

4. TPICE 6 juin 2002, *Airtours*, aff. T-342/99, *Rec.* 2585.

5. TPICE 22 oct. 2002, aff. T-310/01, *Rec.* 4071.

6. TPICE 25 oct. 2002, aff. T-80/02, *Rec.* 4381 ; le pourvoi formé par la Commission contre l'arrêt *Tetra Laval* a été rejeté par la CJCE (CJCE 15 févr. 2005, aff. C-12/03, *JDI* 2005. 445) : pour la Commission, le TPICE serait sorti du cadre de l'erreur manifeste et aurait substitué sa propre analyse économique. La CJCE, tout en admettant une erreur de droit sur l'appréciation des ventes liées et rabais de fidélité, rappelle que la Commission doit motiver sa décision et ne peut présumer des effets anticoncurrentiels.

un fabricant et un distributeur – les concurrents du fournisseur risquent d’avoir des difficultés à distribuer leurs produits (v. pour plus de développement sur les risques d’atteinte à la concurrence, ss 686 s.).

719. Concentration conglomérale. Elle a lieu entre entreprises non concurrentes qui ne sont pas présentes ni sur les mêmes marchés, ni sur les marchés amont ou aval. Elle permet à une nouvelle entité d’accroître la gamme de ses produits (on peut parler de « portefeuille de produits ») – ce qui conduit à un accroissement de son pouvoir de marché. Une telle concentration se justifie par un souci de regroupement des fonctions communes (administratives notamment). Elle a généralement lieu entre entreprises ayant des produits étroitement liés, par exemple des produits complémentaires ou des produits appartenant à une gamme de produits généralement achetée par le même type de consommateurs pour la même utilisation finale. Elle ne pose pas *a priori* de problème de concurrence, mais le conglomérat peut réduire les alternatives ou capacités de négociation des partenaires commerciaux.

Par exemple, la Commission CE, approuvée sur ce point par le TPICE, a interdit la concentration entre les sociétés General Electric et Honeywell, tandis que les autorités américaines avaient approuvé l’opération. Les autorités européennes ont appliqué la théorie de l’effet de portefeuille. Une opération de croissance externe qui se traduit, non par une addition de parts de marché, mais par un élargissement de la gamme des produits ou services offerts peut créer ou renforcer la position dominante sur l’un ou l’autre des marchés concernés¹. De même, dans l’affaire *Tetra Laval-Sidel*, la Commission CE s’est opposée à la reprise de Sidel, fabricant de bouteilles en plastique, par Tetra, fabricant d’emballage en carton, car ces deux marchés pourraient dans l’avenir se rapprocher « au point de constituer un marché unique au regard des règles de concurrence » et que les positions de force seraient « susceptibles de se renforcer mutuellement »². On parle alors d’effet de levier.

Section 1

Le champ d’application du contrôle

720. Domaine d’application *rationae materiae*. Le contrôle des concentrations, en droit interne et européen, est très général. Il s’applique, en principe, à tous les secteurs d’activité. Toutes les entreprises, même publiques, sont assujetties au contrôle (ainsi, en droit interne, l’article 410-1 du Code de commerce vise toutes les activités de production, de distribution et de services).

Ce principe est assorti d’exceptions et d’aménagements.

721. Le contrôle s’étend à tous les secteurs et toutes les entreprises : par exemple, le secteur de la presse³ ou de la défense⁴.

Cette compétence générale n’exclut pas qu’il existe des autorités de régulation sectorielles en France (par ex. : Commission de régulation de l’énergie [CRE] ; dans le secteur

1. TPICE 14 déc. 2005, aff. T-209/01, et TPICE 14 déc. 2005, *General Electric*, aff. T-210/01, *JDI* 2006. 711 s., obs. C. Prieto ; v. D. Brault, *eod. loc.*

2. TPI 25 oct. 2002, *Tetra Laval*, aff. T-80/023, *JDI* 2003. 625, obs. C.P.

3. Min. Éco. 28 oct. 2005, *Ouest France/Socpresse*, aff. C-2005-18 (*BOCC* 16 déc. 2005).

4. Min. Éco. 22 nov. 2005, *Thalès/TDA Armement*, aff. C-2005-104 (*BOCC* 21 juin 2006).

des télécommunications, Autorité de régulation des télécommunications [ART] créée en 1996, transformée par la loi du 20 mai 2005 en Autorité de régulation des communications électroniques et de la Poste [ARCEP] ; dans le secteur de l'audiovisuel, Conseil supérieur de l'audiovisuel [CSA]...). Ces autorités donnent leur avis sur la concentration et doivent alors saisir l'Autorité de la concurrence.

722. Secteur de la presse et l'audiovisuel ; secteur bancaire ; secteur des assurances. Ce secteur est fortement encadré, notamment pour les opérations de concentration. L'article 41-4 de la loi du 30 septembre 1986 sur la liberté de communication, modifié par la loi du 15 mai 2001 et la loi du 4 août 2008, prévoit expressément que l'Autorité de la concurrence doit, avant de se prononcer, saisir pour avis le Conseil supérieur de l'audiovisuel.

De même, l'article L. 612-22 du Code monétaire et financier prévoit que lorsqu'une opération de concentration concerne, directement ou indirectement, un établissement de crédit ou une entreprise d'investissement ayant fait l'objet d'un examen approfondi, l'Autorité de la concurrence doit saisir pour avis l'Autorité de contrôle prudentiel.

La loi du 4 août 2008 a introduit des dispositions comparables dans le secteur des assurances.

723. Domaine d'application *rationae territoriae*. Le contrôle des concentrations, tant en droit européen qu'en droit interne, est subordonné à des seuils exprimés en parts de marché ou en chiffre d'affaires. Ces seuils sont calculés par rapport au territoire national ou européen. Le droit européen ou interne s'applique dès lors que l'opération projetée a une incidence actuelle ou potentielle mais prévisible sur le territoire national ou européen. Peu importe que le siège social des entreprises soient situés hors UE. Une opération de concentration entre deux entreprises étrangères (hors UE) est soumise au contrôle européen lorsqu'elle entrave significativement la concurrence sur le marché intérieur. Comme en matière d'entente et d'abus de position dominante, la localisation de l'effet est le critère d'application du droit de la concurrence.

À l'inverse, lorsqu'une entreprise commune, résultant d'une opération de concentration, n'exerce ses activités que dans un État tiers à l'Union, l'opération ne relève pas du contrôle européen¹.

§ 1. LA DÉFINITION DES OPÉRATIONS DE CONCENTRATION

724. Convergence des textes européens et nationaux. Il ressort de l'article 3 du Règlement du 20 janvier 2004 et de l'article L. 430-1 du Code de commerce que l'opération de concentration peut consister en une opération de fusion ou scission d'entreprises indépendantes (A), ou une prise de contrôle d'une entreprise (B) ou encore la création d'une entreprise commune (C).

A. Fusion et scission entre entreprises antérieurement indépendantes

725. Définition de la fusion. La fusion au sens du contrôle des concentrations concerne aussi bien la fusion-acquisition² (entités fusionnant pour n'en former qu'une seule) que

1. Comm. du 12 août 2003, *Teijin/Zeon*.

2. Par ex. en droit interne : fusion entre les groupes Caisses d'épargne et banque populaire, conduisant à la création d'un nouvel organe commun aux deux groupes : ADLC n° 09-DCC-16. Cette opération a nécessité une intervention législative, loi 18 juin 2009.

la fusion-absorption (l'une des entités étant supprimée après avoir apporté son patrimoine à l'autre) ou fusion-scission. Si la fusion porte sur une société qui était déjà dépendante, le contrôle ne s'applique pas. Ainsi, en est-il en cas d'absorption par une société-mère d'une filiale majoritairement détenue. Toute réorganisation interne d'un groupe de sociétés, impliquant même une fusion-absorption, n'est pas soumise à contrôle, faute de changement de contrôle¹.

726. Fusion de fait. Même si les entreprises conservent leur personnalité juridique, elles peuvent convenir d'une gestion économique commune. La combinaison des activités d'entreprises antérieurement indépendantes aboutit alors à la création d'une unité économique². On parle de fusion de fait. L'existence d'une gestion économique unique et permanente est une condition nécessaire. D'autres facteurs, tels la compensation des profits et pertes, la répartition des recettes entre les différentes entités à l'intérieur du groupe, la responsabilité solidaire... peuvent aussi être pris en compte. La fusion de fait peut être réalisée par voie contractuelle : par exemple, la constitution d'une entité commune entre entreprises liées par une convention est analysée en une fusion de fait relevant du contrôle des concentrations malgré l'absence de liens financiers entre sociétés fondatrices et nouvelle entité³. La fusion de fait peut être renforcée par des participations croisées entre les entreprises.

B. Prise de contrôle sur l'entreprise

727. Définition. La concentration peut résulter d'un changement durable du contrôle par l'exercice d'une influence déterminante sur une entreprise indépendante. Les articles 1^{er}, b et 3 § 3, du Règlement de 2004⁴ comme l'article L. 430-1, 2^o et III du Code de commerce définissent les prises de contrôle d'une manière très large, par le biais d'une énumération non limitative des moyens employés, en considérant principalement le résultat ainsi obtenu, le contrôle de l'entreprise visée. Il convient dès lors de s'attacher à définir la notion d'influence déterminante (1^o) avant d'envisager les moyens de la prise de contrôle (2^o).

1^o Notion

728. Critère de l'influence déterminante. La condition d'influence déterminante visée par l'article L. 430-1, III du Code de commerce est calquée sur l'article 3, § 2, du Règlement du 20 janvier 2004, complété par la Communication consolidée sur la compétence de la Commission⁵. Selon la jurisprudence européenne, la condition est remplie chaque fois que les dirigeants ou les actionnaires d'une entreprise peuvent « bloquer les

1. Min. Éco. 9 août 2002 (BOCC 21 oct. 2002), *RJDA* 2003. 6, obs. D. Berlin : l'absorption par une société d'une filiale à 100 % n'est pas soumise à la réglementation des concentrations, car elle consistait en la réorganisation interne du groupe et n'impliquait aucun changement de contrôle.

2. Définition donnée par la Comm. CE (*JOCE* n° C-43 du 21 févr. 2009).

3. Min. Éco. 21 nov. 2003, *Sté MAAF assurances et a.* (BOCC 30 sept. 2004, p. 617), *CCC* 2004, comm. 174, et nos obs.

4. Art. 3, § 3 : « le contrôle découle des droits, contrats ou autres moyens qui confèrent seuls ou conjointement et compte tenu des circonstances de fait ou de droit, la possibilité d'exercer une influence déterminante sur l'activité d'une entreprise, et notamment... ».

5. Communication consolidée sur la compétence de la Comm. n° 2008/C/95/01 du 10 juill. 2007 : elle recense plusieurs moyens de contrôle.

décisions stratégiques de l'entreprise commune, telles que celles relatives à la nomination des organes de décision de l'entreprise commune que sont le conseil d'administration et le conseil de surveillance »¹.

Cette définition apparaît essentiellement pratique et les autorités nationale et européenne, même si elles énumèrent de façon non limitative un certain nombre de techniques de prise de contrôle, n'ont pas voulu s'enfermer dans une définition trop technique ou juridique. L'essentiel tient au fait que le contrôle doit être durable et porter sur les décisions stratégiques d'une entreprise.

729. Contrôle exclusif ou commun. La prise de contrôle d'une entreprise peut être le fait d'une personne (physique ou morale) ou de plusieurs (le contrôle est alors commun : C. com., art. L. 430-1, III, et art. 3-2, Règl. n° 139/2004).

2° Moyens

730. Prise de participation majoritaire ou minoritaire. L'influence est déterminante lorsqu'une entreprise détient la majorité dans le capital de l'entité visée. Tel peut également être le cas lorsqu'une entreprise détient une part prépondérante du capital, même si celle-ci n'est pas majoritaire, et notamment dans le cas d'une minorité de blocage (ce « contrôle exclusif négatif » permet de bloquer les décisions stratégiques). Ainsi, la détention de droits de veto portant sur des décisions stratégiques par des actionnaires minoritaires peut conférer une influence déterminante. Des droits de vote doubles ou multiples peuvent conférer une influence déterminante. À l'inverse, le fait pour une entreprise d'acquérir 42,4 % du capital et des voix, conférant une minorité de blocage, n'est pas constitutive d'une concentration si cette acquisition confère seulement le pouvoir de s'opposer à l'adoption de décisions requérant une majorité des deux tiers mais ne confère pas une influence déterminante².

Une prise de participation minoritaire, ne conférant aucune minorité de blocage (non contrôlante) peut avoir des conséquences sur la concurrence en raison des liens privilégiés entre les deux entreprises³. Des effets horizontaux peuvent en résulter, car dans certaines circonstances, l'entreprise détentrice de la participation minoritaire aura tendance à diminuer son agressivité à l'égard de l'entreprise concurrente ; de même, des effets verticaux peuvent être observés (par exemple, un fournisseur détenteur d'une participation minoritaire peut chercher à avantager l'entreprise dont il détient une participation minoritaire). L'affaire *Ryanair-Aer Lingus* a montré les divergences entre droit européen (qui ne tient pas compte de ce type de participation non minoritaire) et le droit britannique (qui en tient compte)⁴.

731. Le plus souvent, le changement de contrôle au sein d'une entreprise peut résulter de cession, rachat ou échange de titres.

1. TPICE 23 févr. 2006, aff. 282/02, *Cementbouw Handel*, Rec. 319.

2. Avis, Cons. conc. n° 97-A-14 du 1^{er} juill. 1997, *Carrefour-Cora*.

3. E. Pfister, « Les participations minoritaires : un point de vue de l'Autorité de la concurrence », *Concurrences* n° 3/2013, p. 28 s.

4. Après avoir acquis une participation de plus de 29 % du capital de son concurrent Aer Lingus, Ryanair avait tenté d'en prendre le contrôle – la Commission européenne avait interdit la prise de contrôle, mais n'avait pas ordonné à Ryanair de se défaire de cette participation minoritaire (Comm. UE du 27 févr. 2013, IP 13/67), tandis que l'autorité britannique de concurrence a enjoint à Ryanair en août 2013 de ramener sa participation à 5 %.

Un apport partiel d'actif peut aussi transférer le contrôle direct ou indirect de l'ensemble ou partie de deux ou plusieurs entreprises. Il en est de même de cessions de fonds de commerce, cession de clientèle...

732. À côté de la propriété ou de la jouissance d'une partie du capital, l'influence déterminante peut également provenir de la détention de droits ou contrats. L'article 3, § 1, a, du Règlement CE précise que le contrôle peut être caractérisé par un droit de jouissance sur les éléments d'actif d'une entreprise. Par exemple, le fait pour une entreprise d'être le principal créancier d'une entreprise concurrente¹ ou de conclure un contrat de location-gérance peut lui conférer une influence déterminante. Le contrat doit conduire à un contrôle de la gestion et des ressources de l'autre entreprise. Outre le transfert de contrôle de la direction et des ressources, ces contrats doivent se caractériser par une longue durée (par ex., huit ans).

L'acquisition d'un contrôle peut être directe ou indirecte – ce qui signifie qu'en cas de portage ou de prête-nom, c'est le bénéficiaire de cette opération qui doit être considéré comme ayant acquis le contrôle.

733. État de dépendance économique. Les accords de distribution intégrée, telle la franchise, ne permettent pas, en principe, au franchiseur de contrôler les activités du franchisé, car ce dernier est indépendant.

Cependant, l'opération peut relever des concentrations si le contrat de distribution est susceptible de conférer une influence déterminante de la tête de réseau sur le distributeur. La communication du 21 février 2009² prévoit que dans des circonstances exceptionnelles, une situation de dépendance économique peut conduire à un contrôle de fait, notamment lorsque d'importants accords de fourniture à long terme ou d'importants crédits à long terme octroyés par des fournisseurs ou des clients couplés avec d'autres liens structurels permettent d'exercer une influence déterminante. Doit être vérifié dans quelle mesure ces liens économiques, combinés avec d'autres liens, suffisent pour entraîner une modification durable du contrôle. Par exemple, l'accord de franchise peut être associé à une acquisition d'actifs³ ; ou encore, la tête de réseau prend une participation dans le capital de son distributeur de nature à lui permettre d'exercer une influence déterminante.

734. De même, en droit interne, le Conseil d'État a jugé que la simple détention par le franchiseur d'une minorité de blocage dans le capital du franchisé ne constitue pas une société quand cette participation au capital a pour objectif de protéger les intérêts financiers du franchiseur-investisseur⁴.

735. Concentration et grande distribution. La loi du 4 août 2008 a abaissé les seuils permettant d'exercer un contrôle plus effectif des opérations de concentration dans la grande distribution : les opérations de concentration impliquant au moins deux parties

1. Avis, Cons. conc. n° 97-A-23 du 15 oct. 1997, CCC 1998, comm. 72, obs. L. Vogel ; CE 31 mai 2000, *JCP E* 2000. 968, *RJDA* 12/2000, n° 1177 ; Min. Éco. 12 août 1999 (*BOCC* 18 oct. 2000).

2. Communication concernant le Règlement n° 139/2004 (*JOCE* n° C-43 du 21 févr. 2009).

3. Par ex. : Com. 26 juin 1997, *Toys « R »*, préc. : « le simple fait que l'accord de franchise fasse partie de l'opération ne saurait exempter l'ensemble de l'opération (acquisition d'actifs, de marque...) de l'application du Règlement sur les concentrations ».

4. CE 6 févr. 2004, *Royal Philips Electronics*, CCC 2004, comm. 59, et nos obs., *JCP E* 2005. 1004, p. 1118, obs. G. Decocq ; v. aussi, CE 31 janv. 2007, *Groupe presse France Antilles*, *RJC* mars-avr. 2007.

exploitant un ou plusieurs magasins de commerce de détail devront être notifiées à l'Autorité de la concurrence (sauf si les seuils européens sont atteints) dès que seront dépassés les deux seuils cumulatifs suivants (C. com., art. L. 430-2, II) : 75 millions d'euros de chiffre d'affaires mondial hors taxes réalisé par l'ensemble des entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales parties à la concentration ; 15 millions d'euros de chiffre d'affaires hors taxes réalisé en France dans le secteur du commerce de détail par deux au moins des entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales concernés.

Les lignes directrices de la DGCCRF du 16 décembre 2009 précisent la nature de « commerce de détail »¹.

736. Exclusions. L'article 3, § 5, du Règlement de 2004 exclut du contrôle des concentrations certaines opérations.

1° Les prises de contrôle temporaires. Il s'agit notamment du cas où « c'est une personne mandatée par l'autorité publique en vertu de la législation d'un État membre relative à la liquidation, à la faillite, à l'insolvabilité, à la cessation de paiement, au concordat ou à une autre procédure analogue » qui acquiert le contrôle.

2° Certaines opérations d'investissement passif. Lorsque l'opération n'a lieu que pour sauvegarder la pleine valeur de ces investissements et non pour déterminer le comportement concurrentiel des entreprises, le contrôle des concentrations n'a pas lieu de s'appliquer.

C. Création d'une entreprise commune

737. Entreprises de plein exercice du droit européen. L'article 3, § 4, du Règlement de 2004, comme l'article L. 430-1, II énoncent que la création d'une entreprise commune accomplissant de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome constitue une opération de concentration. Cela suppose que l'entreprise commune de plein exercice soit dotée durablement des moyens permettant d'exercer une activité économique (ressources, personnel, actifs...). Elle doit, selon la Communication consolidée sur la compétence de la Commission, « posséder un personnel d'encadrement », « avoir accès à toutes les ressources nécessaires », accomplir « de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome », et « jouer un rôle actif sur le marché »². En revanche, les entreprises communes qui ne font que coordonner le comportement de la société-mère et de la filiale relèvent du droit des ententes.

Même si l'entreprise commune est contrôlée par au moins deux entités distinctes, les grandes orientations doivent être définies en commun. Ceci exclut le cas où l'un des partenaires prend seul les grandes décisions sans que les autres actionnaires disposent d'un droit de *veto*. Il faut également que l'entreprise commune exerce une action sur le marché. C'est ainsi qu'une filiale commune de recherche et développement ne sera pas considérée comme une entreprise commune dans la mesure où elle dépend de ses entités fondatrices pour les fonctions de distribution.

La notion d'entreprise de plein exercice est appréciée avec souplesse. Ainsi, la notion a-t-elle été retenue, alors que les deux opérateurs subsistaient (KLM et Alitalia) pour certaines activités, tels les vols de charter, qu'aucune entité commune ou prise de contrôle n'avait eu lieu, car l'intégration de certains services était très forte.

1. V. V. Jaunet, E. Sarrazin et N. Kerbrat, *CCC* 2010, étude 8, spéc. n° 43.

2. Communication consolidée sur la compétence de la Comm. n° 2008/C/95/01 du 10 juill. 2007.

Si l'entreprise commune est le support d'une entente, le Conseil de la concurrence (devenu l'Autorité de la concurrence) peut en connaître, dès lors que les comportements litigieux sont détachables de la création ou la survie de l'entreprise commune, relevant du contrôle des concentrations¹. De même, l'article 101 TFUE est-il aussi applicable dans cette même hypothèse si l'entreprise commune est de dimension européenne.

§ 2. RÉPARTITION DES COMPÉTENCES NATIONALE ET EUROPÉENNE

La clé de répartition entre autorités européenne et nationale est fonction de seuils (A), lesquels laissent toutefois des facultés de renvoi (B).

A. Les seuils

1° Seuils européens

a) Critères de référence

738. Une détermination fondée sur le chiffre d'affaires. L'appréciation des seuils est réalisée sur la base du chiffre d'affaires, celui-ci faisant l'objet dans certains cas de traitement particulier.

L'article 5 du Règlement n° 139/2004 établit la manière de calculer le chiffre d'affaires. Celui-ci est déterminé en prenant le montant des ventes réalisées au cours du dernier exercice et correspondant à leurs activités ordinaires, déduction faite de certains impôts et taxes. Le chiffre d'affaires pris en compte est celui réalisé au sein de l'Union européenne.

739. Spécificités sectorielles. L'appréciation du chiffre d'affaires fait l'objet d'adaptation en fonction des spécificités des différents secteurs d'activité concernés : dans le secteur bancaire, la notion retenue est proche de celle de produit net bancaire (PNB) ; de même, dans le secteur des assurances, la notion retenue est celle des primes brutes émises.

740. Cas des groupes de sociétés. Compte tenu de la définition donnée pour les entités entrant dans une opération de concentration, celles-ci font souvent partie d'un groupe de sociétés. La définition du chiffre d'affaires à retenir fait l'objet de précisions dans l'article 5, § 4, du Règlement de 2004.

Il convient ainsi d'agréger au chiffre d'affaires de l'entité directement concernée celui de l'ensemble des sociétés du groupe, qu'elles soient directement ou indirectement contrôlées par celui-ci. Les techniques utilisées s'inspirent, dans ce cas, de celles de la consolidation comptable, notamment pour les corrections liées aux participations croisées.

L'opération de concentration se définit aussi par la prise de contrôle. Il convient donc de retenir toutes les entreprises contrôlées en incluant non seulement les entités contrôlées directement, mais l'ensemble de la chaîne de contrôle. La définition de la notion de contrôle en l'espèce requiert de s'attacher à la détention, directe ou indirecte, de la majorité du capital, du pouvoir d'exercer plus de la moitié des droits de vote, ou

1. Cons. conc. n° 02-D-44 du 11 juill. 2002, CCC 2002, comm. 157 et nos obs., JCP E 2003, II, 197 et 544, note P. Arhel.

d'exercer, plus généralement, le pouvoir dans l'entreprise (nomination des dirigeants, définition de la stratégie...) (art. 5-4, Règl. du 20 janv. 2004).

Les dispositions de la législation nationale prévoient l'obligation d'intégrer, dans le calcul du chiffre d'affaires, l'ensemble du groupe dont fait partie l'entreprise concernée. Les termes de l'article L. 430-1 du Code de commerce font référence aux « groupes de personnes physiques ou morales », notion ayant des conséquences proches de celles de la législation européenne, englobant les filiales, sous-filiales, et, de fait, toutes les entreprises contrôlées.

b) Les seuils

741. Les seuils : la grande dimension européenne. En vertu de l'article 1^{er}, § 2, du Règlement de 2004, une concentration est de dimension européenne si le chiffre d'affaires mondial hors taxe de toutes les entreprises concernées est d'au moins 5 milliards d'euros et si le chiffre d'affaires réalisé au sein de l'Union par deux entités concernées est supérieur, pour chacune d'entre elles, à 250 millions d'euros.

742. La petite dimension européenne. Une concentration qui n'atteint pas ces seuils peut néanmoins être qualifiée d'européenne si quatre conditions sont cumulativement vérifiées (art. 1^{er}, § 3) :

- le chiffre d'affaires total de l'ensemble des entités concernées, au sein et en dehors de l'Union européenne, est supérieur à 2,5 milliards d'euros ;
- le chiffre d'affaires total de ces entités est supérieur à 100 millions d'euros dans trois États membres de l'Union européenne ;
- le chiffre d'affaires individuel de deux au moins de ces entreprises est supérieur à 25 millions d'euros ;
- le chiffre d'affaires de deux au moins de ces entreprises est supérieur à 100 millions d'euros dans l'ensemble de l'Union européenne.

L'opération relève du Règlement européen même si isolément elle n'atteint pas les seuils, dès lors que l'opération a été scindée en plusieurs opérations successives dans une période de deux ans (art. 5, § 2, Règl. n° 139/2004).

2° Seuils nationaux

743. Compétence nationale en vertu de l'article 1 § 2, b, du Règlement du 20 janvier 2004. Lorsque chacune des entreprises concernées réalise plus des deux tiers de son chiffre d'affaires à l'intérieur d'un seul État membre, la concentration n'est plus qualifiée d'européenne. Elle relève de la compétence des autorités nationales.

Il en est de même lorsque les conditions tenant aux seuils européens ne sont pas remplies.

744. Compétence nationale en vertu de l'article L. 430-2 du Code de commerce. L'opération n'entre pas dans le champ d'application du Règlement européen si le chiffre d'affaires mondial hors taxe de l'ensemble des entreprises ou groupes parties à l'opération est supérieur à 150 millions d'euros et si le chiffre d'affaires hors taxe réalisé par au moins deux entreprises concernées¹ est supérieur à 50 millions d'euros et enfin si l'opération ne relève pas du contrôle européen (sauf hypothèse de renvoi).

1. Les parties concernées sont toutes les entreprises économiquement liées à l'entreprise partie à l'opération, à la condition qu'elles agissent sur le marché pertinent.

B. Les mécanismes de renvoi entre autorités nationale et européenne

Le Règlement de 2004 renforce la coopération entre la Commission et les autorités nationales dans le respect du principe de subsidiarité (art. 9, et cons. 11 s.).

1° Le renvoi d'une concentration européenne à un État membre

a) Le renvoi de l'article 21, § 4

745. La protection des intérêts légitimes. Pour tenir compte de ces sensibilités nationales, le Règlement de 1989 reconnaît aux États membres, dans des cas exceptionnels, une compétence même lorsqu'est en cause une opération de dimension européenne. En vertu de l'article 21, § 4, les États membres sont alors compétents dès lors qu'il s'agit d'assurer la « protection d'intérêts légitimes ».

Ces intérêts ne doivent pas être ceux déjà pris en considération par le Règlement lui-même, c'est-à-dire ceux tenant à la préservation de la concurrence. Ils doivent en outre rester cohérents avec les principes généraux du droit européen, tels celui de la libre circulation, du traitement identique des produits quel que soit le pays membre dont il provient...

De fait, trois types d'intérêts sont reconnus comme légitimes : la sécurité publique, la pluralité des organes de presse écrits ou audiovisuels et les règles prudentielles. Il s'agit donc d'exceptions définies de manière différente de celles figurant dans le Traité de l'Union européenne et notamment de celles énumérées à son article 30 (ordre public et sécurité publique, protection de la santé, des trésors nationaux, de la propriété industrielle et commerciale...).

Le renvoi n'est pas obligatoire. Il doit être accepté par la Commission, seule compétente pour apprécier si le renvoi est justifié¹.

746. Cas particulier du secteur des médias. Si l'on peut comprendre les exceptions à la compétence européenne dans le domaine de la sécurité publique et des règles prudentielles, celle concernant les médias peut être considérée comme plus difficile à justifier dans la mesure où les dispositifs nationaux dans ce dernier secteur ont été instaurés dans le même but que le contrôle européen, celui de restreindre les possibilités de concentration.

Tel est en particulier le cas en France, avec le dispositif spécifique de contrôle des concentrations dans le secteur de la presse et de la communication audiovisuelle, instauré par la loi du 1^{er} août 1986 pour la presse et la loi du 30 septembre 1986 en matière de communication audiovisuelle.

b) Le renvoi de l'article 9

747. Pour tenir compte des sensibilités nationales, une procédure de renvoi devant l'État membre est prévue dès 1989 et reprise en 2004. Cette possibilité a été introduite à la demande de l'Allemagne, d'où le nom parfois donné à l'article 9 de « clause allemande ». Le renvoi est possible lorsque la concentration « menace d'affecter de manière significative la concurrence dans un marché à l'intérieur d'un État, qui présente les caractéristiques d'un marché distinct » (art. 9, § 2, a) ou « affecte la concurrence dans un marché à l'intérieur de l'État, qui présente les caractéristiques d'un marché distinct et qui ne constitue pas une partie substantielle du marché commun » (art. 9, § 2, b).

1. CJCE 22 juin 2004, aff. C-42/01, *Portugal, Europe 2004*, comm. 302, obs. L. Idot.

Dans l'hypothèse visée au a), la Commission est libre d'opérer ou non le renvoi ; au b), elle est tenue d'y satisfaire (art. 9, § 3, al. 3).

Le renvoi peut être demandé à l'initiative de la Commission ou de l'État. L'article 9 est rarement appliqué.

2° Le renvoi d'une concentration nationale à la Commission

748. Le renvoi de l'article 22. Cette possibilité prévue dès 1989 fut qualifiée de clause « néerlandaise ». Elle a été légèrement amendée en 2004. Le renvoi est possible si l'opération sans dimension européenne « menace d'affecter significativement la concurrence » (art. 22). L'initiative de la demande revient aux États. Elle doit être transmise par la Commission aux autres États qui ont la possibilité de s'y joindre. La Commission a un pouvoir discrétionnaire pour accepter le renvoi. Pour que l'article 22 soit applicable, il faut que l'opération réponde aux conditions prévues par le Règlement communautaire (l'opération doit être une concentration ; elle est incompatible avec le marché commun et affecte le commerce européen). La décision de renvoi ne produit d'effets qu'à l'égard des États qui ont formulé la demande. Si un État a refusé de se joindre à la demande, il peut continuer à appliquer son droit national (art. 22, § 3, al. 3, *a contrario*, combiné avec l'art. 22, § 2, al. 3, *in fine*).

3° Les renvois pré-notification (art. 4)

749. Ces renvois sont une nouveauté du Règlement du 20 janvier 2004. Ces renvois interviennent avant la notification formelle de l'opération aux autorités de concurrence. Ils sont sollicités par les entreprises et non par les États. La Commission, saisie d'une demande de renvoi, prévient les États. Il peut s'agir d'un renvoi d'une opération de dimension européenne devant un État lorsque les marchés en cause présentent toutes les caractéristiques d'un marché distinct (art. 4, § 4) ou, à l'inverse, d'un renvoi d'une opération nationale sans dimension européenne devant la Commission dès lors que l'opération est susceptible de relever d'au moins trois États et dès lors que les parties et les États l'acceptent (art. 4, § 5). Le Règlement du 20 janvier 2004 a cherché à réduire l'insécurité juridique liée à des pluralités de notifications d'une même concentration à plusieurs autorités nationales. Est recherchée l'« autorité la plus appropriée » (Règl. n° 139/2004, cons. 14). La solution se fonde sur le principe anglais de *forum conveniens*.

Section 2

Mise en œuvre du contrôle

Les autorités européenne et interne de concurrence vérifient si l'opération projetée est susceptible de porter atteinte à la concurrence. Les modalités (§ 1) et la procédure de contrôle seront présentées (§ 2).

§ 1. MODALITÉS DU CONTRÔLE : LA PROTECTION DE LA CONCURRENCE

759. Le débat¹. La réforme majeure de 2004 porte sur les critères d'appréciation de l'opération. Deux thèses s'étaient affrontées dans l'appréciation de l'opération. La première

1. V. « Malentendus ou divergences transatlantiques », *Rev. conc. consom.* mai-juin 2003, p. 32 s. ; « Les évolutions récentes du contrôle des concentrations : effets unilatéraux et gains d'efficacité », *Rev. conc. consom.* janv.-févr.-mars 2004, p. 1 s.

thèse est fondée sur la *position dominante* : il convient de rechercher : 1° si l'opération de concentration conduit à la création ou au renforcement d'une position dominante et 2° si cette création ou renforcement conduit à une restriction significative de la concurrence (on parle du « test de la dominance »), alors l'opération ne sera pas autorisée. L'autre thèse est fondée sur l'*atteinte à la concurrence* : il convient de rechercher si l'opération conduit à une diminution substantielle de la concurrence sans rechercher préalablement s'il y a création ou renforcement d'une position dominante (on parle du test du *Substantial Lessening of Competition* ou « test SLC » ou encore de « test substantiel »). La première thèse était adoptée par le Règlement communautaire de 1989 ; la seconde par le droit américain et par le droit français en l'article L. 430-6 du Code de commerce. Le Règlement européen de 2004 sur le contrôle des concentrations a retenu la seconde thèse, l'atteinte à la concurrence – trait commun au droit français (A).

Une deuxième opposition est liée à la place des avantages économiques de l'opération, notamment pour les consommateurs (on parle alors des « efficacités économiques », par traduction littérale de la théorie de l'*efficiency*). Ceux-ci peuvent être directement intégrés dans le bilan concurrentiel, comme en droit américain ou font l'objet d'un bilan séparé, dans un deuxième temps au titre du bilan économique, comme en droit français. Seront donc étudiés les faits justificatifs, en distinguant droit européen et droit interne (B).

A. L'atteinte à la concurrence

1° Présentation générale

760. *Droit européen et l'adoption du critère de « l'entrave significative à la concurrence »*. Le Règlement n° 139/2004 prévoit que l'incompatibilité puisse résulter de l'entrave significative à la concurrence (art. 2). Il abandonne le seul critère fondé sur la domination. Cette référence à l'entrave significative à la concurrence permet à la Commission d'appréhender des rapprochements d'entreprises, qui n'entraînent pas nécessairement création ou renforcement de position dominante. Ceci vise des opérations de concentration effectuées sur des marchés oligopolistiques, par lesquelles des entreprises se rapprochent sans avoir une position dominante sur le marché et sans établir entre elles une collusion. Faute de coordination entre elles, la concentration ne produit que des effets unilatéraux, pouvant altérer la concurrence et notamment nuire aux consommateurs. La Commission, censurée par le TPICE (devenu TPIUE) avait appliqué, dans l'affaire *Airtours* une analyse structurelle¹ – critiquée – de la position dominante collective pour pouvoir appréhender des rapprochements d'entreprises conduisant à un oligopole non collusif.

Sont désormais déclarées incompatibles les concentrations « qui entraveraient de manière significative une concurrence effective dans le marché commun ou une partie substantielle de celui-ci, notamment du fait de la création ou du renforcement d'une position dominante » (art. 2, § 2 et § 3). La création ou le renforcement d'une position dominante restent donc visés. Ils sont même considérés comme la forme d'atteinte à la concurrence la plus fréquente, surtout dans les concentrations horizontales (cons. 26). Pour autant, la création ou le renforcement de la position dominante sont une des hypothèses d'atteinte à la concurrence.

1. TPICE 6 juin 2002, *Airtours*, aff. T-342/99, *Rec.* 2585 ; sur la position dominante collective, ss 698 s.

Une concentration créant ou renforçant une position de leader sur un marché ne soulève pas systématiquement de problème en droit de la concurrence dès lors que le marché sur lequel agit la nouvelle entité évolue rapidement¹.

Le nouveau Règlement est calqué sur l'article L. 430-6 du Code de commerce, puisqu'il adopte le « test substantiel », avec une différence liée à l'exigence d'une atteinte significative – condition non requise en droit interne :

761. Droit interne. Aux termes de l'article L. 430-6 du Code de commerce, toute opération de nature à porter atteinte à la concurrence est interdite. Cette atteinte à la concurrence consiste notamment en la création ou le maintien d'une position dominante. La loi NRE de 2001 a précisé que l'opération sera interdite si elle est « de nature à porter atteinte à la concurrence notamment par création ou renforcement d'une puissance d'achat qui place les fournisseurs en situation de dépendance économique ». On retrouve les préoccupations françaises en matière de grande distribution.

762. Une analyse économique de l'atteinte à la concurrence. La place accordée à l'analyse économique est très importante pour apprécier l'impact de l'opération sur la concurrence. L'analyse est prospective. Il s'agit de comparer, *ex ante*, le marché avant l'opération et après l'opération. Pour cela, une analyse prospective doit être faite. Il convient de déterminer ce qui se passera à l'avenir si l'opération était autorisée, en tenant compte du fonctionnement du marché dans le passé, des modifications suscitées par l'opération, notamment en terme d'incitation des entreprises, etc. Il convient de délimiter le marché pertinent et de vérifier si l'opération projetée est susceptible de fausser le jeu de la concurrence sur ce marché. L'analyse reposant sur une projection dans l'avenir repose donc sur des analyses probables. C'est toute la difficulté d'un contrôle *ex ante*, *a priori*.

763. Délimitation du marché. Classiquement, la délimitation du marché se fait par référence à la substituabilité entre différents produits ou services – critère déterminant de délimitation des marchés pertinents. Cette analyse n'est pas remise en cause par les lignes directrices de l'Autorité de la concurrence du 10 juillet 2013 ni par la pratique décisionnelle de la Commission ou par le Règlement de 2004. Ainsi, dans le considérant 32 du Règlement, il est énoncé qu'une part de marché inférieure à 25 % constitue une présomption de compatibilité. Un test couramment utilisé pour délimiter le marché est le test dit du « monopoleur hypothétique » (test SSNIP)² permettant d'apprécier la pression concurrentielle sur les prix susceptible d'être exercée par des concurrents. Il est consacré dans la Communication européenne de 1997 sur la délimitation du marché³ (v. ss 163 et 165).

Mais les autorités de concurrence font preuve de pragmatisme et adoptent diverses méthodes économiques de délimitation du marché – ce qui rend l'analyse des décisions de concentration passablement obscure pour un juriste. De nouveaux instruments économiques sont parfois utilisés pour mesurer la pression concurrentielle par les autorités de concurrence⁴, tel le test UPP⁵. Ce test peut être utilisé sans délimitation très précise du marché pertinent.

1. Par ex. : Comm. CE du 27 avr. 2006, *Seagate c/ Maxtor*, COMP/M.4100, *Concurrences* n° 3-2006, p. 114.

2. SSNIP : *small but significant and non-transitory increase in price* : augmentation faible mais significative et non transitoire des prix.

3. Communication sur la délimitation du marché en cause aux fins du droit communautaire (JOCE n° C-372 du 9 déc. 1997, p. 5 à 13).

4. Décis. n° 12-DCC-92 du 2 juill. 2012 relative à l'acquisition de six sociétés du groupe Patriarche par la société Castel Frères SAS.

5. UPP : *Upward Pricing Pressure*.

764. L'atteinte à la concurrence. Pour mesurer si l'opération est de nature à entraver significativement la concurrence, les autorités de concurrence recherchent si le marché est ou non concentré. Les lignes directrices européennes sur l'appréciation des concentrations horizontales¹ et non horizontales² retiennent le test purement économique de concentration de marché (l'indice IHH, c'est-à-dire « Index Hirschmann-Herfindhal »), qui tient compte du degré de concentration d'un marché, délaissant l'analyse classique de la position dominante par référence aux critères de substituabilité.

Pour apprécier le risque d'atteinte à la concurrence, l'autorité de la concurrence prend en compte la part de marché du nouvel ensemble mis en place par l'opération de concentration, les parts de marché des autres opérateurs concurrents présents sur le marché, les avantages économiques résultant de cette concentration, l'existence ou l'absence de concurrents potentiels (tenant aux coûts d'entrée sur le marché, d'éventuelles difficultés d'approvisionnement en matières premières, l'existence de brevets...). Exceptionnellement, une autre méthode, dite des « effets unilatéraux », peut être retenue, en appréhendant l'ensemble des pertes de bien-être (liées à l'augmentation des coûts, ou la diminution des quantités produites), compte tenu de la réaction prévisible des concurrents³.

2° Typologie des atteintes à la concurrence

765. Concentrations horizontales et effets non coordonnés (effets unilatéraux). Le regroupement horizontal de concurrents en une même entité est d'autant plus préjudiciable que les parts de marché respectives sont importantes⁴. Mais, l'opération peut aussi être préjudiciable aux consommateurs, sans nécessairement que les parties à l'opération aient des parts de marché importantes. Par exemple, le regroupement de deux producteurs de biens élimine la pression concurrentielle et il est à craindre que la nouvelle entité augmente ses prix aux consommateurs, sans nécessairement que cette nouvelle entité soit en position dominante. La Commission prend en compte les effets non coordonnés sur un marché, qualifiés par les économistes d'« effets unilatéraux ». Ces effets unilatéraux se définissent comme l'ensemble des pertes de bien-être liées à l'augmentation des coûts, ou la diminution des quantités produites, compte tenu de la réaction prévisible des concurrents résultant des modifications de prix et de quantités adoptées par les concurrents après la concentration⁵ : si des effets unilatéraux sont prévisibles, ceci signifie que la nouvelle entité est en mesure de fixer ses prix ou les quantités produites indépendamment de toute pression concurrentielle. L'opération peut rendre la clientèle captive, car il est peu ou pas de concurrent, ou parce que le changement de fournisseur est difficile ou coûteux, et que les concurrents ont de faible capacité de production. Les autorités de concurrence évaluent le degré de concurrence entre les parties à la fusion (les lignes directrices parlent de « proximité des offres »). Plus cette proximité est importante, plus le risque de hausse des prix est grand. À l'inverse,

1. JOUE n° L-31 du 5 févr. 2004, p. 5.

2. Comm. CE n° 2004-C-31-03 du 5 févr. 2004.

3. D. Théophile et I. Simic, « L'analyse des effets unilatéraux des concentrations horizontales par les autorités françaises de concurrence », CCC 2006, étude 27.

4. Les risques pour la concurrence peuvent aussi se rencontrer lorsque les opérateurs ne sont pas concurrents directs, mais indirects (regroupement entre un opérateur fabriquant des produits recherchés par la clientèle et celui fabriquant des produits de « second choix ») : par ex. Comm. du 1^{er} sept. 2000, aff. IV. M. 1980, *Volvo-Renault VI*.

5. G. Cerutti, « Bilan et perspectives du contrôle français des concentrations », *Concurrences* n° 3-2006, p. 50 s., spéc. n° 38 s.

des effets unilatéraux pourraient être limités malgré une part de marché combinée élevée si les entreprises fusionnant se trouvent sur les marchés différents.

Par exemple, il a été jugé que, sur un marché (saumon en Écosse) caractérisé par l'inélasticité de l'offre à court terme, sur lequel la concurrence est une concurrence en quantités et non en prix, une opération de concentration entre deux acteurs importants du marché peut en théorie avoir pour effet de tendre l'offre et de faire monter les prix indépendamment de la création ou du renforcement d'une position dominante. La nouvelle entité peut être en mesure d'exercer un pouvoir de marché, en décidant, par exemple, de réduire l'offre afin de provoquer une hausse des prix, sans que les concurrents puissent réagir par une augmentation de la production¹. L'atteinte prévisible à la concurrence a été considérée comme établie par les autorités de concurrence, sans tenir compte des gains d'efficacité, portant sur une réduction des coûts fixes.

La théorie des effets unilatéraux repose sur une définition économique du pouvoir de marché compris comme l'exercice d'une influence relative sur un marché². Il n'est pas alors nécessaire de délimiter préalablement le marché pertinent pour analyser cette influence prévisible, car la théorie appréhende directement les effets d'une concentration sur les prix sans délimitation précise du marché. En outre, la théorie permet d'appréhender l'influence qu'exerce une entreprise qui ne dispose pas nécessairement d'une part de marché supérieure à celle de ses concurrents, car des effets unilatéraux peuvent se produire en l'absence de position dominante. Tout dépend du pouvoir de marché.

Ainsi, si une entreprise dispose de capacités de production inemployée, elle dispose d'un pouvoir de marché, car elle pourra réagir à une hausse des prix ou une réduction de l'offre de son concurrent³.

À l'inverse, une opération pourra être autorisée en dépit de parts de marché élevées (entre 35 et 55 %), dès lors que les parties à l'opération proposent des produits élevés et que les concurrents disposent de capacités de production excédentaire pour contrer toute tentative de hausse des prix⁴.

Pour limiter les effets unilatéraux, la concentration peut être autorisée, sous conditions de cessions de certaines marques incontournables⁵.

766. Concentration horizontale et effets coordonnés : la position dominante collective. La concentration sur un marché étroit peut contribuer à inciter ou renforcer les entreprises à adopter une ligne d'action commune sur le marché. La question renvoie à celle de la position dominante collective qui suscite des collusions tacites. Avec l'arrêt *Airtours*⁶, des critères de la position dominante collective ont été dégagés par le TPICE : 1° le marché pertinent doit être transparent, ce qui signifie que chaque membre de l'oligopole puisse connaître le comportement et les intentions des autres pour pouvoir s'adapter, sans concertation entre les entreprises ; 2° tout écart par l'un des concurrents de la ligne de conduite commune doit être susceptible d'entraîner des représailles ; 3° l'oligopole ne peut pas être déstabilisé par des tiers, tels que les entrants potentiels ou consommateurs.

1. Lettre ministre n° C-2006-139 du 22 novembre 2006, *Pan Fish et Marine Harvest* : l'opération a été néanmoins autorisée en raison d'engagements structurels (cession de sites de production en Écosse).

2. D. Théophile et I. Simic, « L'analyse des effets unilatéraux des concentrations horizontales par les autorités françaises de concurrence », CCC 2006, étude 27, spéc. n° 17.

3. Pour plus de développement, D. Théophile et I. Simic, préc., spéc. n° 26 s.

4. Comm. CE du 23 mai 2006, *Orica c/ Dyno*, COMP/M.4151, *Concurrences* n° 3-2003, p. 115, obs. S. M.

5. Par ex. : Comm. eur. du 6 janv. 2010, *Kraft Foods/Cadbury*, COMP/M.5644, *Concurrences* n° 2-2010, p. 110.

6. TPICE 6 juin 2002, aff. T-342/99, *Airtours plc*, Rec. 2585.

767. Concentration conglomérale. *A priori*, une telle concentration n'affecte pas la concurrence, mais une analyse *in concreto* s'impose car des effets restrictifs de concurrence peuvent s'observer : par exemple, des effets de gamme¹ ou de portefeuille² ou en cas de contrôle d'une technologie³. Ainsi, même si l'opération ne se traduit pas par une augmentation significative de parts de marché, elle peut être interdite si elle permet à l'acquéreur – qui dispose déjà de marques – d'ajouter une marque incontournable ou notoire⁴.

Une communication (28 nov. 2007) a établi un seuil (30 % de parts de marché de l'entité issue de la concentration) et un niveau de concentration (exprimé en référence à l'indice HHI) en deçà desquels il est peu probable que la Commission décèle des problèmes de concurrence.

768. Concentration verticale. La concentration verticale n'a pas, *a priori*, d'impact sur la concurrence, car elle ne conduit pas à une addition de parts de marché, chaque entreprise étant à un stade différent du circuit économique et agissant donc sur des marchés distincts. Mais, comme pour la concentration conglomérale, des effets restrictifs peuvent s'observer. La Commission prend en compte les effets de l'opération sur les marchés connexes. L'opération peut ainsi aboutir pour les concurrents à la suppression d'une source d'approvisionnement ou d'un débouché ou à un état de dépendance. Des effets de gamme peuvent être constatés⁵. L'opération ne sera pas autorisée si elle conduit à un effet de fermeture du marché (en amont ou en aval), si elle élimine une concurrence potentielle, ou renforce une collusion tacite entre entreprises.

769. Analyse politique. La Commission n'hésite pas à interpréter de façon large les textes en matière de contrôle des concentrations. Ainsi, elle a refusé la prise de capital de la société espagnole Hidrocantabrico par EDF en août 2001, alors que cette participation ne lui donnait pas le contrôle de la société, par ailleurs seulement quatrième producteur d'électricité espagnole. Cette solution se justifie probablement par la volonté de la Commission de faire pression sur l'État français pour qu'il favorise l'interconnexion entre les deux pays et contribue ainsi à la libéralisation du marché énergétique.

B. Faits justificatifs

1° Théorie de l'entreprise défaillante

770. Droit européen⁶. L'exception visant le cas des entreprises défaillantes vise une opération de concentration portant sur une entreprise défaillante. Même si cette opération

1. Les effets de gamme résultent de l'addition de différents produits dans une même offre.

2. L'effet de portefeuille provient de la détention par un même groupe d'un portefeuille de marques notoires, dont des marques incontournables.

3. G. Cerutti, « Bilan et perspectives du contrôle français des concentrations », préc., n° 43 ; CJCE 15 févr. 2005, *Tetra Laval*, aff. C-12/03, *Rec.* 987 ; TPICE 14 déc. 2005, *General Electric/Honeywell*, aff. T-210/01.

4. Avis, Cons. conc. n° 02-A-07 du 15 mai 2002 ; L. Bidaud, « Marques notoires, pouvoir de marché et atteinte à la concurrence... Analyses à géométrie variable en droit des concentrations », *JCP E* 2004, 1459.

5. La nouvelle entité acquiert une présence continue à plusieurs stades économiques, de la production à la distribution.

6. De Montalembert et Niedolisteck, « L'exception d'entreprise défaillante, Approche comparée », *JCP E* 2005, I. 314.

conduit au renforcement ou à la création d'une position dominante, celle-ci est déclarée compatible, car le sauvetage de l'entreprise permet de sauvegarder l'intensité de la concurrence, là où sa disparition entraînerait, *de facto*, une concentration restreignant la situation concurrentielle du marché.

L'exception de l'entreprise défaillante (*failing company defense*) a été admise pour la première fois dans l'affaire *Kali et Salz*¹, puis ultérieurement².

Trois conditions sont requises par les lignes directrices du 5 février 2004 sur les concentrations horizontales : 1° l'entreprise défaillante acquise doit être condamnée à disparaître rapidement du marché si elle n'est pas reprise ; 2° il ne doit pas exister d'alternative de reprise moins dommageable pour la concurrence ; 3° l'opération de reprise doit être neutre du point de vue de la concurrence – ce qui signifie que toutes les parts de marché de l'entreprise défaillante seront acquises par l'entreprise reprenneuse en cas de disparition de la première (condition remplie dans les situations de duopole). Dans l'affaire *BASF*³, la Commission a estimé que la troisième condition est remplie, même en l'absence de reprise des parts de marché par un concurrent, en cas de disparition certaine des actifs ayant des effets aussi néfastes pour la concurrence et notamment pour les consommateurs que la concentration.

771. Droit interne. L'exception de l'entreprise défaillante a été accueillie en droit interne⁴. Les conditions sont les mêmes qu'en droit européen.

2° Gains d'efficacité en droit européen et bilan économique du droit interne

772. Gains d'efficacité en droit européen. Les lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales⁵ et non horizontales⁶ consacrent la théorie des gains d'efficacité, défendue par l'analyse économique. Sur la base de gains d'efficacité, l'opération de concentration peut être autorisée si les effets positifs en terme d'efficacité économique l'emportent sur les effets négatifs en terme de concurrence. Une analyse concurrentielle négative peut être compensée par la preuve de gains d'efficacité.

Les gains d'efficacité peuvent être quantitatifs (réduction des coûts de production, économies d'échelle...) ou qualitatifs (nouveaux produits, produits améliorés...). Mais les gains doivent être à l'avantage des consommateurs, liés à la concentration et vérifiables.

773. Compensation des effets anticoncurrentiels par les engagements. On ajoutera que les effets anticoncurrentiels d'une opération peuvent aussi être compensés par les engagements des parties.

1. CJCE 31 mars 1998, aff. jtes C-68/94 et 30/95, *Rec.* 1375.

2. Par ex. : Comm. du 11 juill. 2001, *BASF* (*JOCE* n° L-132 du 17 mai 2002), *Europe* 2002, n° 248, obs. L. Idot.

3. Comm. du 11 juill. 2001, *BASF*, préc.

4. CE 6 févr. 2004, *Sté Royal Philips Électronique, Lebon* 2731, annulant une décision d'autorisation en application de la théorie de l'entreprise défaillante, au motif que la preuve du caractère moins dommageable pour le consommateur n'était pas rapportée.

5. Comm. du 5 févr. 2004, préc.

6. Comm. CE n° 2008-C-07 du 18 oct. 2008, lignes directrices sur l'appréciation des concentrations non horizontales (pt 21), *op. cit.*

774. Le bilan économique du droit interne. Le droit français adopte la théorie du bilan économique en l'article L. 430-6 du Code de commerce¹.

L'analyse de l'opération se fait en deux temps : une analyse concurrentielle, et si celle-ci est négative, une analyse économique en intégrant les bienfaits d'ordre économique.

L'Autorité de la concurrence, quand elle prend sa décision, peut autoriser l'opération « en obligeant les parties à prescriptions de nature à apporter au progrès économique une contribution suffisante pour compenser les atteintes à la concurrence » (C. com., art. L. 430-7). La loi du 4 août 2008 a fait disparaître la possibilité d'invoquer un progrès social.

Trois conditions doivent être réunies², consacrées par les lignes directrices de la DGC-CRF³ : 1° les gains d'efficacité doivent être quantifiables et vérifiables ; 2° ils doivent être spécifiques à la concentration (il ne doit pas y avoir d'autres moyens moins dommageables pour la concurrence que la concentration envisagée pour les obtenir) ; 3° une part significative de ces gains doit être transférée à la collectivité dans son ensemble, et notamment aux consommateurs.

775. Motifs d'intérêt général. La loi du 4 août 2008 prévoit que le ministre de l'Économie peut, au nom de l'intérêt général, se substituer à la solution adoptée par l'Autorité de la concurrence (C. com., art. L. 430-7-1).

Le ministre, à l'issue de la phase 1, « peut demander » à l'ADLC d'engager une phase 2 nonobstant sa décision d'autorisation ; à l'issue de la phase 2, le ministre peut statuer sur l'opération au nom de l'intérêt général. Il peut donc autoriser une opération qui aurait été interdite, ou à l'inverse, la refuser alors que l'Autorité l'aurait autorisée. Ces motifs d'intérêt général comprennent notamment « le développement industriel, la compétitivité des entreprises au regard de la concurrence international (le ministre défend des entreprises françaises au nom du patriotisme économique), ou le maintien de l'emploi ». Naguère, la compétitivité internationale ou le maintien de l'emploi était intégré dans le bilan économique. Ces faits justificatifs étaient très rarement admis. Il est à penser que le ministre de l'Économie adoptera une même attitude : le bon fonctionnement du marché l'emporte sur les préoccupations sociales.

§ 2. PROCÉDURE

Dans les deux droits, la procédure peut se dérouler simplement en une seule phase : la procédure est dite légère (A). Les autorités peuvent décider d'ouvrir une phase II d'examen approfondi si elles craignent des risques d'atteinte à la concurrence (B).

A. Phase I (procédure légère)

Il faut distinguer la procédure européenne de la procédure interne.

1° Procédure européenne

776. Une prérogative de la Commission européenne. C'est la Commission européenne qui exerce le pouvoir de contrôle des opérations de dimension européenne, ou de

1. D. Brault et Buhart, « Progrès économique et contrôle de la concentration », *LPA* 6 sept. 2002, n° 179, p. 9 ; Leygonie et Condomines, « La prise en compte des gains d'efficience dans le contrôle des concentrations », *LPA* 19 mars 2003, n° 58, p. 4.

2. Avis, Cons. conc. n° 99-A-14 du 28 sept. 1999, *Coca Cola* (BOCC 30 déc. 2000).

3. Lignes directrices relatives au contrôle des concentrations, 30 avr. 2007

celles de dimension nationale mais ayant fait l'objet d'un renvoi par les États et les entreprises. Compte tenu de l'importance des enjeux, la procédure est enserrée dans des délais impératifs courts.

a) Notification

777. Obligation de notification préalable. La notification déclenche le contrôle *ex ante*. Elle est réalisée par l'entreprise qui exerce, dans l'opération, le rôle d'acquéreur. Lorsqu'il s'agit d'une fusion ou d'une prise de contrôle en commun, la notification est opérée conjointement par les entreprises participantes. L'absence de notification, délibérée ou par négligence, est sanctionnée comme la violation de l'obligation de suspension ou la réalisation d'une concentration incompatible.

Depuis le Règlement du 20 janvier 2004, les opérateurs sont libres du choix du moment de la notification, celle-ci devant avoir lieu au plus tard avant la réalisation de l'opération.

778. La notification d'un simple projet. Elle est désormais possible pourvu que les entreprises « démontrent de bonne foi à la commission leur intention de conclure un accord » (Règl. du 20 janv. 2004, art. 4, § 1, al. 2). Un protocole d'accord, une lettre d'intention signée des parties ou l'annonce publique de l'intention de déposer une offre publique d'achat ou d'échange suffisent.

b) Suspension de l'opération

779. Une opération européenne ne peut être réalisée tant qu'elle n'a pas été notifiée et déclarée compatible (art. 7). Le non-respect de l'obligation de suspension est sanctionné comme la réalisation d'une concentration déclarée incompatible (art. 18).

Néanmoins, la Commission peut, sur demande, accorder une dérogation autorisant la réalisation de l'opération, assortie le cas échéant, de conditions et de charges destinées à assurer des conditions de concurrence effective. Cette dérogation peut être demandée et accordée à tout moment (art. 7, § 3).

c) Décision de la Commission

780. Assouplissement des délais. La Commission dispose de vingt-cinq jours pour se prononcer (art. 10). Ce délai est porté à trente-cinq jours en cas de demande de renvoi ou lorsque les entreprises proposent des engagements afin de rendre compatibles avec le marché commun leur opération.

En réaction avec les critiques formulées lors de l'affaire *Schneider*¹, le nouveau Règlement prévoit un « arrêt de la pendule » (*stop the clock*). Le délai est suspendu lorsque la Commission est obligée de demander un renseignement ou d'ordonner une inspection (art. 10, § 4).

781. Procédure : protection des enquêtes et du secret des affaires. Dans l'arrêt *Odile Jacob*², la Cour de justice privilégie la protection des enquêtes sur les droits des tiers. Elle

1. TPICE 22 oct. 2002, aff. T-310/01, *Rec.* 4071, *Europe* 2002, comm. 420, obs. L. Idot : l'écoulement des délais avait empêché la Commission de procéder aux *market tests* nécessaires à l'acceptation des engagements.

2. CJUE (deux arrêts), 28 juin 2012, *Odile Jacob*, aff. C-404/10, *Concurrences* n° 4-2012, p. 143.

consacre le caractère confidentiel des documents échangés entre la Commission et les parties ou les tiers dans le cadre du contrôle des concentrations.

En l'espèce, les éditions Odile Jacob avaient demandé à avoir accès à un nombre significatif de documents, dont certains avaient été remis par les parties notifiantes ou des tiers à l'occasion du contrôle de l'opération de concentration Lagadère/Natexis/VUP, déclarée compatible par la Commission ¹, et d'autres avaient été établis par la Commission et ses services pour les besoins de l'analyse. Pour justifier ses demandes, Odile Jacob indiquait que ces documents étaient nécessaires au soutien de ses recours contre ses recours contre la décision d'autorisation de l'opération, et contre la décision agréant Wendel Investissement comme acquéreur des actifs cédés par Lagadère à cette occasion. La demande fut rejetée.

782. Droit à être entendu. Toute personne intéressée, et tout tiers qui subit les effets de l'opération, peut être entendu. Ainsi, par exemple, des associations de consommateurs peuvent être entendues, dans le cadre de l'examen d'une concentration par la Commission. Cela suppose que l'association exerce un rôle sur le marché concerné par l'opération de concentration (elle doit concerner des produits ou services utilisés par les consommateurs finals) et qu'elle introduise une demande écrite afin d'être entendue par la Commission, postérieurement à la notification de la concentration ².

783. En vertu de l'article 6 du Règlement du 20 janvier 2004, la Commission peut :

- décider que l'opération ne relève pas du contrôle européen ;
- rendre une décision de compatibilité en tenant compte le cas échéant de modifications apportées par les entreprises (art. 6, § 1). La décision déclarant la concentration compatible est réputée couvrir les restrictions directement liées et nécessaires à la réalisation de la concentration. La Commission peut assortir sa décision « de conditions et de charges destinées à assurer que les entreprises concernées respectent les engagements qu'elles ont pris à son égard en vue de rendre la concentration compatible avec le marché commun » (art. 6, § 2) (sur les engagements en matière de pratiques anticoncurrentielles, v. aussi ss 582) ;
- considérer que la concentration notifiée soulève des doutes sérieux quant à sa compatibilité avec le marché commun et décider d'engager la procédure d'examen approfondi (phase II).

En cas de tromperie ou d'indications inexactes, ou si les entreprises contreviennent à une charge, la Commission peut révoquer la décision qu'elle a prise.

784. Les engagements pris au cours de la phase I permettant d'ouvrir une décision d'approbation sont soumis à deux conditions. 1° ces engagements doivent constituer une réponse directe et suffisante de nature à exclure les doutes quant à la compatibilité de l'opération ; 2° les engagements proposés ne peuvent être contraires aux règles de concurrence, notamment aux articles 101, § 1 et § 2, TFUE.

785. Un recours en annulation contre la décision de la Commission peut être introduit devant le tribunal de première instance de l'Union européenne. Si la Commission n'autorise pas une opération de concentration et que le TPIUE annule la décision, la responsabilité de la Commission peut être engagée en cas de méconnaissance manifeste et grave

1. Décis. n° 2004/422/CE du 7 janv. 2004, *COMP/M.2978* (JOUE n° L-125, p. 54).

2. Trib. UE 12 oct. 2011, aff. T-224/10, *D. actualités* 23 nov. 2011, obs. C. Demunck.

des limites qui s'imposent à son pouvoir d'appréciation. Ainsi, le TPICE (devenu TPIUE) a considéré que la méconnaissance grave et manifeste par la Commission des droits de la défense de Schneider lors de la décision d'interdiction de la fusion avec Legrand constituait une violation suffisamment caractérisée du droit européen pour ouvrir droit à indemnisation de Schneider¹.

2° Procédure nationale

La procédure est très similaire à celle du droit européen.

a) Notification

786. Notification. Depuis la loi du 15 mai 2001, toute opération de concentration doit être notifiée. La loi du 9 décembre 2004 de simplification du droit autorise la notification d'un simple projet pour autant qu'il soit suffisamment abouti, sous forme par exemple de lettre d'intention ou dès l'annonce d'une offre publique. Le non-respect de l'obligation de notification est sanctionné lourdement : l'amende peut aller jusqu'à 5 % du chiffre d'affaires hors taxe réalisé en France lors du dernier exercice clos (C. com., art. L. 430-3).

Si l'opération a été réalisée sans notification préalable, les parties doivent procéder à la notification, ou revenir à l'état antérieur (art. L. 430-8-1).

La notification est effectuée, depuis la loi du 4 août 2008, devant l'Autorité de la concurrence (C. com., art. 430-3).

787. Pré-notification. Les lignes directrices du 10 juillet 2013 insistent sur la faculté de pré-notification qui permet aux entreprises de favoriser un échange entre entreprises et Autorité de la concurrence, permettant un examen plus rapide de l'opération par l'Autorité.

788. Procédure simplifiée. Les lignes directrices de juillet 2013 précisent les conditions de la procédure simplifiée mise en place depuis janvier 2011. Cette procédure s'applique aux opérations qui ne sont pas susceptibles de poser des problèmes de concurrence. Il s'agit d'opérations pour lesquelles le ou les acquéreurs ne sont présents ni sur les mêmes marchés que ceux sur lesquels opèrent la ou les cibles, ni sur des marchés amont, aval ou connexes, ou qui sont notifiables en application du II de l'article L. 430-2 du Code de commerce, mais non du I du même article et qui n'entraînent pas un changement d'enseigne du ou des magasins de commerce de détail concernés. L'Autorité de la concurrence s'engage à prendre une décision simplifiée dans un délai de quinze jours.

b) Suspension

789. Tant que l'opération n'a pas été autorisée, elle ne peut être réalisée (C. com., art. 430-4). Une dérogation est possible en cas de nécessité particulière.

1. TPICE 11 juill. 2007, aff. T-351/03, *Schneider Électric, Europe* 2007, comm. 265, note L. Idot : « seule la circonstance que Scheider a été privée, en raison de la discordance entre la communication des griefs... et la décision d'incompatibilité, de la possibilité d'adopter des mesures correctives aptes à résoudre le problème (lié à l'opération projetée) est créatrice d'un droit... à obtenir des dommages-intérêts... ».

c) *Décision de l'Autorité de la concurrence*

790. L'Autorité de la concurrence dispose de vingt-cinq jours pour se prononcer (C. com., art. L. 430-5, I). Elle dispose des mêmes possibilités qu'en droit européen, avec en outre la possibilité d'en référer au ministre de l'Économie :

- elle peut décider que l'opération ne relève pas de sa compétence (dimension européenne ; seuils non atteints même au regard du droit interne) ;
 - elle peut autoriser l'opération en la subordonnant à la réalisation effective des engagements pris par les parties ;
 - elle peut engager la phase d'examen approfondi (phase II) ;
- Elle peut aussi informer le ministre de l'Économie.

L'opération est réputée être autorisée si le ministre n'intervient pas (art. L. 430-5, IV).

Les lignes directrices du 10 juillet 2013 proposent deux modèles-types pour les entreprises souhaitant prendre des engagements structurels (modèle type d'engagements de cession, et modèle type de contrat type de mandat). L'Autorité s'est inspirée des modèles proposés par Commission européenne mais également par d'autres autorités nationales de concurrence.

791. *Suivi des engagements*¹. En vertu de l'article L. 430-8, en cas d'omission ou de déclaration inexacte dans la notification, l'ADLC peut infliger aux parties une sanction pécuniaire et ordonner le retrait de la décision d'autorisation. L'Autorité peut obliger les parties à revenir au *statu quo ante*, ou à redéposer une nouvelle notification.

792. *Protection des secrets d'affaire*. Aux termes de l'article L. 430-10 du Code de commerce, l'Autorité de la concurrence et le ministre de l'économie doivent respecter et les secrets des affaires des parties à la concentration lorsqu'ils interrogent des tiers.

B. Phase II d'examen approfondi

1° Droit européen

793. La Commission a désormais, en phase II, quatre-vingt-dix jours pour se prononcer (art. 10, § 3). Ce délai est augmenté de quinze jours si les parties proposent des engagements après le cinquante-cinquième jour. Les parties ou la Commission ont aussi la faculté de demander un nouveau délai qui ne peut dépasser vingt jours.

a) *Décision de compatibilité ou d'incompatibilité*

794. La Commission peut déclarer la concentration compatible, en prenant compte, le cas échéant, des modifications apportées par les parties (art. 8, § 2). Elle peut déclarer la concentration incompatible avec le marché commun (art. 8, § 3).

Un recours en annulation peut être formé devant le TPIUE. Le recours porte sur l'erreur manifeste d'appréciation ; la Commission se reconnaît, en outre, en cas d'analyse complexe, une marge d'appréciation². En cas d'annulation de l'opération par la CJUE, l'article 10, § 5, prévoit alors que les parties notifient et la Commission doit réexaminer l'opération.

1. C. Roda, « Instruments de sécurisation d'une opération de concentration », *RTD com.* 2013. 439.

2. D. Théophile et H. Parmentier, « L'étendue du contrôle juridictionnel dans le contrôle des concentrations en droits interne et communautaire », *Concurrences* n° 1-2006, p. 39 s.

b) Les conditions et charges

795. La Commission peut imposer des conditions et charges, soit par voie d'injonction soit en acceptant les engagements des entreprises en vue de rendre la concentration compatible avec le marché commun (Règl. 20 janv. 2004, art. 8, § 2). Les engagements ne sont acceptés que dans la mesure où ils sont de nature à rétablir la concurrence.

Les conditions et charges sont le plus souvent de nature structurelle. Elles peuvent consister en la cession d'actifs, de titres, en la résiliation de contrats (d'affiliation, de distribution, de licence d'enseigne¹...). Si une partie des activités est cédée, le choix de l'acquéreur (le repreneur) doit être autorisé par la Commission. Elle peut même nommer un mandataire ou un expert indépendant chargé de mettre en œuvre les engagements ou de veiller à leur bonne exécution. Les engagements de nature structurelle ont la préférence de la Commission, car il est plus que facile d'en contrôler le respect.

Les conditions et charges peuvent être de nature comportementale. Dès lors qu'elles obligent les entreprises à un comportement, elles doivent être ordonnées de façon exceptionnelle, car elles obligent la Commission à exercer un contrôle permanent sur les entreprises². Ces mesures comportementales peuvent consister en une obligation positive, par exemple de maintenir une compatibilité avec les produits concurrents³, ou à ouvrir un accès aux infrastructures, à renoncer à une exclusivité, à interdire tel ou tel comportement anticoncurrentiel (remise de gamme...), ou une réorganisation interne.

c) Sort des restrictions accessoires

796. Les restrictions accessoires sont des clauses ou engagements souscrits par les parties qui sont nécessaires à la réalisation de l'opération principale. Par exemple, une cession d'entreprise doit être accompagnée d'une clause de non-concurrence à la charge du cédant pour que l'opération soit économiquement utile. Dans la communication du 4 juillet 2001 sur les restrictions accessoires, la Commission considérait qu'elle ne pouvait se prononcer sur les restrictions accessoires et qu'il appartenait aux juges nationaux de se prononcer. Cette analyse fut infirmée dans l'arrêt *Lagardère*⁴.

Le nouveau Règlement et la nouvelle communication en la matière⁵ font sienne cette analyse jurisprudentielle et prévoit que « la décision déclarant la concentration compatible est réputée couvrir les restrictions accessoires directement liées et nécessaires à la réalisation de la concentration » (art. 8, Règl.), « sans que la Commission soit tenue d'apprécier ces restrictions au cas par cas » (cons. 21). Néanmoins, il est ajouté qu'à la demande des entreprises, la Commission peut se prononcer explicitement en cas de difficulté inédite ou non résolue.

Seules les restrictions directement liées et nécessaires à l'opération de concentration suivent l'opération principale, les autres relevant éventuellement des articles 101 et 102 TFUE.

1. Dans l'affaire *Moulinex-Seb*, Seb qui souhaitait absorber Moulinex, s'est engagé à céder une licence exclusive de cette marque pendant cinq ans dans neuf pays de l'Union et s'est interdit de l'utiliser pendant les trois ans suivants, de façon à permettre aux nouveaux titulaires de la marque Moulinex d'introduire leur propre marque : v. D. Brault, n° 187.

2. Bougette et Montet, « Doutes sur les remèdes non structurels dans le contrôle des concentrations », *RLC* févr. 2005, n° 110, p. 9.

3. Par ex. : Comm. CE du 2 sept. 2003, *GE/Instrumentarium* (*JOUE* n° L-109 du 16 avr. 2004).

4. TPICE 20 nov. 2002, *Lagardère*, aff. T-251/00, *Rec.* 4825, *Europe* 2003, comm. 22, obs. L. Idot, *CCC* 2003, comm. 61, obs. S. Poillot-Peruzzetto.

5. Communication de la Commission relative aux restrictions directement liées et nécessaires à la réalisation des opérations de concentration (*JOUE* n° C-65 du 5 mars 2005).

797. Exemples. Des clauses de non-concurrence peuvent être considérées comme accessoires dans la mesure où elles sont limitées dans le temps (deux ans si l'opération principale ne porte pas sur la clientèle ; trois ans si l'opération porte sur la clientèle et le savoir-faire), le secteur géographique (ne pas dépasser le territoire où le cédant offrait ses produits ou services), dans son objet (porter sur les produits ou services faisant l'objet de la cession), et être personnelle (le vendeur ne peut s'engager que pour lui-même, ses filiales et ses agents commerciaux). Sont aussi des restrictions accessoires les licences de brevet ou de marques ou de droits similaires, de savoir-faire, de droits d'auteur qui sont liés à l'activité cédée, à l'exception des clauses inhérentes à certains accords protégeant plutôt le donneur de licence que le preneur qui ne sont pas alors nécessaires à la réalisation de la concentration.

d) Sanction en cas de non-respect des décisions de la Commission ou des engagements souscrits par les entreprises

798. Si la Commission peut enjoindre les entreprises à réaliser les conditions et charges imposées et les engagements souscrits (art. 15, § 1, c).

799. La Commission dispose aussi d'autres moyens pour sanctionner les manquements des parties. En effet, si la Commission constate qu'une concentration a déjà été réalisée et qu'elle a été déclarée incompatible avec le marché commun, ou a été réalisée en violation d'une condition dont est assortie une décision, la Commission peut, en vertu de l'article 8, § 4 :

- ordonner aux entreprises concernées de dissoudre la concentration, notamment par la séparation des entreprises fusionnées ou la cession de la totalité des actions ou actifs acquis, afin de rétablir la situation antérieure à la réalisation de la concentration. Dans le cas où un tel rétablissement ne serait pas possible, la Commission peut prendre toute autre mesure appropriée pour rétablir, dans la mesure du possible, la situation antérieure à la réalisation de la concentration ;

- ordonner toute autre mesure appropriée afin que les entreprises concernées dissolvent la concentration ou prennent des mesures visant à rétablir la situation antérieure à la réalisation de la concentration, comme requis dans sa décision.

800. Le non-respect d'une condition est une infraction comme la contravention à une charge (art. 18, § 2). Une amende peut, en outre, être infligée aux personnes morales et/ou personnes physiques parties à l'opération (art. 15, § 1).

801. Une mesure plus radicale peut être prononcée : la Commission peut révoquer la décision de compatibilité si la déclaration de compatibilité repose sur des indications inexacts ou obtenues frauduleusement ou si les entreprises contreviennent à une charge dont est assortie sa décision (art. 8, § 6, a et b).

Pour autant, les parties peuvent avoir recours à l'arbitrage ¹.

2° Droit interne

a) Pouvoir d'évocation du ministre de l'Économie

802. Protection de l'intérêt général autre que le maintien de la concurrence. Certes, l'Autorité de la concurrence est, depuis la loi du 4 août 2008, compétente pour connaître

1. L. Idot, « Une innovation surprenante : l'introduction de l'arbitrage dans le contrôle communautaire des concentrations », *Rev. arbitrage* 2000, 591 s.

du contrôle des concentrations. Néanmoins, le ministre conserve une compétence résiduelle prévu en l'article L. 430-7-1 du Code de commerce. Dans un délai de vingt-cinq jours à compter de la date à laquelle il a reçu la décision de l'Autorité de la concurrence ou en a été informé, le ministre de l'Économie peut évoquer l'affaire et statuer pour des motifs d'intérêt général autre que le maintien de la concurrence.

b) Décision de compatibilité ou d'incompatibilité et possibilité de conditions et charges

803. L'article L. 430-7 du Code de commerce dispose que l'ADLC peut autoriser l'opération en enjoignant aux parties de prendre « toute mesure propre à assurer une concurrence suffisante ou en les obligeant à observer des prescriptions de nature à apporter au progrès économique une contribution suffisante pour compenser les atteintes à la concurrence ». Cette autorisation peut être subordonnée à la réalisation effective des engagements pris par les parties.

Pour autant, les engagements imposés par l'ADLC sont rares¹. Le plus souvent, ces engagements sont volontaires, sous le contrôle de l'Autorité de la concurrence.

c) Sanctions en cas de non-respect des décisions de l'Autorité de la concurrence ou des engagements souscrits

804. Si les parties ne respectent pas les injonctions ou prescriptions, l'Autorité de la concurrence peut alors constater l'inexécution. L'Autorité peut alors, en vertu de l'article L. 430-8-IV :

- retirer son autorisation et ordonner aux parties de notifier ou le retour au *statu quo ante* ;
- ou enjoindre sous astreinte aux parties de se conformer aux injonctions, prescriptions ou engagements.

Une sanction pécuniaire peut toujours être infligée en sus !

Seule l'Autorité de la concurrence peut déclencher la procédure. Les tiers ou le ministre sont impuissants.

805. Un recours pour excès de pouvoir peut être introduit devant le Conseil d'État contre la décision de l'Autorité de la concurrence. Si l'opération est autorisée, toute personne ayant un intérêt à obtenir l'annulation de la décision (partie à l'opération, tiers visé par l'opération, concurrents) peut agir, même en référé pour obtenir la suspension ou l'annulation de l'autorisation².

806. *Un suivi des engagements.* L'Autorité de la concurrence s'est engagée, quel qu'en soit le coût, à assurer un suivi des engagements, afin que la crédibilité de son contrôle soit effective³. La circonstance qu'une partie des engagements ait été respectée ne saurait donc faire échec à un constat d'inexécution, même si plus de 80 % d'entre eux ont été respectés⁴.

1. Entre 2000 et 2012, sur quatre-vingt-treize opérations de concentration autorisées en France sous conditions, seules quatre l'ont été sous réserve d'injonctions ou de prescriptions imposées par l'Autorité de la concurrence.

2. CE 19 mai 2005, *Fiducila*, JCP 2006. II, n° 1017, n° 18, obs. G. Decocq.

3. B. Lasserre, « La régulation concurrentielle, un an après sa réforme : un point de vue d'autorité », *Concurrences* n° 3-2010, p. 35.

4. ADLC n° 11-D-12 du 20 sept. 2011, D. 2011. 2270, obs. É. Chevrier, *RLDA* 2011/64, n° 3667, obs. C. Mathonnière ; M. Adam, « Non-respect des engagements : l'Autorité de la concurrence sévit et retire l'autorisation de rachat de TPS par Groupe Canal Plus », *RLDA* 2011/65, n° 3716.

Les articles L. 430-8, IV et L. 462-5, III, permettant l'auto-saisine de l'Autorité en cas de manquements aux engagements ont été jugés conformes à la Constitution¹.

L'affaire *Canal Plus* est révélatrice de la vigilance de l'Autorité à vérifier le respect des engagements souscrits. L'Autorité, dans l'affaire *Canal Plus*, a obligé en 2011² les parties à procéder à une nouvelle notification. Un nouvel examen s'imposait donc, tenant compte du passé et de l'évolution du marché, rapide dans ce secteur. Par une nouvelle décision en 2012³, l'Autorité de la concurrence a écarté les engagements proposés, considérés comme insuffisants à rétablir une concurrence, et a préféré imposer des injonctions de nature à rétablir la concurrence sur le marché de la télévision payante ainsi qu'une amende. Et le Conseil d'État, dans deux arrêts⁴, a confirmé l'analyse de l'Autorité.

Un mandataire, dont le rôle a été précisé par les lignes directrices du 10 juillet 2013, est souvent nommé pour assurer le suivi des engagements.

d) *Le contrôle a posteriori de l'article L. 430-9*

807. L'article L. 430-9 du Code de commerce autorise à opérer un contrôle *a posteriori* des opérations de concentration⁵. Il est prévu qu'en cas d'abus de position dominante ou de dépendance économique, l'Autorité de la concurrence peut enjoindre aux parties « de modifier, compléter ou de résilier tous accords passés et actes par lesquels s'est réalisée la concentration de la puissance économique qui a permis les abus, même si ces actes ont fait l'objet de la procédure prévue au présent titre ». Une opération autorisée au titre du contrôle des concentrations pourrait donc être remise en cause au titre de l'article L. 430-9 si elle contribue à créer un abus de domination⁶.

e) *Recours contre la décision prise par l'Autorité*

808. *Recours en excès de pouvoir contre les décisions prises par l'Autorité de la concurrence.* Les décisions prises par l'Autorité de la concurrence sur le fondement de l'article L. 430-9 du Code de commerce ne sont susceptibles d'un recours que devant le

1. Cons. const. QPC, 12 oct. 2012, n° 2012-280 : à l'égard de l'article L. 430-8, IV : Le Conseil constitutionnel décide que le Conseil juge qu'il n'y a pas d'atteinte à la liberté d'entreprendre, l'article L. 430-8, IV ayant pour but « d'assurer un fonctionnement concurrentiel du marché dans un secteur déterminé » et de sauvegarder l'ordre public concurrentiel ; les pouvoirs de sanction sont fermement encadrés : ils ne peuvent être mis en œuvre qu'en cas de violation des engagements et sous réserve d'un délai de prescription quinquennal et le juge contrôle le bien-fondé de la décision de sanction. À l'égard de l'article L. 462-5, III, il a été décidé qu'il n'entraîne pas de confusion entre les fonctions de poursuite et d'instruction, d'une part, et les pouvoirs de sanction, d'autre part, puisque l'auto-saisine est proposée par le rapporteur général.

2. ADLC n° 11-DCC-12 du 20 sept. 2011, relative à la prise de contrôle exclusif de TPS et CanalSatellite par Vivendi et Groupe Canal Plus.

3. ADLC n° 12-DCC-100 du 23 juill. 2012 relative à la prise de contrôle exclusif de TPS et CanalSatellite par Vivendi et Groupe Canal Plus.

4. CE 21 déc. 2012, n° 353856 : le juge administratif, ayant constaté que le non-respect des engagements était plus limité que ce qu'avait constaté l'Autorité, a réduit l'amende de 30 à 27 millions d'euros, mais a rejeté toutes les autres demandes des sociétés Groupe Canal Plus et Vivendi Universal ; CE 21 déc. 2012, n°s 362347, 363542 et 363703.

5. Sélinisky et Montet, « Le contrôle *a posteriori* des concentrations à l'initiative du Conseil de la concurrence », *RLDA* 2002, n° 55, p. 5.

6. Conc. conc. n° 02-D-44 du 11 juill. 2002, CCC 2002, comm. 157, et nos obs.

juge administratif¹. Un recours pour excès de pouvoir peut être introduit devant le Conseil d'État contre la décision de l'Autorité de la concurrence. Si l'opération est autorisée, toute personne ayant un intérêt à obtenir l'annulation de la décision (partie à l'opération, tiers visé par l'opération, concurrents) peut agir, même en référé pour obtenir la suspension ou l'annulation de l'autorisation².

1. Com. 12 juill. 2004, *SCA Cie générale des eaux (CGE)*, DA 2004, comm. 139, obs. S. Blazy, D. Affaires 2004. 2374, obs. É. Chevrier.

2. CE 19 mai 2005, *Fiducila*, JCP 2006. II, n° 1017, n° 18, obs. G. Decocq.

Table des matières

Sommaire	
Principales abréviations	V
Bibliographie	2
Avant-propos	XI
Introduction	
§ 1. Les libertés fondamentales du droit de la concurrence	
A. La liberté du commerce et de l'industrie du droit interne	
B. Les libertés fondamentales de l'Union européenne	
1° Les règles de libre circulation	
a) Libre circulation des marchandises	
1. Principe	
2. Les exceptions de l'article 36 TFUE	
b) Libre circulation des capitaux	
c) Libre circulation des personnes et des services	
2° Libre concurrence	
a) Libre concurrence et libre circulation	
b) La spécificité du droit européen de la concurrence	
§ 2. Sources du droit de la concurrence	
A. Droit interne	
B. Droit européen	
1° Principes fondamentaux	
a) Effet direct	
b) Primauté du droit européen	
c) Interprétation uniforme du droit européen	
d) Effectivité du droit européen (théorie de l'effet utile)	
e) Principe d'équivalence	
2° Application concurrente des droits européen et interne de la concurrence	
a) Concurrence des droits européen et interne	
b) Une application concurrente mais subordonnée du droit interne	
3° Application du droit européen de la concurrence	
a) Compétence réservée aux autorités européennes	
b) Compétence partagée entre autorités de concurrence	
c) Compétence exclusive des juridictions nationales	
d) Principe de collaboration et de subsidiarité de la Commission européenne	
C. Sources internationales	
§ 3. Caractères du droit de la concurrence	
A. Un droit économique	
1° Liens entre droit et économie	
2° Évolution des doctrines économiques	
a) Les critiques de la théorie de la concurrence pure et parfaite	

	b) les conditions d'une concurrence libre
	c) Évolution
B.	L'interventionnisme français.....
C.	Méthodes et objectifs.....
	1° Méthodes.....
	2° Objectifs.....

TITRE 1

LIBERTÉ DE LA CONCURRENCE

SOUS-TITRE 1

LA SOUMISSION DE L'ÉTAT AUX LOIS DE LA CONCURRENCE

CHAPITRE 1.	– Intervention concurrentielle de l'État
CHAPITRE 2.	– Application des règles de concurrence aux autorités et personnes publiques.....
	Section 1. <i>Activités régaliennes</i>
	A. Contrôle des réglementations étatiques
	1° Entente ou abus automatique
	2° Renonciation de l'État à sa mission régalienne
	B. Exemples
	1° Arrêté d'extension d'un accord interprofessionnel comportant des dispositions anticoncurrentielles
	2° Homologation de tarifs établis par un ordre professionnel
	Section 2. <i>Activités économiques des personnes publiques</i>
	Section 3. <i>Spécificité française</i>
CHAPITRE 3.	– Intervention exclusive de l'État (monopole, droit exclusif ou droit spécial d'exploitation).....
	Section 1. <i>Article 37 du Traité</i>
	Section 2. <i>Article 106 du Traité</i>
	§ 1. Article 106, § 1
	§ 2. Article 106, § 2

SOUS-TITRE 2

LA SOUMISSION DE TOUTE ACTIVITÉ ÉCONOMIQUE
AUX LOIS DE LA CONCURRENCE

CHAPITRE 1.	– L'impérialisme du droit de la concurrence.....
	Section 1. <i>Notion d'entreprise</i>
	§ 1. Une activité économique.....
	§ 2. Exercée en toute autonomie
	A. Principe d'autonomie.....

B. Groupe de sociétés.....	7
C. Restructuration d'entreprises.....	7
§ 3. Sur un marché.....	7
A. Une activité sur un marché.....	7
B. Lien entre l'activité économique et le marché.....	7
Section 2. <i>Le marché pertinent</i>	7
§ 1. Délimitation du marché pertinent.....	7
A. Délimitation par référence au produit acheté ou au service utilisé.....	8
B. Délimitation géographique.....	8
§ 2. Lieu de rencontre entre un offreur et un demandeur.....	8
A. L'offreur.....	8
B. Le demandeur.....	8
Section 3. <i>L'atteinte au marché</i>	8
§ 1. Affectation du marché.....	8
A. Objet ou effet anticoncurrentiel.....	8
B. Une atteinte aux intérêts des consommateurs ?.....	8
§ 2. Affectation du commerce entre États membres.....	8
Section 4. <i>Domaine d'application rationae loci du droit de la concurrence</i>	9
§ 1. Théorie des effets et mise en œuvre de la pratique anticoncurrentielle.....	9
§ 2. Principe <i>non bis in idem</i>	9
CHAPITRE 2. – De quelques difficultés	9
Section 1. <i>Organismes sociaux</i>	9
Section 2. <i>Droit de la concurrence et droit du travail</i>	9
§ 1. Conventions collectives et droit de la concurrence.....	9
§ 2. Contrat de travail et droit de la concurrence.....	9

TITRE 2

PROTECTION DES CONCURRENTS

CHAPITRE 1. – Protection contre soi-même : l'engagement de non-concurrence	10
Section 1. <i>Obligation légale de non-concurrence</i>	10
§ 1. Exécution du contrat.....	10
A. Contrat de travail.....	10
B. Contrat de location-gérance.....	10
C. Contrat de société.....	10
D. Contrats de distribution.....	10
§ 2. Expiration du contrat.....	10
A. Contrat de cession emportant cession de clientèle.....	10
B. Autres contrats.....	10
Section 2. <i>Clause de non-concurrence</i>	10
§ 1. Licéité des clauses de non-concurrence.....	11
A. Licéité appréciée au regard de la théorie générale des obligations.....	11
1° Condition tenant au débiteur de l'engagement de non-concurrence : le maintien de sa liberté économique.....	11

2° Condition tenant au créancier.....	
a) Absence de condition tenant au versement d'une contrepartie	
b) Intérêt légitime du créancier et proportionnalité.....	
B. Licéité de la clause de non-concurrence appréciée au regard du droit de la concurrence.....	
§ 2. Sanctions attachées à une irrégularité ou une inexécution de la clause de non-concurrence	
A. Réduction ou nullité de la clause	
B. Sanctions attachées à la violation d'une clause de non-concurrence valable	
1° Notion de violation d'une clause	
2° Conséquences attachées à la violation de la clause.....	
CHAPITRE 2. – Les règles spécifiques du droit interne.....	
Section 1. <i>Pratiques restrictives de concurrence de l'article L. 442-6 du Code de commerce</i>	
§ 1. Le déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties (art. 442-6, 2°)	
§ 2. L'obtention d'avantages sans contrepartie ou disproportionnés (art. 442-6, 1°).....	
§ 3. Référencement et avantage sans contrepartie proportionnée (art. L. 442-6, 3°).....	
§ 4. Obtention de conditions manifestement abusives sous la menace d'une rupture des relations commerciales (art. L. 442-6, 4°).....	
§ 5. Rupture brutale de relations commerciales établies (art. 442-6, 5°).....	
§ 6. Violation d'une interdiction de revente hors réseau (art. 442-6, 6°).....	
§ 7. Conditions de règlement manifestement abusives ou qui ne respectent pas les délais de règlement légaux (art. 442-6, 7°).....	
§ 8. Dispositions fourre-tout de l'article 442-6, 8°, 9°, 10°, 11° et 12°	
§ 9. Sanctions prévues par l'article 442-II et 442-6-III	
A. Action en responsabilité.....	
B. Nullité.....	
C. Action exercée par le ministre de l'Économie.....	
D. Action en référé	
Section 2. <i>Contrôle des pratiques tarifaires</i>	
§ 1. Prohibition du prix minimal imposé.....	
A. Domaine d'application	
B. Conditions d'application.....	
1° Un prix ou une marge minimale imposée	
2° Une imposition directe ou indirecte.....	
C. Sanctions.....	
§ 2. Transparence tarifaire.....	
A. La facturation	
1° Personnes assujetties à l'obligation de facturation et contenu de la facture	
2° Sanctions.....	
B. Communication des conditions générales	
1° Parties à l'obligation de communication	
2° Contenu et forme des conditions générales.....	
3° Sanctions.....	

C. Formalisation des conditions commerciales en un accord unique annuel	14
D. Procédure.....	14
§ 3. Prohibition de la revente à perte.....	14
A. Domaine d'application	14
B. Notion.....	14
C. Faits justificatifs.....	14
1° Exception d'alignement des prix.....	14
2° Circonstances particulières.....	14
D. Sanctions	14
Section 3. <i>La concurrence déloyale</i>	14
Sous-section 1. <i>L'imitation</i>	14
§ 1. Imitation du produit ou service ou de ses signes distinctifs	14
A. Concurrence déloyale et propriété intellectuelle.....	14
1° Absence de droit de propriété intellectuelle.....	14
2° Rejet de l'action en contrefaçon	14
3° Existence d'un droit de propriété intellectuelle	14
B. Conditions de l'action en concurrence déloyale fondée sur un grief d'imitation.....	14
1° Imitation.....	14
a) La nature du produit	10
b) Un produit banal.....	10
c) L'imitation imposée par des exigences techniques	10
d) L'indifférence de la bonne foi.....	10
2° Confusion dans l'esprit du public.....	10
§ 2. Identification à une entreprise : le parasitisme économique.....	10
A. Liberté ou protection ?.....	10
B. Concurrence parasitaire	10
1° Détournement de notoriété	10
a) Exemple des tableaux de concordance.....	10
b) Responsabilité délictuelle.....	10
2° Détournement des efforts intellectuels et investissements d'une entreprise	10
a) Une utilisation des informations dans des conditions anormales.....	10
b) Parasitisme économique.....	10
C. Agissements parasitaires	17
Sous-section 2. <i>La désorganisation</i>	17
§ 1. Désorganisation de la production ou de l'activité commerciale	17
A. Désorganisation directe	17
B. Désorganisation indirecte.....	17
1° Débauchage.....	17
2° Démarchage de clientèle	17
3° Obtention d'informations privilégiées ou du savoir-faire dans des conditions irrégulières.....	17
a) Appropriation directe.....	17
b) Appropriation indirecte du savoir-faire ou d'informations privilégiées acquis dans l'entreprise.....	17
§ 2. Importations parallèles.....	17
A. Approvisionnement auprès d'un membre du réseau	17

B. Comportements déloyaux
C. Parasitisme commercial
D. Licéité du réseau et étanchéité
Sous-section 3. <i>Le dénigrement</i>
§ 1. Un message critique : le discrédit
A. Distinction entre les bonnes et les mauvaises critiques
B. Éléments indifférents
C. La comparaison
§ 2. Un message diffusé
§ 3. Dénigrement par une personne en situation de concurrence
A. Une personne désignée
B. Une personne en situation de concurrence

TITRE 3

PROTECTION DU MARCHÉ

CHAPITRE 1. – Pratiques anticoncurrentielles en droit interne et européen.....

Section préliminaire. <i>Les organismes de contrôle</i>
§ 1. Autorités de concurrence
A. Autorité nationale
1° Pouvoirs autonomes
2° Pouvoirs contentieux contrôlés
B. Autorité européenne
§ 2. Juridictions nationales
Section 1. <i>Ententes</i>
Sous-section 1. <i>Éléments constitutifs de l'entente</i>
§ 1. Une concertation entre plusieurs entreprises
A. Accord, entente expresse ou tacite
1° Forme de l'entente
2° Entente expresse ou tacite
3° Échange de consentement
a) Entente verticale
b) Intention anticoncurrentielle
4° Un échange de consentements libres
B. Action concertée
C. Entente et groupement
1° La constitution d'un groupement
2° Décision d'association d'entreprises
3° Accords pris par le groupe
a) Accords internes au groupe (accords intra-groupe)
b) Accords externes
4° Imputabilité de l'entente en cas de restructuration
§ 2. Une atteinte au marché
A. Objet ou effet anticoncurrentiel
1° Objet anticoncurrentiel
2° Effet anticoncurrentiel

B. Tempéraments.....	20
1° Théorie du seuil de sensibilité.....	20
2° Théorie de l'effet cumulatif.....	20
3° Règle de raison, restrictions accessoires et théorie de la concurrence praticable.....	20
Sous-section 2. <i>Quelques exemples de mauvaises ententes</i>	21
§ 1. Entente sur les prix.....	21
A. Entente limitant la liberté de fixation des prix ou des conditions commerciales.....	21
B. Échanges d'informations.....	21
1° Échange entre concurrents.....	21
a) Échange d'informations dans le cadre d'une entente.....	21
b) L'échange d'information tel qu'en lui-même.....	21
2° Entente verticale.....	21
C. Recommandations tarifaires émanant d'organismes professionnels.....	21
§ 2. Ententes destinées à instituer des barrières à l'entrée sur un marché.....	21
A. Clause de non-concurrence.....	21
B. Clause d'exclusivité.....	21
C. Parrainage, procédure d'agrément et normalisation privée.....	21
D. Réseaux de distribution.....	21
E. Boycott.....	21
§ 3. Entente de répartition de marchés ou des sources d'approvisionnement.....	21
§ 4. Entente de quota.....	21
§ 5. Ententes constituant une barrière à la sortie ou au changement de partenaire économique.....	21
Section 2. <i>Abus de domination</i>	21
§ 1. Une position dominante.....	21
A. Notion.....	21
B. Formes de la domination.....	21
1° Domination exclusive.....	21
a) Généralités.....	21
b) Droit exclusif conféré par la détention d'un droit de propriété intellectuelle.....	21
c) Coexistence entre une activité monopolistique (ou une forte position dominante) et une activité concurrentielle.....	21
2° Domination collective.....	21
a) Facteurs de corrélation.....	21
b) Interdépendance et oligopole.....	21
§ 2. Abus.....	21
A. Notion.....	21
1° Approche traditionnelle et les standards juridiques.....	21
a) Concurrence par les mérites.....	21
b) Concurrence normale.....	21
c) Responsabilité particulière de l'entreprise dominante.....	21
2° Nouvelle approche économique.....	21
B. Exemples.....	21
1° Abus d'éviction.....	21
a) Pratiques tarifaires.....	21
b) Accords d'exclusivité.....	21
c) Ventes liées ou groupées.....	21

2° Abus d'exploitation	
a) Abus automatique	
b) Théorie des facilités essentielles	
§ 3. Une atteinte au marché	
Section 3. <i>Abus de dépendance et prix abusivement bas du droit interne</i>	
§ 1. Abus de dépendance économique.....	
A. Une dépendance économique	
B. Un abus.....	
C. Une atteinte au fonctionnement ou à la structure de la concurrence	
§ 2. Prix abusivement bas	
Section 4. <i>Exemptions et sanctions</i>	
§ 1. Exemptions	
A. Une spécificité française : le rachat de la pratique anticoncurrentielle par la loi	
B. Exemption individuelle.....	
C. Exemption catégorielle	
1° Généralités	
2° Exemples européens.....	
a) Contrats de distribution	
b) Accords de transfert de technologie.....	
c) Accords de recherche et accords de spécialisation.....	
§ 2. Sanctions.....	
A. Sanctions prononcées par les autorités internes ou européennes de concurrence : le « <i>public enforcement</i> »	
1° Amendes.....	
a) Approches économique et juridique.....	
b) Critères d'évaluation, mode de calcul, quantum.....	
2° Injonctions	
a) Droit européen.....	
b) Droit interne	
3° Mesures de publicité	
4° Mesures provisoires	
5° Procédures alternatives (négociées).....	
a) La clémence.....	
b) Transaction	
c) Procédure d'engagements.....	
6° Prescription	
B. Sanctions civiles prononcées par les juridictions nationales.....	
1° Principe d'effectivité et de primauté du droit européen.....	
2° La nullité d'un acte contrevenant au droit de la concurrence.....	
3° Action en dommages-intérêts	
C. Sanctions pénales.....	
CHAPITRE 2. – Égalité dans la concurrence et contrôle des aides d'État	
Section 1. <i>Les aides incompatibles avec le marché européen (TFUE, art. 107, § 1)</i>	
§ 1. Une aide	
A. Un enrichissement	
1° Une faveur.....	
2° À une entreprise individualisée	

B. Une absence de contrepartie	29
§ 2. L'origine de l'aide	29
A. Aide d'État ou démembrement de l'État	29
B. Aides accordées « au moyen de ressources d'État »	29
§ 3. Une affectation des échanges entre États membres	30
Section 2. <i>Aides compatibles avec le marché européen</i>	30
§ 1. Aides compatibles de plein droit (art. 107, § 2)	30
§ 2. Aides pouvant être considérées comme compatibles	30
A. Exemption individuelle	30
1° Considérations générales	30
2° Types d'aides exemptées (art. 107, § 3, a, b, c, d)	30
B. Exemptions par catégorie	30
Section 3. <i>Procédure</i>	30
§ 1. Procédure applicable aux aides d'État	30
A. Distinction entre aide existante et aide nouvelle	30
1° Aides existantes	30
2° Aides nouvelles	30
B. Contrôle par la Commission	30
§ 2. Recours	30
CHAPITRE 3. – Le contrôle des concentrations en droit interne et européen	30
Section 1. <i>Le champ d'application du contrôle</i>	31
§ 1. La définition des opérations de concentration	31
A. Fusion et scission entre entreprises antérieurement indépendantes	31
B. Prise de contrôle sur l'entreprise	31
1° Notion	31
2° Moyens	31
C. Création d'une entreprise commune	31
§ 2. Répartition des compétences nationale et européenne	31
A. Les seuils	31
1° Seuils européens	31
a) Critères de référence	31
b) Les seuils	31
2° Seuils nationaux	31
B. Les mécanismes de renvoi entre autorités nationale et européenne	31
1° Le renvoi d'une concentration européenne à un État membre	31
a) Le renvoi de l'article 21, § 4.	31
b) Le renvoi de l'article 9	31
2° Le renvoi d'une concentration nationale à la Commission	31
3° Les renvois pré-notification (art. 4)	31
Section 2. <i>Mise en œuvre du contrôle</i>	31
§ 1. Modalités du contrôle : la protection de la concurrence	31
A. L'atteinte à la concurrence	31
1° Présentation générale	31
2° Typologie des atteintes à la concurrence	31
B. Faits justificatifs	31
1° Théorie de l'entreprise défaillante	31
2° Gains d'efficacité en droit européen et bilan économique du droit interne	31

§ 2. Procédure	327
A. Phase I (procédure légère)	327
1° Procédure européenne	327
a) Notification	328
b) Suspension de l'opération	328
c) Décision de la Commission	328
2° Procédure nationale	330
a) Notification	330
b) Suspension	330
c) Décision de l'Autorité de la concurrence	331
B. Phase II d'examen approfondi	331
1° Droit européen	331
a) Décision de compatibilité ou d'incompatibilité	331
b) Les conditions et charges	332
c) Sort des restrictions accessoires	332
d) Sanction en cas de non-respect des décisions de la Commission ou des engagements souscrits par les entreprises	333
2° Droit interne	333
a) Pouvoir d'évocation du ministre de l'Économie	333
b) Décision de compatibilité ou d'incompatibilité et possibilité de conditions et charges	334
c) Sanctions en cas de non-respect des décisions de l'Autorité de la concurrence ou des engagements souscrits	334
d) Le contrôle <i>a posteriori</i> de l'article L. 430-9	335
e) Recours contre la décision prise par l'Autorité	335
Index alphabétique	337