Tous droits réservés

DROIT PUBLIC DES AFFAIRES

Séance 8 - La protection de la concurrence : les pratiques anticoncurrentielles

I. L'entente illicite 2

A) **Le contrôle en droit interne** **2**

1) *Définition de l'entente illicite* *2*

2) *Entente horizontale et entente verticale* *3*

B) **Le contrôle en droit de l'Union** **3**

1) *Définition de l'entente illicite* *4*

2) *Modalités du contrôle* *4*

II. L'abus de position dominante 5

A) **Le contrôle en droit interne** **5**

B) **Le contrôle en droit de l'Union** **6**

III. L'abus de dépendance économique 7

IV. La pratique des prix abusivement bas 8

V. Les régulations sectorielles 9

Toute action ou coalition anticoncurrentielle c'est-à-dire ayant pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser la concurrence est interdite par le code de commerce.

Quatre pratiques anticoncurrentielles principales doivent alors être étudiées :

- L'entente illicite **(I)**.
- L'abus de position dominante **(II)**.
- L'abus de dépendance économique **(III)**.
- La pratique des prix abusivement bas **(IV)**.

Un point doit être également fait sur la régulation sectorielle **(V)**.

I. L'entente illicite

L'entente illicite est une pratique anticoncurrentielle qui est abordée différemment en droit interne **(A)** et en droit de l'Union **(B)**.

A) Le contrôle en droit interne

1) Définition de l'entente illicite

Définition : **L'article L420-1 du code de commerce vise les ententes illicites en droit interne. Une entente est une action concertée (accord informel) ou un accord formel qui tend à limiter l'accès du marché ou le libre exercice de la concurrence pour d'autres entreprises au niveau du marché français.**

On retrouve donc **un élément matériel** (action/accord donc un comportement collectif d'entreprises) et **un élément intentionnel** (limiter la concurrence).

Attention : **Concernant l'élément intentionnel, c'est-à-dire le fait de fausser actuellement ou potentiellement la libre concurrence, il ne peut pas être retenu si les entreprises à l'origine de l'entente n'exercent aucune influence sur le marché national.**

En effet, dans cette hypothèse l'entente n'aura pas d'impact sur la libre concurrence et ne sera donc pas interdite. En France, les ententes sont contrôlées par **l'Autorité de la concurrence si elles touchent le marché national**. Ses décisions sont susceptibles d'appel devant le juge judiciaire en principe (CA Paris puis Cour de cassation)

2) Entente horizontale et entente verticale

L'entente peut être **horizontale** : elle se produit entre deux opérateurs économiques sur un même marché.

Exemple : Un accord entre deux entreprises influentes sur le marché et tendant à faire obstacle à la libre fixation des prix en favorisant artificiellement leur augmentation ou leur diminution. On se souvient notamment de l'affaire de la farine vendue aux boulangers sanctionnée par l'Autorité de la concurrence en 2015.

L'entente peut également être **verticale** : elle se produit entre un producteur et un distributeur.

La Cour de cassation est venue enfin préciser que l'entente peut aussi bien concerner **une entreprise privée que publique** : **Cass., com., 17 juin 2008**.

B) Le contrôle en droit de l'Union

`

1) Définition de l'entente illicite

L'article 101 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) vise les ententes illicites en droit de l'Union.

L'on retrouve le **critère matériel** c'est-à-dire une action concertée ou un accord formel concrétisant l'entente et le **critère intentionnel** donc la volonté de fausser la libre concurrence.

Attention : La libre concurrence doit être atteinte mais sur le marché intérieur de l'Union cette fois-ci et peut être retenue même si l'une des entreprises est située hors Union européenne : CJCE, 25 novembre 1971, *Béguelin*.

La **Commission européenne** est compétente pour le contrôle des ententes en droit de l'Union. Ses décisions sont susceptibles d'appel possible devant la CJUE.

2) Modalités du contrôle

Des seuils de valeur par rapport aux parts de marché détenues par les entreprises créant l'entente sont retenus en droit de l'Union pour contrôler et interdire ou non ces ententes.

À retenir : Échappent au contrôle en droit de l'Union les ententes qui concernent moins de 10% du marché intérieur de l'Union pour les ententes verticales et moins de 5% pour les ententes horizontales.

Il existe des cas d'exemption prévus à **l'article 101 alinéa 3 du TFUE** notamment lorsque l'objet de l'entente concerne l'amélioration des conditions de production ou favorise le progrès économique et technique.

Attention : **Dans ces cas, « l'affectation du commerce entre Etats membres » est autorisée.**

II. L'abus de position dominante

L'abus de position dominante est également une pratique anticoncurrentielle qui est abordée différemment en droit interne **(A)** et en droit de l'Union **(B)**.

A) Le contrôle en droit interne

L'article L420-2 alinéa 1er du code de commerce vise les abus de position dominante en droit interne.

Attention : **Ce n'est pas la position dominante (cas d'un monopole ou quasi-monopole détenu par une entreprise sur un secteur) qui est sanctionnée mais bien son abus sur le marché national et son impact actuel ou potentiel sur la libre concurrence. Il faut empêcher les « géants » d'écraser les marchés.**

Il s'agit notamment du cas du **refus de vendre à un partenaire, au motif qu'il refuse de se plier à des conditions injustifiées**.

Exemple : La filiale française de Coca-cola a été condamnée à 10 millions d'euros d'amende en 1996 par le Conseil de la concurrence (Autorité de la concurrence depuis 2008) sur le fondement de l'ordonnance de 1986. Action engagée par Orangina en 1991 au motif que la filiale Coca-cola pratiquait une politique tarifaire abusive par rapport à ses partenaires grossistes : la filiale leur octroyait 4% de remise s'ils prenaient 85% minimum de leurs stocks chez elle. Cela faussait complétement la concurrence.

L'abus de position dominante est **contrôlé en France par l'Autorité de la concurrence** si le marché national est impacté. Ses décisions sont susceptibles d'appel possible devant le juge judiciaire (CA Paris puis Cour de cassation).

Le Conseil d'Etat est venu préciser que l'abus de position dominante peut aussi bien concerner **une entreprise privée que publique** : **CE, 29 juillet 2002, *Société Cegedim***.

Toutefois, pour une véritable définition de l'abus de position dominante il faut se référer à la jurisprudence récente. **Le Conseil d'Etat définit l'abus de position dominante** dans son arrêt : **CE, 31 juillet 2009, *Société Fiducial audit et société Fiducial expertise***. Cet arrêt reprend en réalité la définition donnée par la cour de justice des communautés européennes dans son arrêt : CJCE, 2008, *Bertelsmann et Sony corporation of America, en droit de l'Union* (cf. B).

B) Le contrôle en droit de l'Union

En effet, la CJCE a défini en 2008 l'abus de position dominante en droit de l'Union dans son arrêt : **CJCE, 10 juillet 2008, *Bertelsmann et Sony corporation of America*.**

> **Définition :** **Il s'agit dès lors « d'une position de puissance économique détenue par une entreprise et qui lui donne le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients, et finalement, des consommateurs ».**

La Commission européenne est compétente pour le contrôle des abus de position dominante en droit de l'Union dès lors que le marché intérieur de l'Union est touché. Ses décisions sont susceptibles d'appel possible devant la CJUE.

Exemple : Il y a abus de position dominante lorsqu'une entreprise, propriétaire d'un port de commerce, détient une position dominante et en abuse en percevant des taxes portuaires inéquitables ou en accordant des exonérations discriminatoires : **CJCE, 17 juillet 1997, *GT-Link***.

III. L'abus de dépendance économique

À retenir : **L'abus de dépendance économique n'est contrôlé qu'en droit interne, le droit de l'Union ne connaissant pas cette incrimination.**

L'article L420-2 alinéa 2 du Code de commerce vise l'abus de dépendance économique et considère qu'il doit répondre **à trois conditions :**

- Il doit y avoir une situation de dépendance économique.
- Il doit y avoir une exploitation abusive de cette situation.
- Il doit y avoir une affectation réelle actuelle ou potentielle de la concurrence sur le marché national.

Attention : **Il faut préciser que la relation de dépendance doit être obligatoirement verticale et se produire entre une entreprise fournisseur et une entreprise directement cliente. L'abus de dépendance économique ne peut pas être retenu entre deux entreprises qui n'ont jamais échangé directement des produits ou des services : Cass., Com., 7 janvier 2004.**

L'abus de dépendance économique est toutefois rarement retenu en pratique, **l'Autorité de la concurrence** restant prudence dans cette qualification. Dans un **avis du 31 mars 2015**, elle reconnaissait ainsi que l'absence de seuils chiffrés pour déterminer l'abus de dépendance économique rendait difficile son incrimination.

IV. La pratique des prix abusivement bas

> **À retenir :** **Les prix abusivement bas constituent le dernier type des comportements abusifs et ne sont contrôlés qu'en droit interne, le droit de l'Union ne connaissant pas cette incrimination non plus.**

C'est le cas lorsqu'un opérateur économique propose ses produits à des prix exagérément bas.

Le Conseil de la concurrence, devenu l'Autorité de la concurrence en 2008, précise les **trois critères cumulatifs** permettant d'identifier un prix abusivement bas dans sa **décision du 21 juillet 2006** :

Le prix doit être un prix de vente au consommateur final : on regarde le prix du produit quand il est sur le marché, après avoir passé tous les intermédiaires.

Le niveau de prix proposé doit être insuffisant au regard des coûts de production, de transformation et de commercialisation.

Le prix pratiqué doit traduire une volonté d'éviction ou bien comporter une potentialité d'éviction du concurrent ou du produit concurrent : il faut être capable d'identifier que le prix entraine une vente à perte et une volonté de porter atteinte à la concurrence.

Ces critères sont repris à **l'article L420-5 du Code de commerce**.

Les décisions de l'Autorité de la concurrence sont susceptibles d'appel possible devant le juge judiciaire (CA Paris puis Cour de cassation).

V.Les régulations sectorielles

La création des autorités administratives indépendantes (AAI), dont l'Autorité de la concurrence ou la Commission de régulation de l'électricité en France, a permis un **désengagement de l'Etat dans la régulation économique**. Il reste néanmoins le garant du marché.

La régulation par secteur permet à chaque AAI d'utiliser des moyens spécifiques d'intervention lors notamment du contrôle *a posteriori* comme avec les pratiques anticoncurrentielles.

Les AAI peuvent utiliser les astreintes, des **sanctions administratives ou pécuniaires pour faire appliquer la loi.** Le fait d'agir par secteur permet plus de **visibilité** pour les opérateurs économiques et donc plus de pression envers eux, **gage d'efficacité**.

Enfin, toute AAI est soumise en droit interne au contrôle du juge administratif et en droit de l'Union à la CJUE, qui sanctionne tout refus d'intervention : **CE, 16 novembre 2007, *Tinez***.