

PREP'AVOCAT

Droit international et européen.

L'abus de position dominante

Application de l'article 102 TFUE : abus de position dominante.

Article 102 TFUE (L 420-2 C.Com.)

« Est incompatible avec le marché intérieur 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 intérieur ou dans une partie substantielle de celui-ci.

Ces pratiques abusives peuvent notamment consister à :

- a) imposer de façon directe ou indirecte des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction non équitables,
- b) limiter la production, les débouchés ou le développement technique au préjudice des consommateurs,
- c) appliquer à l'égard de partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes, en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence,
- d) subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats ».

Ce n'est pas la détention d'une position dominante qui est interdit, mais le fait d'abuser de celle-ci.

Caractériser un abus de position dominante → **2 étapes** :

- Déterminer la position de cette entreprise sur ce marché pertinent → déterminer la **position dominante**.

- Si la position dominante est caractérisée → la pratique présente-elle un caractère **abusif** et anticoncurrentiel.

1. LA POSITION DOMINANTE

Ni le droit européen ni le droit interne ne définissent la position dominante.

CJCE 13/02/1979 Hoffman La Roche : « pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause en fournissant la possibilité de comportement indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients, et finalement des consommateurs ».

La position dominante n'est pas définie de manière statique, mais comme un **pouvoir économique**.

Cette position dominante permet à l'entreprise d'exercer une influence sur le marché et sur la concurrence au sein de celui-ci.

Pour caractériser la position dominante, les autorités européennes et françaises retiennent la technique du faisceau d'indices :

- **Structure du marché.**

Une entreprise en situation de monopole est en principe en position dominante.

- **La part de marché** : indicateur le plus direct de la position d'une entreprise sur un marché. Indice important mais non exclusif. Ce critère à lui seul ne permet pas de caractériser la position dominante, sauf lorsqu'il s'agit des extrêmes.

Au-delà de 90% de parts de marché, la superdominance est établie.

En-dessous de 40% de parts de marché, il est permis de présumer l'absence de position dominante.

Entre les deux, il convient de s'attacher à la position des concurrents sur le marché.

Exemples : Microsoft (98% du marché des systèmes d'exploitation pour ordinateurs personnels) ; Google (90% des parts sur le marché de la recherche internet dans l'UE) ; Intel (70% sur le marché mondial des puces informatiques).

- **Les barrières à l'entrée du marché** ou la concurrence potentielle (position des concurrents sur le marché).
- Chiffre d'affaires, importance de ses moyens commerciaux (réseau de distribution efficace) et financier.

La domination peut être **exclusive** ou **collective** :

- **Domination exclusive** :

La domination est établie lorsque l'entreprise est en situation de monopole (mais la détention d'un monopole n'est pas en elle-même abusive).

- **Domination collective** :

Plusieurs entreprises simultanément présentes sur un même marché peuvent être considérées comme détenant conjointement une position dominante, si elles adoptent ensemble, envers leurs clients ou leurs concurrents, une attitude très semblable à celle d'une entreprise unique en situation dominante (ce qui implique que les entreprises en question ne soient pas en situation de concurrence).

Difficulté à distinguer la position dominante collective de la pratique concertée qui relève du droit des ententes. Position dominante collective → les entreprises se présentent et agissent sur le marché comme une entité collective, qu'elles soient ou non liées par un accord.

Cumul de deux éléments :

- Un groupe d'entreprises agissent sur le marché comme si elles n'en constituaient qu'une seule.
- Détention par ce groupe d'un pouvoir de marché.

Ce pouvoir de marché peut donc s'exercer soit **individuellement** soit de façon **collective** (fait d'une ou de plusieurs entreprises) → une **unité économique** peut être caractérisée **entre le producteur et ses distributeurs** dès lors que ceux-ci agissent non pas de manière indépendante mais en se conformant à une politique commerciale décidée unilatéralement par le producteur : CJUE 19/01/2023, aff. C-680/20, Unilever (clauses d'exclusivité sur le marché des glaces individuelles).

2. LA QUALIFICATION DE L'ABUS

Seul l'**abus** est sanctionné → exploitation abusive de la position dominante à des fins concurrentielles.

Approche actuelle = approche économique de l'abus.

Selon cette approche, aucune pratique n'est à priori abusive. Intérêt porté aux **effets** des pratiques, 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 (appréciation qui repose sur divers tests notamment le test du concurrent efficace).

La qualification de l'abus repose sur un entrecroisement de critères communs et de critères spéciaux.

- **Critères communs** : (systématiquement mentionnés).
 - **La responsabilité particulière des entreprises dominantes** selon laquelle des pratiques habituellement licites tombent dans l'illicéité quand elles entravent un degré minimum de concurrence : *CJUE 9 novembre 2003, C-322/81, Michelin* ; *CJUE 12 mai 2022, C-377/20, Servizio Elettrico Nazionale* (mise à disposition par la société mère au profit de la filiale de listes de clientèles constituées à partir d'un ancien monopole légal) (Responsabilité particulière d'un opérateur historique qui détient une position dominante du fait d'un ancien monopole légal).
 - **La concurrence par le mérite** au regard du bien-être du consommateur : toute éviction n'est pas critiquable dès lors qu'elle concerne des concurrents moins efficaces : *CJUE 27 mars 2012 Post Danmark I*.
L'entreprise dominante ne commettra pas d'abus quand son action sur le marché se réalise loyalement, par ses qualités commerciales et techniques (concurrence par le mérite).
 - **La notion objective de l'abus** : la preuve d'une intention de nuire à la concurrence n'est pas requise mais, lorsqu'elle est établie, elle facilite la qualification de l'abus. *CJUE 6 décembre 2012, AstraZeneca*.

Prépa Droit Juris'Perform

www.juris-perform.fr

6 bis bd Pasteur / 9 bis rue Saint Alexis 34000 Montpellier

Tel : 07 69 76 64 99 / 06 98 89 44 22

- **Critères spéciaux** : La diversité des abus est ordonné en deux grandes catégories :
 - **Abus d'éviction d'un concurrent** (réputés les plus graves). Consiste à exclure un concurrent du marché.
 - **Abus d'éviction par les prix :**
 - **Abus d'exclusivité** : permettent à une entreprise dominante d'accaparer le marché.
 - **Prix prédateurs** : l'entreprise dominante élimine un concurrent pour ensuite récupérer ses pertes en augmentant ses prix.
 - **Ciseaux tarifaires** : l'entreprise dominante, en amont, vend à un prix élevé la fourniture de biens et, pour accaparer le marché en aval, vend ces mêmes biens à un prix très bas au consommateur final.
 - **Abus d'éviction par les ventes liées :**

En subordonnant la vente d'un produit à un autre produit, l'entreprise dominante sur un marché exploite un effet de levier pour accaparer un second marché.

Ex : Google a exigé des fabricants qu'ils préinstallent Google Search et son navigateur Chrome comme condition d'octroi de la licence pour sa boutique d'application en ligne Play Store.

- **Abus d'éviction par le refus de contracter :**

L'entreprise dominante refuse de fournir un produit ou un service indispensable afin de se réserver un marché en aval (*CJCE 6 mars 1974, Commercial Solvents / Zoja : substance requise pour fabriquer un médicament*).

Encore faut-il que ce refus soit susceptible d'éliminer toute concurrence et de porter préjudice au consommateur.

Théorie des infrastructures essentielles : lorsqu'il s'agit d'une infrastructure non duplicable, le refus d'accès remplit ces deux conditions.

S'il s'agit d'un droit de PI, le refus de licence peut être abusif si une condition supplémentaire est remplie → l'obstacle à l'apparition d'un produit nouveau (*CJCE 6 avril 1995, RTE, affaire dite Magill, à propos d'un programme de télévision protégé par un droit d'auteur*).

Prépa Droit Juris'Perform

www.juris-perform.fr

6 bis bd Pasteur / 9 bis rue Saint Alexis 34000 Montpellier

Tel : 07 69 76 64 99 / 06 98 89 44 22

- Abus d'exploitation.

Consiste, pour une entreprise, à profiter de sa position dominante pour imposer à ses partenaires commerciaux des conditions tarifaires ou commerciales injustifiées.

- Pratiques relatives au prix.

- Prix excessif.

Prix sans rapport raisonnable avec la valeur économique de la prestation fournie : CJCE 13 novembre 1975, General Motors Continental.

Appréciation in concreto / preuve du caractère excessif du prix + preuve du lien causal entre la pratique litigieuse et l'état de position dominante de la personne poursuivie.

Pour caractériser l'abus → faisceau d'indices : hausse forte et brutale du prix ; évolution du prix dans le temps ; comportement de la personne poursuivie ; structure du marché ; comparaison avec les prix pratiqués par l'entreprise dans d'autres territoires ou par ses concurrents pour des produits identiques...

Les prix élevés peuvent normalement être contestés par les concurrents en pratiquant des prix bas. Mais lorsque les barrières à l'entrée du marché sont élevées, les consommateurs ne peuvent que rester prisonniers de l'entreprise dominante.

- Prix discriminatoires.

Avantages tarifaires consentis à certains partenaires plutôt qu'à d'autres (CJUE 15 mars 2007, British Airways).

Pour caractériser l'existence d'une pratique discriminatoire, l'article 10 c) TFUE exige que celle-ci inflige « un désavantage dans la concurrence », autrement dit une distorsion de concurrence entre les partenaires commerciaux → **preuve d'un effet anticoncurrentiel** (qui peut seulement être potentiel).

Ce constat doit se fonder « sur une analyse de l'ensemble des circonstances pertinentes de l'espèce qui permet de conclure que ledit comportement a une influence sur les coûts, sur les bénéfices, ou sur un autre intérêt pertinent d'un ou de plusieurs desdits partenaires » de nature à affecter leur position concurrentielle : CJUE 19 avril 2018, MEO.

Prépa Droit Juris'Perform

www.juris-perform.fr

6 bis bd Pasteur / 9 bis rue Saint Alexis 34000 Montpellier

Tel : 07 69 76 64 99 / 06 98 89 44 22

- Pratiques relatives aux **conditions commerciales**.

Conditions de transition non-équitables au sens de l'article 102 a) TFUE : mise en place de règles contractuelles qui manquent de transparence et d'objectivité.

L'article 102 TFUE ne mentionne pas la possibilité d'une exemption à l'instar de l'article 101§3 TFUE.