

PREP'AVOCAT

Droit international et européen.

Droit de la libre concurrence : les ententes

Application de l'article 101 TFUE : ententes.

(En la matière, les solutions du droit interne sont calquées sur celles du droit européen).

Accords, pratiques concertées, décisions d'associations d'entreprises ayant pour objet ou pour effet d'entraver le fonctionnement normal du marché.

Prohibées par les articles 101 TFUE et L 420-1 C.Com.

- Ententes verticales : entre opérateurs situés à des stades différents du processus économique (fournisseur et distributeur).
- Ententes horizontales : entre concurrents.

Sanction → Article L 420-3 C. Com et article 101§2 TFUE → les ententes anticoncurrentielles sont **nulles** de nullité absolue (nullité étendue soit à l'ensemble du contrat soit à l'égard des conventions qui sont liées à l'accord litigieux).

Article 101 TFUE.

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

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

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

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

- à tout accord ou catégorie d'accords entre entreprises,
- à toute décision ou catégorie de décisions d'associations d'entreprises et
- à toute pratique concertée ou catégorie de pratiques concertées qui contribuent à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique, tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, et sans :
 - a) imposer aux entreprises intéressées des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs,
 - b) donner à des entreprises la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence.

Les traités européens ne définissent pas l'entente (article 101§1 TFUE).

Summa divisio :

- Ententes secrètes : cartels.
- Ententes issues de contrats.

Fonctionnement de l'économie de marché = donner pleine efficacité à **l'autonomie de comportement sur les marchés** (chaque opérateur détermine la politique qu'il entend suivre sur le marché), d'où la nécessité de débusquer les coordinations de comportements sur le marché.

- Identification d'au moins **2 parties**, deux **entreprises** (cf. Supra).

2 éléments constitutifs :

- Une coordination de comportements : une **collusion**.

Il existe trois formes de collusions + une forme supplémentaire d'origine jurisprudentielle (CJUE). Ces collusions sont distinctes car correspondent à une gradation dans le concours des volontés.

- o Les accords d'entreprises.

L'accord repose sur un **plan, une stratégie** précise / volonté commune de se comporter sur le marché d'une manière déterminée (CJCE 8 juillet 1999, aff. C 49/92 : Commission c/ Anic).

Comm. CE, déc. N°2003/207/CE (décision de la Commission européenne) : « *les parties s'entendent sur un plan commun qui limite ou est susceptible de limiter leur comportement commercial individuel en déterminant les lignes de leur action ou de leur non-action sur le marché. L'accord ne doit pas nécessairement être établi de façon formelle ou par écrit [...]. L'accord peut être exprès ou ressortir implicitement du comportement des parties* ».

Ces accords se caractérisent par l'élaboration d'un plan ou d'une stratégie (CJUE 20/01/2016 : *Toshiba*).

Le plan repose le plus souvent dans la conclusion d'accords exprès. Multitude des formes possibles de l'accord (écrit, verbal, tacite...).

Accord tacite → suppose qu'il y ait eu :

- (i) Une offre anticoncurrentielle ou une invitation de la part d'une entreprise à une autre lui proposant un certain comportement ou objectif et
- (ii) Un acquiescement ou une participation expresse ou tacite (TUE 26 octobre 2000, Bayer c/ Commission aff. T-41/96).

- Accord horizontal (entre concurrents / même stade de production).

Chaque partie consent à ne pas concurrencer les autres de façon à ce que les parts respectives de marché ne bougent pas.

L'accord peut porter sur les prix, sur la répartition de la clientèle... *Exemple : accord de report d'entrée sur le marché de médicaments génériques (CE 26 novembre 2020 ; CJUE 30 janvier 2020, Generics (UK) e.a., aff. C-307/18).*

Dans la mesure où ces cartels sont souvent secrets, les preuves sont difficiles à rapporter → faisceau d'indices.

- **Accord vertical** (entre non-concurrents ; souvent à l'intérieur d'un réseau de distribution).

Arrêt de principe : CJCE 13 juillet 1966, *Grunding*.

Preuve de restriction verticale : analyse du contexte économique et juridique ; la volonté des parties peut être déduite de leur comportement ou des clauses du contrat.

- Les pratiques concertées.

Cette notion a des contours flous → permet de saisir les formes les plus souples de collusion.

- **Df° de la pratique concertée** → (CJCE 14 juillet 1972, *affaire des matières colorantes*) : « coopération entre entreprises qui, sans avoir été poussée jusqu'à la réalisation d'une convention proprement dite, substitue sciemment une coopération pratique entre elles aux risques de concurrence ».

TPICE 15 mars 2000 : « toute prise de contact directe ou indirecte entre opérateurs économiques de nature à dévoiler à un concurrent le comportement que l'on est décidé à, ou que l'on envisage de, tenir soi-même sur le marché, lorsqu'une telle prise de contact a pour objet ou pour effet d'aboutir à des conditions de concurrence qui ne correspondraient pas aux conditions normales du marché.

Pour établir une pratique concertée, il n'est donc pas nécessaire de démontrer qu'un opérateur économique s'est formellement engagé à l'égard d'un ou de plusieurs autres, à adopter tel ou tel comportement ou que les concurrents ont fixé en commun leur comportement futur sur le marché.

Il suffit que, à travers sa déclaration d'intention, l'opérateur économique ait éliminé ou, à tout le moins substantiellement réduit, l'incertitude quant au comportement à attendre de sa part sur le marché ».

Comportements parallèles d'entreprises sur un marché résultant d'une concertation informelle entre elles (ne résulte pas d'une convention, ni d'un plan). Se limite à une **prise de contact avec des échanges d'informations sensibles** : CJCE 8 juillet 1999, Anic.

- **Manifestation des pratiques concertées : les réunions anticoncurrentielles** → la pratique concertée vise des « prises de contact, directes ou indirectes » (notion souple). Elle n'exige

aucun engagement de part et d'autre, ni même de plan commun. Il s'agit **d'échange réciproque d'informations**, le plus souvent au cours de réunions.

Preuve souple de la prise de contact : (incombe à la Commission ou à l'autorité nationale en charge de la concurrence) : démonstration que le parallélisme des comportements des entreprises s'explique par la concertation ; faisceau d'indices précis et concordants.

Droit européen → la participation à une seule réunion anticoncurrentielle suffit à caractériser la pratique concertée / l'acceptation de l'information est présumée de la présence de l'entreprise à la réunion (présomption simple). Cass. Com. 10/02/2021 Goodmills (cartel des farines).

- Les décisions d'association d'entreprises.

Association sans but lucratif, fédération, syndicat, ordre professionnel...

Des organisations regroupant des entreprises peuvent influencer, par leurs décisions, sur l'activité économique de leurs membres ou sur le marché (*un ordre professionnel ne peut diffuser un barème d'honoraires minimaux*).

Caractérisation d'une association d'entreprises lorsque sa décision est l'expression de sa **volonté de coordonner le comportement de ses membres sur le marché**.

- Infraction complexe et continue (emprunte des éléments aux autres formes) : CJUE 25 juin 2015 Fresh Del Monte.

CJUE 26 janvier 2017, Villeroy et Bosch.

CJUE 22 octobre 2020, Silver Plastic.

Pour l'ensemble de ces formes de collusion, le standard de preuve est réduit à un faisceau d'indices graves, précis et concordants.

Dématérialisation de la preuve → l'envoi d'un message par Internet, sans suffire pour prouver la prise de connaissance par le destinataire constitue une présomption.

Présence d'un tiers facilitateur → (agence de conseil, prestataire de services) il peut être appréhendé par l'article 101 TFUE, quand bien même il n'est pas opérateur sur le marché affecté. CJUE 22/10/2015 Treuhand.

- Une restriction de concurrence (une atteinte à la concurrence).

Il faut établir une atteinte à la concurrence qui sera démontrée à partir de **l'examen de l'objet et/ou de l'effet de l'entente** sur le marché en cause.

Étapes :

1. Qualification d'une éventuelle restriction accessoire (échappe à la qualification d'entente).
2. Appréciation de l'objet anticoncurrentiel.
3. Appréciation de l'effet anticoncurrentiel.

Il doit y avoir un lien de causalité entre la pratique litigieuse et la restriction de la concurrence.

→ Restriction accessoire

Restriction accessoire à une opération principale non concurrentielle → échappe à la qualification de l'entente. Permet de tempérer l'absolutisme de la prohibition des ententes.

Critères :

- L'opération principale ne doit aucunement être restrictive de concurrence.
- L'opération accessoire doit être strictement nécessaire.

Ex : le vendeur d'un fonds de commerce est débiteur d'une obligation de non rétablissement, et donc de non-concurrence, nécessaire à la réalisation de la vente.

→ L'entente doit avoir pour objet OU pour effet d'entraver la concurrence.

Ordre de priorité : dès lors que les clauses litigieuses ne présentent pas un « degré suffisant de nocivité à l'égard de la concurrence », il convient d'examiner les effets de l'accord → on inspecte donc en premier lieu la présence d'un objet anticoncurrentiel puis un effet anticoncurrentiel. La recherche d'effets ne vaut qu'en l'absence de preuve d'un objet.

- Objet anticoncurrentiel :

Suffit à l'application du droit de la concurrence : il n'est pas nécessaire que l'entente ait eu pour effet d'empêcher, de fausser ou de restreindre le jeu de la concurrence ; il suffit simplement qu'elle ait eu pour objet d'aboutir à un tel résultat.

« La prise en considération des effets concrets d'un accord est superflue dès qu'il apparaît qu'il a pour objet de restreindre, empêcher ou fausser le jeu de la concurrence ». CJUE, 13 juillet 1966, aff. C-56 et 58/64, Consten SARL et Grundig → **l'objet anticoncurrentiel suffit à lui seul.**

Cette qualification repose sur deux critères :

- Révéler un « **degré suffisant de nocivité** » (à l'égard du bien être du consommateur ou du bien être collectif).
- S'appuyer sur « une **analyse du contexte économique et juridique** » : nature des biens et des services ; conditions réelles du fonctionnement et de la structure du ou des marchés en question.

CJUE 11 septembre 2014, Cartes bancaires ; CJUE 30 janvier 2020 Generics ; CJUE 2 avril 2020, Budapest Bank.

Certaines ententes ont un objet anticoncurrentiel par nature :

- Accords ou pratiques concertées portant sur la fixation du prix.
- Portant sur la répartition géographique des marchés entre entreprises.
- Portant sur des échanges d'informations entre concurrents.
- Portant sur la limitation de la production ou des ventes (quotas).
- Accord visant à retarder la commercialisation d'un produit (*ex : en matière de médicaments génériques*).
- Dans le cadre d'accords verticaux : imposition de prix de revente fixes, de prix de revente minimaux.

CJUE 26 novembre 2015, aff. C-345/14 Maxima Latvia c/ Concurrences padome : *contrat de bail entre les propriétaires de différents centres commerciaux et un distributeur exploitant plusieurs magasins de grande surface comprend une clause permettant au distributeur de s'opposer à la location d'espaces commerciaux à des tiers. La clause est-elle anticoncurrentielle ?*

Selon la CJUE : (analyse *in concreto*) : la seule présence de cette clause n'implique pas que le contrat de bail ait pour **objet** de restreindre la concurrence. Même si elle avait potentiellement pour effet de restreindre l'accès des concurrents du distributeur aux centres commerciaux, cet effet n'implique pas de manière manifeste que les contrats en cause restreignaient le jeu de la concurrence sur le marché local du commerce de détail alimentaire.

En revanche, de tels contrats peuvent avoir pour effet de restreindre le jeu de la concurrence → est alors pris en compte la disponibilité et l'accessibilité du foncier commercial dans ces zones ainsi que l'existence de barrières économiques.

- **Effet anticoncurrentiel** :

L'absence d'objet anticoncurrentiel implique de vérifier si la pratique n'en comporte pas moins des effets anticoncurrentiels.

L'analyse est ici plus poussée.

Effets anticoncurrentiel (degré de nocivité) actuel ou potentiel → pour qu'un accord soit restrictif par ses effets, il doit affecter la concurrence réelle ou potentielle à un point tel qu'il soit possible de prévoir avec une assez bonne probabilité qu'il aura sur le marché en cause des effets négatifs sur les prix, la production, l'innovation ou la diversité ou qualité des produits et services.

L'effet anticoncurrentiel est mesuré en référence à une **analyse économique** centrée autour de la notion de **pouvoir de marché** de l'entreprise.

Seule une pratique anticoncurrentielle ayant pour effet **d'affecter de manière sensible** le marché sera condamnée → recherche **d'effets significatifs**.

+ Présomption d'absence d'effets sensibles en-deçà de 10% de parts de marché des parties si elles sont concurrentes ou en-deçà de 15% de parts de marché pour chacune d'elle si elles ne sont pas des concurrents (cf. infra).

→ **Tempéraments**

Les tempéraments sont liés à la théorie du seuil de sensibilité, de l'effet cumulatif et de la règle de raison.

➤ **Théorie du seuil de sensibilité**

Cette théorie permet que des ententes affectant une part peu sensible, c'est-à-dire minime, du marché, ne soient pas sanctionnées.

Solution consacrée dans une communication de la Commission : Comm. CE 22/12/2001 dite **Communication de minimis** ; remplacée par la Comm. UE 25/06/2014 qui détermine des

seuils de parts de marché en deçà desquels un accord ne restreint pas sensiblement la concurrence.

La Commission écarte l'application de l'article 101 TFUE aux **accords d'importance mineure ou « de minimis »**, qui n'apportent à la concurrence qu'une atteinte proportionnellement très faible au regard du volume des échanges communautaires portant sur les produits en cause.

Des **seuils** sont donc définis, en-dessous desquels il est considéré que les accords entre entreprises qui affectent le commerce entre EM n'ont pas d'effets sensibles sur la concurrence et ne justifient pas de poursuites.

L'article 101 TFUE ne joue pas sur des ententes dont les parts de marché cumulées des membres concurrents ne dépassent pas 10% (ententes horizontales) et pour les ententes dont les parts de marché de chacun des membres non concurrents ne dépassent pas 15% (ententes verticales).

La théorie du seuil de sensibilité est également consacrée en droit interne par l'ordonnance du 25 mars 2004 (article L 464-6-1 et 464-6-2 C. Com.), fortement inspirée du droit européen mais avec des divergences sur les modalités de calcul des seuils.

Ces seuils posent une présomption simple d'affectation sensible.

La Communication de minimis ne s'applique pas en cas d'abus de position dominante.

➤ *Théorie de l'effet cumulatif*

Il y a effet cumulatif lorsque le marché est couvert par des accords parallèles d'accords ayant des effets similaires, contribuant ainsi à un effet de blocage du marché.

Il y a effet cumulatif lorsque 30% du marché est couvert par des réseaux parallèles.

➤ *Règle de raison*

D'inspiration américaine, la règle de raison permet d'éviter le recours à la procédure lourde de l'article 101§3 TFUE. Un accord ne tombe pas sous le coup de l'article 101§1 TFUE si les restrictions de concurrence sont raisonnables et proportionnées, ce qui suppose que les avantages concurrentiels l'emportent sur les effets négatifs.

La clause fera 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.

Actuellement, en droit européen, déclin de la règle de raison.

Exemples d'atteintes à la concurrence : (l'article 101 en nomme 5, non limitatif).

- Accord portant sur la fixation des prix ou des conditions de transaction.
Préjudiciable pour le consommateur (jeu normal de la concurrence permet aux consommateurs de bénéficier des prix les plus bas et des meilleures conditions de transaction).
Interdiction des prix imposés ou minimums, des prix prédateurs, des prix discriminatoires.
Prix conseillé ou maximum → licite.
 - Accord limitant ou contrôlant la production, les débouchés, le développement technique et les investissements.
Accord ayant pour effet de limiter le progrès en imposant des exigences à une entreprise : fixation de quotas de production ou de vente, harmonisation de la production conformément à une norme dès lors qu'elle va dans le sens d'un retardement du progrès.
 - Accord répartissant les marchés ou les sources d'approvisionnement.
Accord ayant pour objet des interdictions d'exporter directe ou indirecte ; accord prévoyant un système de rémunération des concessionnaires automobiles visant à les dissuader de se livrer à des exportations parallèles.
 - Accord ayant pour effet de désavantager dans la concurrence certains partenaires commerciaux (*interdiction des discriminations*).
 - Accord consistant à subordonner la conclusion du contrat à l'acceptation par les partenaires de prestations sans lien avec l'objet du contrat.
Contrats jumelés ou ventes liées.
-
- **Principe d'interdiction** → **article 101 § 1 TFUE** ; prononcée par la Commission ou une autorité nationale de concurrence (en France ADLC).

Cette prohibition n'est **pas absolue** :

- Subordonnée à un **seuil de sensibilité** qui conduit à ne pas sanctionner les accords d'importance mineure, qui n'ont pas d'effet sensible sur la concurrence (ce seuil ne s'applique pas aux ententes ayant un objet anticoncurrentiel).
- Autorisation des ententes :
 - **Exemptions** : suppose une contribution de l'entente au progrès économique (article 101§3 TFUE : exemption individuelle, règlements d'exemption (exemption par catégorie)) ;
 - **Règle de raison**.
- **Sanction** → article 101 § 2 TFUE : nullité de l'accord ; amende ; DI (saisine du juge national).

Les exemptions.

L'interdiction des ententes n'est pas absolue.

Article 101 § 3 TFUE (régime général d'exemption / exemption individuelle : analyse au cas par cas selon les 4 conditions posées par l'article).

+ **règlements d'exemption par catégorie** adoptés par la Commission → application cumulative du régime général et du régime spécial d'exemption : si un accord couvert par un règlement d'exemption a par ailleurs des effets incompatibles avec l'article 101§3 TFUE, ledit accord pourra perdre le bénéfice de son exemption.

➤ **Conditions d'exemption générale (article 101 § 3 TFUE)**

4 conditions cumulatives :

- Amélioration de la production ou de la distribution / promotion du progrès technique ou économique.

Conception de l'entente comme un moyen d'organiser l'activité économique de façon à améliorer la productivité → **notion de gains d'efficacité** : entente visant à obtenir des gains d'efficacité dont les effets se font sentir sur le marché (VS effets bénéficiant exclusivement aux entreprises parties à l'entente).

Prépa Droit Juris'Perform

www.juris-perform.fr

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

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

Ces **gains d'efficacité** sont des **avantages objectifs et sensibles** de nature à contrebalancer les effets restrictifs de concurrence.

La charge de la preuve repose sur les entreprises parties à l'entente qui doivent démontrer l'existence des gains d'efficacité, ainsi que le lien de causalité direct entre l'entente et lesdits gains.

- Une partie équitable du profit réservée aux utilisateurs
 - Utilisateurs directs ou indirects.
 - Notion de partie équitable : effets positifs des gains d'efficacité pour les utilisateurs au moins aussi importants que les effets restrictifs de concurrence (compensation).
- Caractère indispensable des restrictions de concurrence

Application du principe de proportionnalité (appréciation in concreto dans le cadre réel dans lequel l'accord fonctionne et en tenant compte de la structure du marché).

- Caractère indispensable de l'accord pour obtenir les gains d'efficacité
- Caractère indispensable des restrictions de concurrence pour obtenir les gains d'efficacité.

Il faut que les entreprises parties à l'entente démontrent :

- Que l'absence de la restriction est de nature à réduire ou remettre en cause les gains d'efficacité résultant de l'accord litigieux et
- Qu'il n'y a pas d'alternative moins restrictive pour permettre de réaliser les mêmes gains d'efficacité.

- Absence d'élimination de la concurrence.

L'entente est dépourvue d'un effet de suppression de la concurrence en totalité ou pour une partie substantielle des produits en cause tant dans l'immédiat que sur le plus long terme.

Appréciation en fonction de la structure du marché (niveau de concurrence, parts de marché des entreprises parties à l'entente, existence de barrières à l'entrée).

➤ **Règlements d'exemption par catégorie** (pour éviter l'analyse au cas par cas).

La Commission est habilitée à adopter des règlements d'exemption par catégorie.

Présomption simple selon laquelle tout accord relevant du champ d'application d'un règlement d'exemption donné est présumé conforme aux conditions d'exemption.

Possibilité pour la Commission de renverser cette présomption en démontrant que l'accord ne répond pas aux conditions de l'article 101 §3 TFUE.

- Règlement relatif aux accords verticaux et aux pratiques concertées dans le secteur automobile, 2010.

Tous les contrats relatifs au secteur automobile se voient appliquer ce règlement.

Texte de référence en matière de restrictions verticales.

- Règlement relatif à l'application de l'article 101 TFUE à des catégories d'accords de transfert de technologie, 2014.
- **Règlement relatif aux accords verticaux, 2010 (contrats de distribution).**
- Règlement relatif aux accords horizontaux de R1D (recherche et développement) et de spécialisation.

Ces règlements reposent sur une présomption : il est raisonnable de présumer que les effets positifs compenseront les effets anticoncurrentiels si des garde-fous sont respectés → l'absence de certaines clauses et le non-franchissement de certains seuils : en l'absence de restrictions caractérisées et en-dessous des seuils en parts de marché, il est alors permis de présumer la compensation des effets négatifs par des effets positifs.

Une clause ou un comportement visé par un règlement d'exemption par catégorie en tant que « **restriction caractérisée** » pourra être qualifiée de restriction par l'objet en raison d'un degré suffisant de nocivité, et à condition d'avoir examiné le contexte économique et juridique.

A défaut du bénéfice de l'exemption par catégorie → exemption individuelle : article 101§3 TFUE.