

PREP'AVOCAT

Droit international et européen.

Droit de la libre concurrence : règles générales

Le droit de la concurrence interne et européen s'organise autour de **deux axes** qu'il convient de bien avoir en tête (et autour desquels s'articule tout cours de droit de la concurrence) :

- La transparence et la lutte contre les **pratiques restrictives de concurrence** → « petit droit de la concurrence ».
Objectif → **protection des opérateurs (protection individuelle)**.
- La lutte contre les **pratiques anti-concurrentielles** (ententes, abus de position dominante, contrôle des concentrations et des aides d'Etats) → « grand droit de la concurrence ».
Objectif → **protection du marché (protection collective)**. Prohibition des pratiques qui viendraient fausser le jeu de la libre concurrence.

Il découle un **double contentieux** en matière de **pratiques anticoncurrentielles** (objectif et subjectif) :

- Contentieux subjectif (défense des intérêts privés des opérateurs, victimes de ces pratiques anti-concurrentielles) → s'exerce devant les **juges** nationaux (actions en DI, article 1240 Code civil).
On appelle cela le **private enforcement** (défense des intérêts individuels).
- Contentieux objectif (défense du marché et de la liberté de la concurrence) → s'exerce devant les autorités publiques instituées (ADLC et Commission européenne).
On appelle cela le **public enforcement**.

Ces autorités peuvent rendre des sanctions sous forme d'amende ou d'injonction de faire ou de ne pas faire / elles ne peuvent pas prononcer l'annulation des accords anticoncurrentiels ni attribuer aux victimes des DI.

2 principes gouvernent le droit de la concurrence :

- **La liberté du commerce et de l'industrie → protection des concurrents.**
- **La libre concurrence → protection du marché / de la concurrence (droit antitrust américain).**
Pratiques antitrust = pratiques anti-concurrentielles.

Dans le cadre de l'UE, la concurrence est un moyen permettant d'assurer la réalisation des objectifs poursuivis par les Traités européens (Rome, Maastricht, Lisbonne) → marché unique européen (à mettre en lien avec le principe de libre circulation des marchandises et les MEERQ (Mesures d'effet équivalent aux restrictions quantitatives)).

Objectifs du droit de la concurrence de l'UE → double :

- Protection d'une **concurrence efficace** : la concurrence ne doit pas être faussée dans le marché intérieur.
- Protection du **marché unique européen** : (politique d'intégration des marchés en vue de la C° d'un marché unique européen). En ce sens, la politique de concurrence poursuit la même finalité que les règles relatives à la liberté de circulation des marchandises (règle de concurrence pour empêcher de cloisonner les marchés nationaux : CJCE 1966 Grundig).

CJCE 2009 T Mobile : les règles de concurrence ne visent pas uniquement les intérêts des concurrents et consommateurs mais la structure du marché (protection du marché).

CJCE 2011 Tenia Sonera : les règles de concurrence ont pour objectif que la concurrence ne soit pas faussée au détriment de l'intérêt général, des entreprises, des consommateurs, contribuant au bien-être de l'UE.

2 appréhensions :

- A priori : contrôle des concentrations.
- A posteriori : pratiques anti-concurrentielles (prohibition des ententes et des abus de position dominante).

Articles 101 et 102 TFUE → prohibent respectivement les **ententes** et les **abus de position dominante**.

Articles 106 et 107 TFUE → **aides d'Etats** en matière de concurrence.

Le droit primaire européen n'appréhende pas les **concentrations économiques** (→ droit dérivé) → Règlement du 20/01/2004 relatif au contrôle a priori des opérations de concentration.

Commission européenne : (Direction Générale IV ou DG Concurrence) : définit et adapte la politique européenne de concurrence. Veille à l'application directe des règles européennes de concurrence prévues aux articles 101 et suivants du TFUE.

Elle est dotée de **pouvoirs d'investigation et de sanctions** des entreprises comme des Etats qui contreviendraient aux règles de concurrence.

Elle rend des **décisions** (sanctionne les pratiques anti-concurrentielles (ententes et abus de position dominante) / recours possible devant le Tribunal de l'UE et la CJUE.

La Commission publie aussi des **lignes directrices** (lignes directrices pour les aides d'Etat). Ces lignes directrices = textes de soft law : pas de caractère normatif, de fait pas de dimension contraignante. CJUE 28 juin 2005 : *ils lient au moins les autorités dont ils émanent*.

Commissaire européen à la concurrence → membre de la Commission européenne chargé de veiller à ce que la politique de concurrence ne soit pas entravée, dans l'intérêt des consommateurs et des entreprises européennes (depuis 2014 Magrethe Vestager, danoise).

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

Le droit de la concurrence n'est **pas unifié au niveau international**. À partir du moment où un comportement litigieux produit des effets dans un Etat, son droit interne de la concurrence s'applique / effets dans plusieurs Etats = application simultanée de plusieurs droits internes → risques de solutions différentes et inconciliables (*souvent : autorisation des autorités antitrust américaine VS refus de la Commission européenne : ex : affaire Microsoft en 2008*).

Pour remédier à cela → accords bilatéraux (notamment accords euro-américains), reposant souvent sur une « courtoisie passive » (sont compétentes les autorités du pays le plus impacté). Ces accords demeurent insuffisants.

En France, **l'ADLC** a une compétence exclusive pour sanctionner les ententes, les abus de position dominante et les prix abusivement bas. L'ADLC a un pouvoir d'enquête et de sanction + recours possible devant la CA de Paris qui est compétente pour juger les recours contre les décisions de l'ADLC.

Pouvoir d'auto saisine : la loi LME permet à l'ADLC de s'auto saisir en matière d'avis sur toutes questions de concurrence (les avis de l'ADLC sont en général remarqués).

Compétence **décisionnelle** en matière de concentration économique : depuis la loi LME, elle est l'autorité de droit commun compétente en matière de **contrôle des concentrations**¹.

¹ Article L430-4 C.Com. : « La réalisation effective d'une opération de concentration ne peut intervenir **qu'après l'accord** de l'Autorité de la concurrence ou, lorsqu'il a évoqué l'affaire dans les conditions prévues à l'article [L. 430-7-1](#), celui du ministre chargé de l'économie ».

Paramètres de la concurrence :

- Le prix
- La qualité
- Le niveau de diversité (amplifie le choix du consommateur)
- L'innovation

Économie de marché → organisation de la production dans laquelle les variables économiques fluctuent en fonction des forces du marché, autrement dit de **l'offre et de la demande**, avec une **intervention minimale de l'Etat** (VS économie planifiée : économie où les choix en matière d'investissement, de production et de fixation des prix sont faits par l'Etat ou ses organismes habilités).

Le **pouvoir de marché** est « la **capacité de s'extraire de toute concurrence** sans subir de pertes, mais au contraire, avec profitabilité ». Donc, hors de portée de toute pression concurrentielle, le détenteur du pouvoir de marché opère un transfert de richesse à son profit (et au détriment des consommateurs) → gain du monopole : prix élevé, qualité moindre, diversité moindre, innovation moindre.

Le **monopole** est le prototype du pouvoir de marché.

La **position dominante** est assimilée à un monopole.

Le dysfonctionnement de l'économie de marché se révèle sur un marché déterminé → le **marché pertinent**.

La lutte contre le pouvoir de marché est la raison d'être de toutes les règles de concurrence appliquées aux entreprises → commune à la branche du contrôle a posteriori (pratiques anti concurrentielles) et à celle du contrôle a priori (concentrations).

Régulation de l'économie de marché → **principe de libre concurrence** → le pouvoir de marché des entreprises ne doit pas créer d'entraves à la concurrence (entrave => mauvaise répartition des richesses).

Règles de concurrence applicables aux entreprises.

Règles de concurrence visant à sanctionner à posteriori des comportements d'entreprises → sanction des pratiques anticoncurrentielles.

- **Ententes** : article 101 TFUE.
- **Abus de position dominante** : article 102 TFUE.
- **Contrôle des concentrations.**

Applicabilité (vérifications préalables à l'application des règles de régulation de la concurrence).

- Comportement émanant d'une **entreprise**.

L'entreprise est le **sujet du droit de la concurrence** moderne (pratiques anticoncurrentielles, concentrations économiques et aides d'Etat) → utilisation de la notion d'entreprise par les auteurs des traités (et non celle de société ou de personne morale), pour désigner **l'auteur d'une infraction au droit de la concurrence** susceptible d'être sanctionné (imputabilité) notamment en application des articles 101 et 102 TFUE.

Elle se définit comme « **toute entité, quelque soit son statut juridique, exerçant une activité économique** ». (*CJCE 23 avril 1991, Höfner*).

- ➔ Critère matériel : **exercice d'une activité économique** (exclu l'exercice de prérogatives de puissance publique et la poursuite d'un objectif solidaire de répartition).
- ➔ Disposer d'une **autonomie économique sur le marché**, lui permettant de déterminer sa propre politique commerciale : indépendance de comportement de l'entité sur le marché pertinent dans la conduite de ses activités.

Une société mère détenant le K social de sa filiale est présumée exercée une influence déterminante sur celle-ci, la privant de son autonomie économique : CJCE 14 juillet 1972 aff. 48/69, Imperial Chemical Industries.

Le raisonnement des autorités européennes comme françaises repose sur la présomption selon laquelle la détention de la totalité ou de la quasi-totalité du K social d'une filiale est détenue par sa société mère → prive la filiale de son autonomie économique (**présomption**

capitaliste). Il s'agit d'une présomption simple que les sociétés mères inquiétées (imputabilité d'une infraction / amende) cherchent désespérément à combattre (dans les faits, cette présomption est irréfragable : jamais les autorités n'ont admis le renversement de présomption).

Lorsque les liens capitalistiques sont plus lâches (détention partielle du K social de la société filiale par la société mère) → renversement de la charge de la preuve → l'Autorité saisie (Commission...) doit alors démontrer l'absence d'autonomie de la société filiale (pas de présomption capitaliste) : faisceau d'indices (*ex : communauté de dirigeants entre la société mère et la filiale, existence de directives et de mesures d'instruction*).

L'absence d'autonomie de la société contrôlée vis-à-vis de sa société mère conduit à reconnaître le groupe comme entreprise unique (mère + filiale). Dans ce cas, la responsabilité du comportement sera imputée à la société mère ou à la société mère et à sa filiale solidairement (principe de responsabilité personnelle).

Le sujet entreprise s'apprécie de façon identique dans l'ensemble des branches du droit de la concurrence.

→ **Définition de l'entreprise**

Aucune df° dans les traités / df° construite par la JP européenne.

➤ **Le statut juridique (la personnalité juridique) : critère indifférent.**

Afin d'englober des entités dépourvues de la personnalité juridique (groupe de sociétés). Indifférence de la forme juridique de l'entité. Peuvent donc être saisies par le droit de la concurrence non seulement des personnes physiques et morales mais aussi des entités dépourvues de la personnalité juridique.

➤ **L'activité économique : critère déterminant.**

Nature économique de l'activité → l'activité économique se réalise sur un marché (se réalise donc au cœur de la rencontre de l'offre et de la demande).

○ **Éléments constitutifs :**

- Toute activité de production et d'échange de biens ou de services.
- Activité ayant une valeur marchande.

- L'existence d'une **contrepartie** versée par le bénéficiaire direct de l'activité est essentielle.

Sont incluses les activités commerciales du secteur financier regroupant le domaine bancaire et celui des assurances / l'activité agricole / les services offerts par les professions libérales.

L'ADLC a considéré que « *les règles de concurrence s'appliquent aux marchés de la santé en raison de la nature économique de l'activité de soin* ». Elles s'appliquent tout autant aux avocats

- Élément indifférent :

But lucratif (objectif principal de réalisation de bénéfices) ou non → *CJCE 16 novembre 1995 Fédération française des sociétés d'assurance*.

Des associations, des coopératives, des mutuelles entrent dans le champ d'application des droits interne et européen de la concurrence.

- Activités exclusives de la notion d'activité économique :

- Par principe, un service public administratif peut entrer dans le champ du droit de la concurrence (il peut intervenir comme opérateur économique).

Mais une **activité exercée à l'aide de prérogatives de puissance publique** est exclue du champ d'application du droit de la concurrence. L'Autorité de la concurrence n'est pas compétente pour connaître de pratiques qui relèvent de l'organisation d'un service public ou de la mise en œuvre de prérogatives de puissance publique.

L'ADLC distingue :

- Les actes par lesquels les personnes publiques font usage, pour l'organisation du service public dont elles ont la charge, de prérogatives de puissance publique → leur légalité sera appréciée par le juge administratif.
- Les activités des mêmes personnes publiques, intervenant dans la sphère économique, qui sont détachables de leurs actes de puissance publique : comme celles de toute entreprise, elles peuvent être qualifiées par l'ADLC et le juge judiciaire qui la contrôle au regard du droit des ententes et des abus de position dominante.

- La JP européenne puis les autorités françaises ont dessiné la frontière entre les **activités purement sociales** et les activités sociales-économiques (la solidarité est le moteur de l'action sociale et est, à l'inverse, étrangère au marché et donc à l'entreprise) : *CJCE 17 février 1993, aff. Jointes C-159/91 et C-160/91 Poucet et Pistre* ; *ADLC n°10-D-23 du 23 juillet 2010*.

Difficulté à faire entrer certaines activités du milieu social dans le cadre du droit de la concurrence. La notion de solidarité s'est affinée au fil des décisions européennes → extension de l'emprise du droit de la concurrence.

→ **L'imputabilité de l'infraction à l'entreprise**

L'identification d'une entreprise contrevenante est déterminante au stade de l'imputation de l'infraction, de la procédure et du calcul de l'amende. Bien que sujet du droit de la concurrence, l'entreprise reste une notion économique sans consistance juridique. Aux fins d'application du droit procédural, doit-elle être rattachée à un support personne juridique.

Principe de la responsabilité personnelle → un fait punissable ne peut être imputé qu'à son auteur. Par ailleurs, principe de la personnalité des peines → une peine ne peut être subie par une autre personne que le coupable.

Souvent, l'entreprise épousera le périmètre d'une société et se raccrochera au plan processuel à celle-ci.

Si la notion d'entreprise n'est pas identique à celle de personne morale, pour l'application et l'exécution des décisions de l'ADLC, il est nécessaire d'identifier des entités dotées de la personnalité juridique qui seront destinataires de l'acte. **L'infraction au droit de la concurrence doit être imputée sans équivoque à une ou plusieurs personnes juridiques qui seront susceptibles de se voir infliger des amendes.**

Questions récurrentes à propos de l'imputabilité :

- Relation filiale / société mère → cf. *Supra*.
- A qui imputer la responsabilité d'une infraction concurrentielle lorsqu'entre le moment de la commission de celle-ci et la décision de l'autorité, des modifications structurelles ont touché la personne juridique support originaire de l'entreprise contrevenante ? → Question de l'imputabilité de l'infraction en cas de restructuration d'entreprise.

Principe → responsabilité de la personne juridique support originaire de l'entreprise contrevenante. **C'est l'entité qui contrôlait l'entreprise au moment de la commission de l'infraction qui répond de celle-ci, même si elle n'a plus la responsabilité de l'entreprise au moment de la décision.**

Il incombe à la personne physique ou morale qui dirigeait l'entreprise en cause au moment où l'infraction a été commise de répondre de celle-ci, même si, au jour de l'adoption de la décision constatant l'infraction, l'exploitation, de l'entreprise n'est plus placée sous sa responsabilité (*CJCE 16 novembre 2000, aff. C-279/98*).

Exceptions → en application du principe de la continuité économique, il est possible de sanctionner une autre entité que celle qui a commis l'infraction lorsque :

- Les deux entités ont des liens structurels qui les lient au plan économique et organisationnel.
- L'entité qui a commis l'infraction a été cédée à un tiers dans des conditions abusives (dans des conditions qui ne sont pas celles du marché et dans l'objectif d'échapper à la sanction) : situation de fraude.

Par ailleurs, lorsque la structure initiale de l'entreprise a disparu, la responsabilité du comportement anticoncurrentiel peut être imputée au nouveau support juridique de l'entreprise que l'on peut qualifier de successeur juridique ou bien de successeur économique parce qu'il en assure la continuité économique et fonctionnelle ou en a repris l'ensemble des éléments matériels et humains.

- Détermination d'un **marché pertinent** (caractérisation d'un pouvoir de marché ciblé) → permet de définir le périmètre à l'intérieur duquel s'exerce la concurrence entre entreprises.

La détermination du marché pertinent est le point de départ de toute analyse en matière de droit de la concurrence.

Champ homogène de produits ou de services substituables ou interchangeables entre eux, où se rencontrent l'offre et la demande.

La définition du marché pertinent permet de calculer les parts de marché. Les parts de marché apportent des informations utiles pour définir le pouvoir de marché d'une entreprise et donc pour apprécier une position dominante.

- Marché de produits / services.

Repose sur le **critère de la substituabilité** (interchangeabilité) de la demande → appréciation subjective fondée sur la perception de l'utilisateur du produit (quant au caractère substituable de deux produits ou services).

CJCE 1979 Hoffman- La Roche → la notion de marché pertinent implique « qu'une concurrence effective puisse exister entre les produits qui en font partie, ce qui suppose un degré suffisant **d'interchangeabilité en vue d'un même usage entre tous les produits faisant partie du même marché** ».

Afin d'apprécier ce critère de substituabilité → faisceau d'indices.

- Caractéristiques propres du produit (CJCE 1978 *United Brands*).
 - Appréciation de l'influence d'une variation des prix sur la demande du produit : 2 produits pourront être considérés comme substituables, si la demande de l'un baisse au profit de l'autre en cas de hausse du prix du premier.
Inversement, si malgré l'augmentation des prix, le consommateur ne se détourne pas du produit, cela signifie que le produit n'est pas substituable.
 - Conditions d'utilisation qui doivent être identiques.
 - Mode de commercialisation.
 - Comportement du consommateur (TPI, Leclerc 1996 : affaire des parfums : les parfums de luxe et les parfums « bas de gamme » ne font pas partie du même marché).
- Marché géographique.

Article 9§7 Règlement 2004/139 (relatif au contrôle des concentrations entre entreprises) : le marché géographique de référence est constitué par un territoire sur lequel les entreprises concernées sont engagées dans l'offre des biens et des services en cause, sur lequel les conditions de concurrence sont suffisamment homogènes et qui peut être distingué des zones géographiques voisines parce que les conditions de concurrence y diffèrent de manière appréciable.

Critère → **homogénéité des conditions de concurrence sur le territoire considéré.**

Fonctions → déterminer le périmètre sur lequel s'exerce la concurrence / déterminer le droit applicable (droit interne ou droit de l'UE).

Étendue du marché : marché infra national / international (*Commission, affaire Intel 2009*).

Ces éléments tenant au marché de produit et au marché géographique permettent de déterminer les parts de marché d'une entreprise. Mais afin de détecter un pouvoir de marché, il convient d'estimer **l'existence de barrière à l'entrée ou à l'expansion du marché**.

- Barrières juridiques : barrières réglementaires, autorisation d'exercer une activité, droits de PI ...
- Barrières de fait : contraintes d'emballages, accès aux matières premières, avancées technologiques...

➤ Recherche d'un **impact significatif sur le marché**.

- **Comportement affectant le commerce entre EM** (pour les pratiques anticoncurrentielles : ententes et APD, et non pour le contrôle des concentrations).
- **Dimension communautaire** (pour le contrôle des concentrations).
- **Comportement affectant le commerce entre EM** (pour les pratiques anticoncurrentielles : ententes et APD, et non pour le contrôle des concentrations).

Condition nécessaire à l'application du droit de l'UE / à défaut : application du droit interne. L'affectation du commerce entre EM se distingue des effets restrictifs de concurrence (lesquels s'apprécient selon d'autres critères permettant d'apprécier l'existence d'une restriction de concurrence au sens de l'article 101 TFUE, cf. infra).

La notion d'affectation a été précisée par la Commission européenne dans une communication de 2004.

➤ **Affectation** → comportement affectant un courant d'échange ou le commerce entre EM, ce qui implique que les effets du comportement atteignent au minimum 2 EM.

2 hypothèses :

- Comportement ayant pour effet de **cloisonner le marché commun** : (*CJCE 1966 Grundig*) : pratique susceptible de remettre en cause (de manière directe ou indirecte, actuelle ou potentielle) la liberté du commerce entre EM dans un sens qui pourrait nuire à la réalisation des objectifs d'un marché unique entre Etats (*ex : contrat cadre constitutif d'un réseau national de distribution*).
- Comportement portant **atteinte à la structure de la concurrence** : pratiques conduisant à une disparition ou à un affaiblissement des concurrents.

➤ Caractère sensible de l'affectation.

Seuil au-dessous duquel une affectation est négligeable.

Présomption simple posée dans la Communication de la Commission de 2004 : absence d'affectation sensible sous deux conditions cumulatives (règle de l'absence d'incidence sensible sur le commerce) :

- Parts de marché des entreprises concernées inférieures à 5%.
- Chiffre d'affaires des entreprises inférieur à 40 millions d'€.

Cette règle (double condition) ne s'appliquera pas si l'affectation ne porte que sur une partie d'un EM (pratique régionale, locale). Il faudra alors vérifier un autre critère → Volume des ventes affectées par rapport au volume global dans tout l'EM.

- **Dimension communautaire** (pour le contrôle des concentrations).

Article 1^{er} Règlement 139/2004 → pose plusieurs seuils cumulatifs en chiffres d'affaires :

- Au-dessus de ces seuils : le droit des concentrations de l'UE est exclusivement applicable.
- Au-dessous de ces seuils : seuls les droits nationaux des concentrations s'appliquent (droit de l'UE et droit national ne s'appliquent pas cumulativement en cette matière).

Cumul des normes.

L'application des articles 101 et 102 TFUE peut être cumulée avec les droits nationaux des ententes et des APD : article L 420-1 et L 420-2 Code de commerce.

Les autorités nationales de concurrence (ADLC) et les juridictions nationales sont donc compétentes pour appliquer le cumul des normes. Elles sont néanmoins tenues par le principe de primauté du droit de l'UE.

- Pratiques anticoncurrentielles.

Compétences concomitantes des institutions nationales (ADLC : pour le public enforcement : injonctions et amendes, recours possibles uniquement devant la CA de Paris // juridictions nationales : private enforcement : dommages et intérêts octroyés aux victimes) et de celles de l'UE.

- Contrôle des concentrations.

Dans ce domaine, les règles nationales **ne se cumulent pas** avec le droit de l'UE.

La **Commission** est **seule compétente** pour appliquer le droit de l'UE des concentration (Règlement 139/2004), dès lors que certains seuils en chiffres d'affaires sont franchis.

En-dessous de ces seuils → contrôle national des concentrations (articles L 420-3 s. Code de commerce) / compétence de l'ADLC.

Localisation des effets du comportement anticoncurrentiel.

- Atteinte à la concurrence affectant le marché de l'Espace Économique Européen.
- **Application de la théorie de la localisation des effets** : il faut tenir compte du lieu où le comportement anticoncurrentiel produit ses effets, indifféremment du lieu du siège des entreprises en cause (CJCE 1988, affaire des « pâtes de bois ») → si le comportement en cause a des effets sur le marché de l'EEE, alors le critère sera rempli.

Ainsi, les règles de concurrence de l'UE peuvent s'appliquer à des ressortissants d'Etats tiers, ce qui équivaut à une extra-territorialité des règles de concurrence.

Pour l'application → cf. fiches ultérieures sur les ententes et les abus de position dominante.

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