

SOMMAIRE : DROIT ANTI TRUST

La protection de la libre concurrence en France et en Europe	3
I Les pratiques anticoncurrentielle.....	3
A) Les pratiques illicites	3
1) L'entente	3
L'entente horizontale	4
L'entente verticale.....	5
2) L'abus de domination	7
L'abus de position dominante	7
L'abus d'état de dépendance économique	8
B) La sanction des pratiques illicites	9
1) Les autorités de contrôle.....	9
Le cadre institutionnel français	9
Le cadre institutionnel européen : La Commission européenne	11
2) Les Sanctions	11
L'exemption.....	12
La condamnation des pratiques anticoncurrentielles.....	13
C) La prévention des pratiques anticoncurrentielles.....	14
1) Les exemptions par catégories d'accords.....	14
2) Le contrôle des concentrations d'entreprises.....	15
Le contrôle en France	15
Le contrôle des concentrations en Europe.....	18
II Les pratiques restrictives de concurrence.....	19
A) La « Police des prix »	20
1) L'interdiction de la revente à perte.....	20
2) L'interdiction des prix abusivement bas.....	23
3) L'Interdiction des prix minima de revente imposés	27
B) La « Police des relations interentreprises »	29
1) Le principe d'équilibre des relations commerciales.....	29
Les déséquilibres significatifs	29
L'Obtention d'avantages injustifiés ou disproportionnés	30
2) Le refus de vente et les ventes liées.....	31
3) Le refus d'achat	35

DROIT ANTI TRUST / Droit de la concurrence

INTRODUCTION

« C'est l'ensemble des règles juridiques qui organisent le jeu des rapports de rivalité et de coopération entre entreprises, dans le cadre de leur démarche de conquête ou de préservation d'une clientèle. »

Le droit de la concurrence est lié au droit de la consommation : en sanctionnant, par ex., les mécanismes de fixation des prix qui ne correspondent pas à une libre et saine confrontation de l'offre et de la demande, le droit de la concurrence protège le consommateur.

Spécifiquement, le droit de la concurrence est tourné vers la régulation des phénomènes de compétition entre les entreprises.

Parfois le droit de la concurrence et le droit de la consommation sont envisagés au sein d'une seule et même branche du droit : le droit économique ou le droit du marché.

On trouve ses **origines** historiques dans **les premières lois Antitrust promulguées aux Etats-Unis en 1890.**

Choix de la mondialisation et d'une **économie de marché libérale,**

- « *Laisser faire, laisser passer* »,
- Les lois antitrust jouent le rôle **de régulateur.**

Le modèle fondateur est celui de **la concurrence pure et parfaite** (théorie néoclassique) : un marché concurrentiel suppose **un produit homogène**, dont l'offre et la demande proviennent du plus grand nombre possible de producteurs et de consommateurs (**atomicité du marché**), **l'information** sur les conditions des échanges circulant parfaitement entre eux.

Le droit de la concurrence a 2 objectifs principaux :

- **Favoriser la liberté de concurrence,**
- **Préserver la loyauté de la concurrence.**

Les sources

En France, les principes juridiques visant à assurer la liberté de la concurrence ont été posés par l'ordonnance N°86-1243 du 1^{er} décembre 1986 relative « à la liberté des prix et de la concurrence », intégrée au Code du commerce.

Sur le plan européen, cet objectif de liberté fut intégré dès l'origine dans le Traité de Rome de 1957.

Le principe de loyauté est plus ancien et se fonde sur une certaine moralité de la vie des affaires fondée par la doctrine et la jurisprudence.

La protection de la libre concurrence en France et en Europe

Typologie des atteintes à la libre concurrence

- Les pratiques anticoncurrentielles (droit antitrust),
- Les pratiques restrictives de concurrence.

I Les pratiques anticoncurrentielle

Elles relèvent du droit antitrust, ces pratiques se caractérisent par leur effet sur un marché dont elles faussent le mécanisme en affectant globalement le degré de concurrence qui doit y régner.

Elles correspondent à des procédés ou des comportements par lesquels les agents économiques vont chercher à influencer artificiellement sur le marché, soit en se concertant entre eux (entente), soit en abusant de la puissance économique qu'ils exercent sur un marché ou sur un partenaire (abus de domination).

A) Les pratiques illicites

1) L'entente

L'article L420- 1 du Code de commerce dispose :

« Sont prohibées même par l'intermédiaire direct ou indirect d'une société du groupe implantée hors de France, lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché, les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions, notamment lorsqu'elles tendent à :

- 1° Limiter l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises ;*
- 2° Faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse ;*
- 3° Limiter ou contrôler la production, les débouchés, les investissements ou le progrès technique ;*
- 4° Répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement. »*

Article 101 §1 TFUE

« 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 (...). »

L'entente en droit français est une concertation entre plusieurs entreprises qui a pour objet ou peut avoir pour effet d'entraver le libre jeu de la concurrence sur un marché pertinent.

Chacun de ces éléments doivent être constatés pour que l'on puisse en déduire l'existence d'une entente sanctionnable au titre de l'article L420-1 du Code de commerce.

Les éléments constitutifs de l'entente illicite

- Une concertation entre plusieurs entreprises

Pas de définition dans le code du commerce, mais des références : « **les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions** »,

- Concours de volonté,
- La forme de cette concertation importe peu.

En principe, exclusion d'une décision unilatérale qu'une entreprise impose à une ou plusieurs autres entreprises. Toutefois, cette décision unilatérale pourrait tomber dans le champ d'application de l'abus de domination.

Exceptionnellement, le concours de volonté peut résulter de la **rencontre entre une décision unilatérale d'une entreprise et l'adhésion** (expresse ou tacite) d'une ou plusieurs autres entreprises.

Dans une décision du 9 mars 2006, le Conseil a rappelé que les entreprises membres d'un groupement étaient présumées avoir adhéré à ses statuts : « **L'adhésion des parties aux groupements d'achat démontre, par elle-même, la volonté des parties de respecter les statuts du groupement** ».

- **Participation à une entente fondée sur le caractère anticoncurrentiel des statuts du groupement.**

La concertation suppose la rencontre de deux volontés autonomes.

Quid de l'entente au sein d'un même groupe de sociétés ?

Ex. : Entre la société mère et ses filiales, ou entre les filiales du groupe.

Pour que l'entente soit caractérisée, il faut que ces sociétés bénéficient d'une réelle autonomie de gestion, à savoir une indépendance financière et commerciale.

Selon le niveau auquel se situent les entreprises qui s'accordent, on parlera d'entente horizontale ou d'entente verticale.

L'entente horizontale réunit des entreprises qui se situent au même stade du processus économique (Ex. : fabricants, fournisseurs de services, distributeurs...).

La notion de cartel correspond à un système d'entente horizontale. En 2005, le Conseil de la concurrence a lourdement sanctionné les 3 opérateurs de téléphonie mobile (ORANGE France, SFR et BOUYGUES TELECOM) pour avoir mis en œuvre 2 types de pratiques d'entente horizontale :

- Echanges d'informations stratégiques portant sur les nouveaux abonnements et les résiliations,
- Répartition des marchés par le biais d'un pacte de non-agression visant à stabiliser l'évolution de leur part de marchés entre 2000 et 2002.

Des amendes record ont été prononcées pour un montant global de 534 millions d'euros (256 millions d'euros pour Orange, 220 millions d'euros pour SFR et 58 millions d'euros pour BOUYGUES TELECOM).

L'**entente verticale** réunit des entreprises qui se situent à des stades différents du processus économique (Ex. : entre producteurs et distributeurs, entre fabricants et grossistes).

Ex. : réseau de distribution sélectif.

L'Autorité sanctionne les sociétés Andreas Stihl SAS et Stihl Holding AG & Co KG pour **avoir mis en œuvre dans le cadre de leur réseau de distribution sélective de matériel de motoculture une entente illicite**, contraire aux articles L. 420-1 du code de commerce et au paragraphe premier de l'article 101 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, **consistant à interdire de facto la vente des produits Stihl et Viking à partir des sites Internet des distributeurs.**

Ces accords de volonté peuvent prendre différentes formes, il peut y avoir concertation formalisée et concertation non formalisée.

Concertation formalisée

Le concours de volonté, base de l'entente, trouve sa source dans des actes formalisés constituant des conventions ou des ententes expresses :

- Contrats,
- Conditions générales d'achat, de vente, accords de coopération commerciale,
- De toute autre forme d'accord, juridique ou non, traduisant une intention collusive (pacte, délibération, tarif commun, règlement intérieur, consignes, mots d'ordre, directives...).

Le concours formalisé peut se traduire par le biais d'une structure juridique matérialisant le rapprochement de plusieurs entreprises :

- Groupement d'Intérêt économique,
- Filiale,
- Société commerciale, civile, coopérative,
- Association, fédérations d'associations...

Concertation non formalisés

Par exemple, des réunions de concertation au cours desquelles sont décidées des actions anticoncurrentielles (Plus difficiles à prouver).

- ***Toute forme d'aliénation volontaire par des entreprises de leur autonomie de décision, mettant ainsi en place une discipline collective de comportement sur le marché.***

L'Oréal SA soutenait qu'elle ne pouvait pas être tenue responsable des pratiques commises entre le mois d'octobre 2005 et le 3 février 2006 en tant qu'auteur des pratiques, dès lors que seul un salarié de sa filiale Lascad avait participé aux réunions anticoncurrentielles.

Dans son arrêt du 27 octobre 2016, relatif aux pratiques mises en œuvre dans le secteur des produits d'entretien et dans le secteur des produits d'hygiène, la cour d'appel a confirmé l'analyse de l'Autorité concernant la participation aux pratiques de l'Oréal.

- Un objet et ou un effet sensible

Ces conditions ne sont pas cumulatives, soit il existe une intention anticoncurrentielle (objet) même si le but n'est pas atteint (effet), ce qui peut constituer une circonstance atténuante ; soit il existe un résultat anticoncurrentiel (réel ou potentiel), mais il n'a pas été voulu ; soit il y a un résultat anticoncurrentiel et cet effet a été recherché (cas le plus courant).

La jurisprudence européenne a créé la notion de seuil de sensibilité : seules les ententes qui ont un impact sensible, avéré ou potentiel sur le jeu de la concurrence sont susceptibles d'être poursuivies.

L'ordonnance N°2004-274 du 25 Mars 2004 a consacré en droit français cette notion de seuil de sensibilité en permettant à **l'Autorité de la concurrence de considérer comme étant d'importance mineure les ententes pour lesquelles la part du marché cumulée des entreprises en cause ne dépasse pas :**

- **10% du marché considéré s'il s'agit d'entente horizontale (entre entreprises concurrentes),**
- **15% du marché s'il s'agit d'entente verticale (entre entreprises non concurrentes).**

Ce seuil ne concerne que les affaires portées devant l'Autorité de la concurrence. Les juridictions commerciales ou civiles restent libres.

A l'exception, des restrictions caractérisées considérées comme particulièrement graves (Ex. : accord de fixation de prix de vente...).

- L'entrave au libre jeu de la concurrence

Il existe 4 grandes catégories de restrictions de concurrence qui peuvent être jugées répréhensibles :

- Limiter l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises,
 - o Entraver, empêcher ou tenter d'empêcher la pénétration d'un marché par de nouveaux concurrents (Ex. : mise à l'index, conseil de boycott...)
 - o Limiter le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises (ex. : contrats d'approvisionnement exclusif).
- Faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse,

- Limiter ou contrôler la production, les débouchés, les investissements ou le progrès technique,
- Répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement.

2) L'abus de domination

L420-2 du Code de commerce dispose :

« Est prohibée, dans les 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. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées ou en conditions de vente discriminatoires ainsi que dans la rupture de relations commerciales établies, au seul motif que le partenaire refuse de se soumettre à des conditions commerciales injustifiées.

Est en outre 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. »

Le droit français distingue 2 sortes d'abus de domination :

- L'abus de position dominante,
- L'abus d'état de dépendance économique.

L'abus de position dominante

La position dominante dont bénéficie une entreprise sur un marché n'est pas en elle-même répréhensible, seul l'abus de cette position dominante peut être poursuivi et sanctionné.

Les éléments constitutifs de l'abus de position dominante

- **Un ou plusieurs dominants**

Le dominant peut-être une entreprise isolée ou un groupe d'entreprises (sens large).

- **La domination sur le marché**

Selon l'approche statique, on va apprécier l'importance des parts de marché soit en valeur soit en volume (valeur relative).

Selon l'approche dynamique, on va apprécier la concentration manifeste de la puissance économique (Ex. : grande notoriété d'une marque).

- **Un abus**

La simple position dominante n'est pas critiquable.

Parfois l'abus est manifeste, parfois il est plus difficile de le caractériser.

- Il doit entraver le libre jeu de la concurrence.

En 2004, la Commission a condamné l'entreprise américaine MICROSOFT, à 497 millions € d'amende pour abus de position dominante.

Bruxelles a reproché à l'éditeur de Windows de *faire payer l'accès aux informations nécessaires à ses concurrents pour que ceux-ci puissent développer des produits interopérables*.

En 2008, condamné à 860 millions € pour n'avoir pas changé ses pratiques anticoncurrentielles.

En 2013, condamné à 561 millions € pour avoir favorisé Internet Explorer, son navigateur, au détriment de ses concurrents.

L'abus d'état de dépendance économique

L'entreprise abuse de sa position dominante non plus sur un marché, mais sur l'un de ses partenaires commerciaux ou industriels.

- Une entreprise qui n'est pas en position dominante sur un marché peut l'être vis-à-vis de l'un de ses partenaires.

Notion introduite en 1986 par l'ordonnance N°86-1243 du 1^{er} Décembre 1986 pour sanctionner certains comportements, notamment dans le domaine de la grande distribution (Centrale d'achat ou abus d'un fournisseur de l'état de dépendance d'un de ses distributeurs).

Inefficacité de la protection au départ

Les éléments constitutifs

- L'état de dépendance économique

Il est relatif au pouvoir de domination qu'exerce sur une entreprise un acheteur ou un fournisseur.

La pratique et donc la jurisprudence distinguent plusieurs types de dépendance économique :

- La dépendance d'un distributeur vis-à-vis d'un fournisseur,
 - La notoriété de la marque du fournisseur est telle que le distributeur ne peut s'en passer s'il veut espérer conserver sa clientèle (dépendance pour cause d'assortiment),
 - Le distributeur est intégré de longue date dans un processus de distribution mis en place par le fournisseur (dépendance pour une cause de relation d'affaires).

La dépendance va dépendre de la notoriété de la marque du fournisseur, de l'importance de sa part dans le marché considéré et dans le chiffre d'affaires du distributeur (éléments à réunir conjointement).

- **La dépendance d'un fournisseur vis-à-vis d'un client**

Elle est caractérisée dans la situation d'un fournisseur qui réalise une grande partie de son chiffre d'affaires avec un client unique (Ex. : grande distribution et centrale d'achats).

Cela dépend de l'importance du CA (25%), de la durée de la relation d'affaires, l'importance du distributeur dans la distribution des produits concernés, ainsi que les raisons qui ont amené le fournisseur à un tel état de dépendance économique (ex. : absence de notoriété de la marque).

- **Une exploitation abusive de l'état de dépendance économique**

Ex. : refus de vente, ventes liées ou pratiques visées à l'article L442-6 du Code du commerce qui vise particulièrement la grande distribution (ex. : obtenir d'un partenaire commercial un avantage quelconque ne correspondant à aucun service commercial effectivement rendu ou manifestement disproportionné au regard de la valeur du service rendu, soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, déréférencement abusif etc..).

- **Une affectation du fonctionnement ou de la structure de la concurrence.**

Notion difficile à appréhender : considération macroéconomique et considération microéconomique.

L'exploitation abusive de l'état de dépendance est prohibée « dès lors qu'elle est susceptible d'affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence ». Pratiques touchent principalement les PME qui disparaissent sans pour autant affecter le marché, toutefois, les pratiques doivent être sanctionnées.

Le droit de l'union européenne ne sanctionne que l'abus de position dominante.

Article 102 TFUE : Similaire au droit français.

B) La sanction des pratiques illicites

1) Les autorités de contrôle

La mise en œuvre de la protection des agents économiques contre les pratiques anticoncurrentielles relève de la compétence des autorités judiciaires de droit commun, mais aussi, d'institutions administrativo-judiciaires qui se sont vues attribuer une compétence spéciale, comme l'Autorité de la concurrence en France. Il existe également un niveau d'intervention supranational, à savoir européen.

Le cadre institutionnel français

On distingue le cadre institutionnel français spécialisé (l'autorité de la concurrence) du cadre institutionnel de droit commun (les juridictions de l'ordre judiciaire).

L'autorité de la concurrence, cadre institutionnel spécialisé

Organe de régulation de la concurrence, l'Autorité de la concurrence est spécialement chargée de la mise en œuvre de la réglementation nationale et européenne applicable aux pratiques anticoncurrentielles :

- Contrôle des comportements (entente, abus de position dominante et prix abusivement bas),
- Examen des projets de concentration d'entreprises (contrôle des structures).

Elle a le pouvoir de prononcer des injonctions, d'infliger des sanctions pécuniaires, d'accepter des engagements et d'accorder le bénéfice de la clémence à certaines entreprises qui coopèrent en aidant à détecter ou à constater l'existence d'entente.

Elle peut être amenée à rendre, même de sa propre initiative, des avis sur diverses questions de concurrence.

1953 : Création d'une commission technique des ententes,

1963 : Elargissement de la compétence de la commission technique des ententes aux abus de position dominante

1977-1986 : Commission de la concurrence

1986-2009 : Conseil de la concurrence

2009 : Autorité de la concurrence

⇒ Elargissements successifs de son champ de compétence et de ses pouvoirs.

Avant 1986, simple rôle consultatif.

Après 1986, pouvoir autonome de décision et de sanctions en matière d'entente et d'abus de position dominante.

Loi du 4 Août 2008 relative à la modernisation de l'économie (LME) institue une Autorité de la concurrence répondant aux standards européens avec un pouvoir de décision étendu au contrôle des fusions et concentration d'entreprises et l'a doté de ses propres enquêteurs,

⇒ Fonctions d'enquête, d'instruction et de décision réunies au sein de la même structure.

Elle peut s'autosaisir (saisie d'office), ou être saisie par les entreprises, le ministre de l'économie, les collectivités territoriales, les organisations professionnelles, syndicales, consoméristes ou consulaires.

Les enquêtes sont diligentées soit par les propres services d'enquête de l'Autorité, soit par les agents de la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF) qui dépendent du Ministère de l'économie.

L'article L450-5 du Code du commerce organise la coopération entre l'autorité de la concurrence et la DGCCRF.

Les décisions de l'Autorité de la concurrence sont assimilées à des décisions de première instance : il est possible d'en interjeter appel devant la Cour d'appel de Paris et un pourvoi en cassation est possible

Le cadre institutionnel français de droit commun : les juridictions de l'ordre judiciaire.

- Juridictions commerciales (Tribunal de commerce)
- Juridictions civiles (Tribunal de grande instance)

Jusqu'en 2006, les juridictions commerciales et civiles étaient compétentes pour réparer le préjudice subi par la victime d'une pratique anticoncurrentielle ou prononcer la nullité de tel acte juridique ou contrat qui aurait un objet ou des effets anticoncurrentiels.

Au regard de la technicité de la matière, le législateur a ouvert la voie de la spécialisation des juridictions en prévoyant qu'un décret pourrait établir la liste des tribunaux de commerce et des tribunaux de grande instance à qui seraient exclusivement attribués les litiges relatifs aux pratiques anticoncurrentielles.

C'est ce qu'a fait le décret N°2005-1756 du 30 Décembre 2005 : il habilite exclusivement les tribunaux commerciaux pour les artisans et les commerçants, et les tribunaux de grande instance pour les autres de Bordeaux, Fort de France, Lille, Lyon, Marseille, Nancy, Paris et Rennes (Articles R420-3 et R420-4 du Code de commerce).

La Cour d'Appel de Paris est le juge du second degré.

S'agissant des juridictions pénales (tribunaux correctionnels), elles sont compétentes pour condamner les personnes physiques ou personnes morales coupables du délit spécifique aux pratiques anticoncurrentielles.

Le cadre institutionnel européen : La Commission européenne

Le droit européen de la concurrence, dont les règles applicables aux entreprises visent principalement les pratiques anticoncurrentielles, est mis en œuvre par la commission européenne.

Située à Bruxelles, elle se compose de 28 commissaires dont l'un est spécialisé dans la concurrence.

Ses décisions peuvent être contestées devant le TUE, un pourvoi est ouvert devant la CJUE (Luxembourg).

2) Les Sanctions

Lorsqu'il est juridiquement qualifié, un comportement anticoncurrentiel ne fait pas pour autant l'objet d'une décision de condamnation systématique.

L'exemption

La réglementation applicable, tant au niveau européen qu'au niveau français, laisse aux autorités de contrôle la possibilité d'exempter, de racheter les pratiques qui peuvent être justifiées.

A défaut d'une justification économique, une pratique anticoncurrentielle peut être qualifiée d'illicite et être condamnée.

Il ne s'agit alors pas de mettre en place une concurrence pure et parfaite, telle qu'elle est définie par les théoriciens néoclassiques, mais une concurrence praticable et efficace qui renvoie à une conception plus pragmatique de la compétition entre les entreprises et du fonctionnement des marchés sur lesquels elles évoluent.

Une pratique anticoncurrentielle n'est pas nécessairement néfaste, elle peut se révéler bénéfique si les effets positifs qu'elle génère pour la concurrence au sein du marché considéré l'emportent sur ses conséquences négatives,

⇒ Un progrès économique global rend nécessaire certaines restrictions de la concurrence qui doivent pouvoir être exemptées de toute interdiction.

Le droit français et le droit européen organisent un système d'exemption similaire.

Justification : Article 420-4 du Code de commerce

Ne sont pas soumises aux dispositions des articles L. 420-1 et L. 420-2 les pratiques :

1° Qui résultent de l'application d'un texte législatif ou d'un texte réglementaire pris pour son application ;

2° Dont les auteurs peuvent justifier qu'elles ont pour effet d'assurer un progrès économique, y compris par la création ou le maintien d'emplois, et qu'elles réservent aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, sans donner aux entreprises intéressées la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause. Ces pratiques qui peuvent consister à organiser, pour les produits agricoles ou d'origine agricole, sous une même marque ou enseigne, les volumes et la qualité de production ainsi que la politique commerciale, y compris en convenant d'un prix de cession commun ne doivent imposer des restrictions à la concurrence, que dans la mesure où elles sont indispensables pour atteindre cet objectif de progrès.

II.-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.

III.-Ne sont pas soumis aux dispositions des articles L. 420-2-1 et L. 420-2-2 les accords ou pratiques dont les auteurs peuvent justifier qu'ils sont fondés sur des motifs objectifs tirés de l'efficacité économique et qui réservent aux consommateurs une partie équitable du profit qui en résulte.

Certaines catégories d'accords ou de pratiques, certains accords ou certaines pratiques, notamment lorsqu'ils ont pour objet de favoriser l'apparition d'un nouveau service, peuvent être reconnus comme satisfaisant aux conditions mentionnées au premier alinéa du présent III, par arrêté conjoint des ministres chargés de l'économie et des transports, pris après avis conforme de l'Autorité de la concurrence et pour une durée ne pouvant excéder cinq ans.

Art. 101 § 3 TFUE

En droit européen, l'abus de position dominante ne peut pas être justifié.

En pratique, la jurisprudence française ne donne aucun exemple de justification d'abus de position dominante.

La condamnation des pratiques anticoncurrentielles L'autorité de concurrence

Elle peut prendre différentes mesures :

- Des sanctions pécuniaires,
- Des injonctions.

Des procédures spécifiques sont organisées.

Les sanctions pécuniaires

« Elles sont proportionnées à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie et à l'éventuelle réitération des pratiques prohibées ».

Les injonctions

L'autorité peut ordonner aux entreprises ou organisations de cesser leurs pratiques anticoncurrentielles, modifier leur comportement ou contrat et de procéder à la publication des jugements de condamnation.

Les injonctions peuvent être assorties d'un délai ou sanction en cas de non-respect.

Procédure de non contestation des griefs et programme de conformité: l'Autorité a la possibilité de réduire de moitié le montant des sanctions si l'entreprise ne conteste pas les griefs et s'engage à modifier son comportement,

- Programme de compliance, de conformité (10% supplémentaire),

Définition par l'Autorité des éléments constitutifs de conformité.

Procédure de clémence en cas de dénonciation, toute entreprise ayant participé à une entente peut bénéficier d'une exonération totale ou partielle si elle contribue à établir la réalité de l'infraction et à identifier ses auteurs en apportant des éléments d'information nouveaux.

Pouvoir de transaction du ministre de l'économie : pour les micro-pratiques anticoncurrentielles, une ordonnance de 2008 donne le pouvoir au Ministre de l'économie d'enjoindre les entreprises concernées de mettre un terme à leurs pratiques et le pouvoir de transiger.

Les juridictions commerciales ou civiles spécialisées réparent le préjudice subi directement par la victime d'une pratique anticoncurrentielle.

Cela peut se traduire par :

- Des dommages et intérêts alloués à la victime dès lors que peuvent être prouvés le comportement fautif, l'existence et le montant du préjudice, ainsi que le lien de causalité entre la faute et le dommage (Art.1740 du Code civil).
- La nullité de tout acte juridique, engagement, convention ou clause contractuelle lié à une pratique anticoncurrentielle.

Les juridictions pénales

Elles ne peuvent être saisies et prononcer une condamnation sur la base d'une incrimination spécifique.

Ex. : délit de participation personnelle et déterminante dans la conception, l'organisation ou la mise en œuvre d'une entente ou d'un abus de domination (Art. L.420-6 du Code de commerce, pour les seules personnes physiques).

Les peines prononcées par le Tribunal correctionnel sont une amende de 75000€ maximum et/ou un emprisonnement de 4 ans au plus.

Les poursuites pénales sont peu nombreuses en France, à la différence des Etats Unis. Elles visent principalement les soumissions concertées à des marchés d'appel d'offres.

En droit européen, la méconnaissance des articles 101 et 102 du TFUE peut amener la commission européenne à prononcer 2 types de sanctions :

- Des sanctions pécuniaires (amendes jusqu'à 10% du CA mondial consolidé réalisé par chaque entreprise au cours de l'exercice social précédent,
- Des injonctions de faire ou de ne pas faire, éventuellement sous astreinte, ou des mesures correctives.

L'Autorité de la concurrence ou les juridictions commerciales ou civiles, peuvent se prévaloir du droit communautaire pour annuler, prononcer des dommages et intérêts ou appliquer les sanctions du Code de commerce,

➤ **C'est l'effet direct du droit européen.**

C) La prévention des pratiques anticoncurrentielles

1) Les exemptions par catégories d'accords

En droit français, article L420-4 II du code du commerce.

En droit européen, article 101 §3 TFUE.

- Le type d'accord est visé par les dispositions du règlement d'exemption le concernant.
- Différentes des exemptions au cas par cas.

La commission européenne n'a **édicte qu'un nombre très limité de règlements d'exemption.**

Ex.: **Accords de distribution** et règlement d'exemption applicable aux accords comportant des restrictions verticales de concurrence (Ex.: distribution sélective, franchise, approvisionnement exclusif).

Ex.: accords horizontaux et règlement d'exemption pour les accords de recherche et développement et les accords de spécialisation.

En France,

- 2 décrets du 7 Juin 1996, décrets d'exemption limités aux produits agricoles,
- Décret du 26 Décembre 2007, accord relatif aux délais de paiement entre clients et sous-traitants industriels dans la filière automobile.

2) Le contrôle des concentrations d'entreprises

Le contrôle en France

Définition de la concentration

- Toute opération qu'elle qu'en soit la nature qui a pour effet de permettre à une entreprise de prendre le contrôle d'une autre entreprise et d'exercer sur cette dernière directement ou indirectement une influence déterminante ;
- Création d'une entreprise commune de nature concentrative.

Article 430-1 du Code du commerce

I. - Une opération de concentration est réalisée :

1° Lorsque deux ou plusieurs entreprises antérieurement indépendantes fusionnent ;

2° Lorsqu'une ou plusieurs personnes, détenant déjà le contrôle d'une entreprise au moins ou lorsqu'une ou plusieurs entreprises acquièrent, directement ou indirectement, que ce soit par prise de participation au capital ou achat d'éléments d'actifs, contrat ou tout autre moyen, le contrôle de l'ensemble ou de parties d'une ou plusieurs autres entreprises.

II. - La création d'une entreprise commune accomplissant de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome constitue une concentration au sens du présent article.

III. - Aux fins de l'application du présent titre, 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 :

- des droits de propriété ou de jouissance sur tout ou partie des biens d'une entreprise ;***
- des droits ou des contrats qui confèrent une influence déterminante sur la composition, les délibérations ou les décisions des organes d'une entreprise.***

Toutes les opérations de concentration qui répondent à la définition de l'article 430-1 du Code du commerce ne sont pas contrôlées : le contrôle préventif ne peut être mis en œuvre que lorsqu'elles dépassent certains seuils.

Concernant la dimension de la concentration, le dispositif prévu à l'article L430-2 du Code du commerce énumère 2 conditions cumulatives :

- Le CA hors taxes cumulé au niveau mondial de l'ensemble des entreprises impliquées dans l'opération de concentration doit être supérieur à 150 millions d'euros ;**
- Deux au moins de ces entreprises doivent réaliser en France un chiffre d'affaires cumulé supérieur à 50 millions d'euros.**

Contrôle des concentrations par l'Autorité de concurrence

Toutes les opérations de concentration qui entrent dans le champ d'application de la réglementation doivent faire l'objet d'une notification préalable obligatoire à l'Autorité de la concurrence.

La notification doit avoir lieu dès que les parties sont engagées de manière irrévocable.

En cas de défaut de notification préalable, des sanctions peuvent être prononcées.

Ex. : sanction de 400000€ a été infligé à un organisme de protection sociale complémentaire pour ne pas avoir notifié une opération de fusion.

Cette notification a é un effet suspensif : tant que l'Autorité de la concurrence ne s'est pas prononcée, l'opération ne peut être effectuée.

Une dérogation à cette suspension peut être demandée par les parties en cas de « nécessité particulière dûment motivée ».

La notification du projet ouvre la procédure de contrôle qui est enfermée dans des délais précis.

Ces délais d'examen sont plus ou moins longs : pour les opérations présentant peu de difficultés, la procédure s'arrête en phase 1, après l'expiration d'un délai de 5 à 10 semaines ; pour les autres qui nécessitent un examen approfondi, une phase 2 de la procédure s'ouvrira qui allongera les délais d'examen.

Modifié par LOI n°2015-990 du 6 août 2015 - art. 215

I. - L'Autorité de la concurrence se prononce sur l'opération de concentration dans un délai de vingt-cinq jours ouvrés à compter de la date de réception de la notification complète.

II. - Les parties à l'opération peuvent s'engager à prendre des mesures visant notamment à remédier, le cas échéant, aux effets anticoncurrentiels de l'opération soit à l'occasion de la notification de cette opération, soit à tout moment avant l'expiration du délai de vingt-cinq jours ouvrés à compter de la date de réception de la notification complète, tant que la décision prévue au I n'est pas intervenue.

Si des engagements sont reçus par l'Autorité de la concurrence, le délai mentionné au I est prolongé de quinze jours ouvrés.

L'Autorité de la concurrence peut suspendre le délai mentionné au I du présent article lorsque les parties ayant procédé à la notification ont manqué de l'informer dès sa survenance d'un fait nouveau, qui aurait dû être notifié s'il s'était produit avant une notification au sens de l'article L. 430-3, ou ont manqué de lui communiquer tout ou partie des informations demandées dans le délai imparti, ou lorsque des tiers ont manqué de lui communiquer, pour des raisons imputables aux parties ayant procédé à la notification, les informations demandées. Le délai reprend son cours dès la disparition de la cause ayant justifié la suspension.

En cas de nécessité particulière, telle que la finalisation des engagements mentionnés à l'alinéa précédent, les parties peuvent demander à l'Autorité de la concurrence de suspendre les délais d'examen de l'opération dans la limite de quinze jours ouvrés.

III. - L'Autorité de la concurrence peut :

-soit constater, par décision motivée, que l'opération qui lui a été notifiée n'entre pas dans le champ défini par les articles L. 430-1 et L. 430-2 ;

-soit autoriser l'opération, en subordonnant éventuellement, par décision motivée, cette autorisation à la réalisation effective des engagements pris par les parties.

-soit, si elle estime qu'il subsiste un doute sérieux d'atteinte à la concurrence, engager un examen approfondi dans les conditions prévues à l'article L. 430-6.

IV. - Si l'Autorité de la concurrence ne prend aucune des trois décisions prévues au III dans le délai mentionné au I, éventuellement prolongé en application du II, elle en informe le ministre chargé de l'économie. L'opération est réputée avoir fait l'objet d'une décision d'autorisation au terme du délai ouvert au ministre chargé de l'économie par le I de l'article L. 430-7-1.

Intervention du ministre chargé de l'Economie

Article L430-7 du Code de commerce.

A l'issue de la phase 1 d'examen du projet de concentration, le ministre peut demander à l'Autorité de la concurrence d'entamer un examen approfondi,

A l'issue de l'éventuelle phase 2, le ministre dispose d'un délai de 25 jours après connaissance de la décision pour évoquer l'affaire.

Le contrôle des concentrations en Europe

Règlement européen du 20 Janvier 2004 définit la concentration comme :

- La fusion de 2 ou plusieurs entreprises ou parties d'entreprises ;
 - Ou la prise de contrôle de tout ou partie d'une entreprise par une autre entreprise par achat d'éléments d'actifs, prise de participation au capital, contrat ou tout autre moyen.
- ⇒ La notion de contrôle désigne la possibilité d'exercer une influence déterminante sur la gestion d'une entreprise.

Le règlement européen ne s'applique qu'aux opérations de concentration qui sont de dimension européenne, et ne sont donc contrôlables que par la Commission.

La concentration est considérée comme étant de taille européenne lorsqu'elle dépasse un triple seuil :

- **Le CA mondial cumulé des entreprises qui participent à la concentration doit dépasser 5 milliards d'euros,**
- **Le CA réalisé individuellement dans l'Union européenne par au moins 2 des entreprises concernées doit être supérieur à 250 millions d'euros :**
- **Aucune des entreprises concernées ne doit réaliser plus des 2/3 de son chiffre d'affaires européen à l'intérieur d'un seul et même Etat membre (caractère transnational de l'opération).**

Toute opération de taille européenne est de la compétence exclusive de la Commission, sauf à considérer que :

- Tout Etat membre peut demander à la commission d'intervenir pour contrôler une concentration de dimension non européenne entravant la concurrence sur son territoire,
- Une opération de dimension européenne peut être renvoyée aux autorités d'un Etat membre si elle constitue une menace pour un marché distinct sur le territoire de cet Etat membre (Ex. : En France, SEB/MOULINEX, TOTAL FINA/ELF et CARREFOUR/PROMODES).

Procédure et critères de fonds

Notification préalable obligatoire auprès de la Commission (plusieurs centaines chaque année) avant leur réalisation et après la conclusion de l'accord, la publication de l'offre publique d'achats ou d'échange, l'acquisition d'une participation de contrôle.

Dès que les parties ont l'intention de conclure.

Effet suspensif de la notification.

A défaut, sanction par une amende pouvant aller jusqu'à 10% du CA total. La commission peut s'autosaisir.

A partir de la notification, la commission dispose d'un délai de 25 à 35 jours ouvrables pour se prononcer.

En l'absence de doutes sérieux quant à la compatibilité de l'opération avec le marché commun, l'opération est autorisée au terme de cette phase initiale.

A l'inverse, la Commission procède à un examen approfondi et dispose d'un délai supplémentaire de 90 jours ouvrables. Ce délai peut être augmenté (procédure peut s'étaler sur plus de 6 mois).

Critère technique : la concentration entrave de manière significative une concurrence effective sur le marché.

La commission peut :

- Interdire l'opération,
- Autoriser l'opération sans conditions,
- Autoriser l'opération avec conditions.

Elle peut ordonner ***des mesures de déconcentration si l'opération a déjà été réalisée.***

Depuis 1990, seules une vingtaine d'opérations ont été refusées (1%).

II Les pratiques restrictives de concurrence

Réglementées par le Titre IV du Livre IV du Code de commerce, aux articles L-440-1 et suivants.

A différence des pratiques anticoncurrentielles, celles-ci sont interdites en tant que telles (« per se »),

⇒ on ne tient pas compte de leur effet produit sur un marché pertinent!

Cette catégorie de règles régissant les rapports commerciaux est spécifique au droit français,

⇒ **Pas de pratiques restrictives de concurrence en droit communautaire!**

Le dispositif juridique mis en place s'applique en particulier aux relations entre la grande distribution et ses fournisseurs et aux pratiques commerciales qui s'y développent.

En droit français, les dispositions relatives aux pratiques restrictives de concurrences sont nombreuses et découlent d'une succession de lois.

On peut distinguer 3 types de règles:

- « **Police des prix** »;
- « **Police des relations interentreprises** »,
- « **Police de la transparence tarifaire et contractuelle** ».

A) La « Police des prix »

Sont interdites 3 pratiques fondées sur le prix:

- La revente à Perte
- Les prix abusivement bas
- Les prix minima de revente imposés

1) L'interdiction de la revente à perte

« Le fait, pour tout commerçant, de revendre ou d'annoncer la revente d'un produit en l'état à un prix inférieur à son prix d'achat effectif est puni de 75 000 euros d'amende.(...) ». (Article L.442-2 Code du commerce).

Le champ d'application

Est concernée la revente ou l'annonce de revente à perte par un commerçant de **produits en l'état**,

Pas la vente par un producteur, le Secteur de la distribution!

Pas les prestations de service,

Pas les produits transformés!

Comment apprécier si une revente est à perte ?

Il faut comparer le prix de revente avec le prix d'achat effectif,

- C'est le Seuil de Revente à Perte (SRP),

Il y a alors revente à perte (RàP) lorsque le prix de revente (P.Rev) est inférieur au prix d'achat effectif (PAE),

- **RàP = P.rev < PAE.**

La définition juridique du PAE ne correspond pas à la notion comptable de prix de revient qui tient compte des charges fixes et variables de l'entreprise,

- **RàP économique n'est pas forcément RàP juridique!**

Article L.442-2 Code du commerce

« 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.(...). ».

Le PAE est affecté d'un coefficient de 0,9 pour le grossiste qui distribue des produits ou services exclusivement à des professionnels qui lui sont indépendants (libre de déterminer sa politique commerciale et dépourvue de lien avec le grossiste) et qui exercent une activité de revendeur au détail, de transformateur ou de prestataire de services final.

- Favorable aux petits commerces.

CALCUL

PAE = (Prix unitaire net – avantages financiers) + TVA et prix de transport

- Prix unitaire net : 100€ (HT).

Le distributeur obtient 10% de remise (Ex.: Quantité commandée importante et CGV) et 4% de remise supplémentaire (Ex.: Centralisation de la livraison).

- La marge avant du distributeur est de 14%.

Marge « classique » obtenue par différence entre le prix de vente HT au consommateur et le prix de vente HT facturé par le fournisseur.

- Prix unitaire porté sur le facture = 86€.

Autres avantages promotionnels: la marge arrière versée par le fournisseur en contrepartie de services promotionnels (Ex.: le produit en 1^{ère} page d'un tract publicitaire national) est de 35% du prix unitaire net,

Soit $86 \times 35\% = 30,10\text{€}$.

SRP = $86 - 30,10 = 55,90 \text{ € HT}$ (Auxquels seront rajoutés TVA et frais de transport éventuels).

Exceptions (Article L-442-4 I Code de commerce)

« 1° Aux ventes volontaires ou forcées motivées par la cessation ou le changement d'une activité commerciale;

2° Aux produits dont la vente présente un caractère saisonnier marqué, pendant la période terminale de la saison des ventes et dans l'intervalle compris entre deux saisons de vente ;

3° Aux produits qui ne répondent plus à la demande générale en raison de l'évolution de la mode ou de l'apparition de perfectionnements techniques ;

4° Aux produits, aux caractéristiques identiques, dont le réapprovisionnement s'est effectué en baisse, le prix effectif d'achat étant alors remplacé par le prix résultant de la nouvelle facture d'achat ;

5° Aux produits alimentaires commercialisés dans un magasin d'une surface de vente de moins de 300 mètres carrés et aux produits non alimentaires commercialisés dans un magasin d'une surface de vente de moins de 1 000 mètres carrés, dont le prix de revente est aligné sur le prix légalement pratiqué pour les mêmes produits par un autre commerçant dans la même zone d'activité ;

6° A condition que l'offre de prix réduit ne fasse l'objet d'une quelconque publicité ou annonce à l'extérieur du point de vente, aux produits périssables à partir du moment où ils sont menacés d'altération rapide ;

7° Aux produits soldés mentionnés à l'article L. 310-3. »

Ces exceptions concernent:

- La vente de produits périssables, s'ils sont menacés d'une altération rapide (« Urgence ») et à condition que l'offre ne fasse pas l'objet d'une pub ou annonce à l'extérieur du point de vente,
- La vente de produits saisonniers ou motivée par la cessation/le changement d'activité, ou en raison des évolutions de la mode et des techniques (régime des liquidations),
- L'alignement: un commerçant peut s'aligner, dans une même zone de chalandise, sur un prix légalement pratiqué par un concurrent.

Les sanctions de la RàP (Article L442-3 Code de commerce)

Sanctions Civiles

- Versement de dommages et intérêts au profit de la victime du comportement fautif;
- Eventuelle diffusion ou affichage du jugement de condamnation.

Sanctions Pénales

- Amende de 75K€ qui peut être portée à la moitié des dépenses de publicité le cas échéant (L'annonce de RàP est punissable au même titre que la RàP),
- Publication éventuelle du jugement de condamnation,
- Dissolutions de la personne morale, interdiction d'exercice, interdiction d'accès à un Marché public etc... (Art. 131-9 Code Pénal).

Cass. Crim.22 Novembre 2006

La société DECATHLON avait commercialisé à un prix inférieur à leur prix d'achat des articles fabriqués et vendus à elle par sa filiale PROMILES.

- *Ex.: de revente à perte condamnée entre une société mère et une filiale!*
- *2 entités juridiques distinctes.*

Ex. d'actualité : La loi alimentation du 1^{er} février 2019

La Loi pour l'équilibre des relations commerciales dans le secteur agricole et une alimentation saine et durable, appelée également « Loi EGALIM » a été promulguée le 1^{er} novembre 2018 et est entrée en vigueur le 1^{er} février 2019.

- Afin de lutter contre la revente à perte dans la grande distribution, une des mesures-phares est la majoration de 10% du seuil de revente à perte.

Voir le cours dédié.

2) L'interdiction des prix abusivement bas

Pour contourner l'interdiction de la revente à perte du produit en l'état, certains distributeurs avaient trouvé une astuce : transformer le produit!

Ex.: cuire une baguette achetée congelée, certaines grandes enseignes ayant vendu des baguettes à 1Franc.

La pratique fut rattrapée et frappée à son tour d'illicéité avec l'interdiction des prix abusivement bas fondée sur l'article 420-5 du Code du commerce.

Article 420-5 Code du commerce

« Sont prohibées les offres de prix ou pratiques de prix de vente aux consommateurs abusivement bas par rapport aux coûts de production, de transformation et de commercialisation, dès lors que ces offres ou pratiques ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'éliminer d'un marché ou d'empêcher d'accéder à un marché une entreprise ou l'un de ses produits (...) ».

Champ d'application

Les ventes aux consommateurs.

Les produits non revendus en l'état sont concernés: ceux fabriqués ou transformés par le distributeur.

Cela complète les règles relatives à la Revente à perte et Comble le vide juridique.

- **Quid de l'objet reconditionné par le distributeur?**

L'objet reconditionné par le distributeur rentre dans le champ d'application de l'interdiction des prix abusivement bas (ex. : emballage).

- **Quid des prestations de services ?**

Les prestations de services sont concernées également (comme les produits) par l'interdiction.

Le prix pratiqué a pour objet ou effet de limiter l'accès ou le maintien sur un marché (effet d'éviction, cf.: pratiques anticoncurrentielles).

ABUS D'ÉVICTION : LA COMMISSION EUROPÉENNE SANCTIONNE L'OPÉRATEUR DOMINANT SUR LES SYSTÈMES D'EXPLOITATION OUVERTS POUR TERMINAUX MOBILES À UNE AMENDE RECORD DE 4,34 MILLIARDS D'EUROS POUR ABUS D'ÉVICTION (GOOGLE).

Comment apprécier un prix abusivement bas ?

Il s'apprécie **par rapport** « *aux coûts de production, fixes et variables, de transformation et de commercialisation* » (avec les frais résultant des obligations légales et réglementaires de sécurité),

- Le juge doit analyser la structure du prix.

Pour l'autorité de la concurrence, **le prix prédateur est le prix inférieur à la moyenne des coûts variables.**

Il n'y a pas de définition précise, cela reste une notion difficilement appréhendable.

La conséquence (limitation de l'accès au marché) doit être prise en compte.

La SNCF remise de force sur les rails de la concurrence

« Pratiques en matière de fret ferroviaire qui ont évincé des concurrents ou pesé sur les coûts des entreprises, en particulier les PME.

Entre autres comportements abusifs de la SNCF : entrave à l'accès aux capacités ferroviaires, politique de surréservation des sillons et des wagons gros tonnages pour dissuader les concurrents privés de concourir à des appels d'offres, politique de prix d'éviction (prix inférieur à ses coûts de revient), afin de conserver un marché... ». Fin 2012 le gendarme de la concurrence inflige à la SNCF une sanction et une injonction !

Sources : L'express entreprise du 11 Juillet 2013

Procédure et sanctions

C'est l'autorité de la concurrence est compétente pour:

- **Des Sanctions pécuniaires.**
- **Des Mesures conservatoires** (Art.L464-1 du Code de commerce).

Le juge de droit commun peut être saisi d'une demande en référé à condition qu'il y ait un dommage imminent ou un trouble manifestement illicite.

En pratique, les dispositions de la loi ne sont pas appliquées en particulier dans le secteur de la grande distribution.

Les agriculteurs se plaignent des prix abusivement bas pratiqués par les distributeurs.

Un des volets de la **loi alimentation** rentrée en vigueur le 1^{er} février 2019 porte sur **l'amélioration de l'efficacité de l'interdiction des prix abusivement bas**.

En effet, une ordonnance est en projet afin de **généraliser l'interdiction à toutes les denrées alimentaires** notamment par rapport aux coûts de production.

RAPPELS

Loi pour l'équilibre des relations commerciales dans le secteur agricole et une alimentation saine et durable, appelée également « Loi EGALIM » a été promulguée le 1er novembre 2018 et a **vocation à assurer l'équilibre des relations commerciales** et donc venir compléter les dispositions du droit de la concurrence.

L'ordonnance (définition)

Le gouvernement (pouvoir exécutif) **intervient dans un domaine réservé au pouvoir législatif** (production normative) **en vertu de pouvoirs spéciaux accordés par le Parlement** (Loi d'habilitation et de ratification).

Définie dans l'**article 442-9 du Code du commerce**, **l'interdiction des prix abusivement bas sanctionne** pour l'instant la pratique de prix trop bas sur certains produits agricoles «**en situation de crise conjoncturelle**» ou «**quand les cours augmentent fortement**».

Article L442-9 du Code du commerce

« Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé **le fait, pour tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers, de pratiquer ou de faire pratiquer, en situation de crise conjoncturelle, des prix de première cession abusivement bas (...)**.

***(...) le fait pour tout revendeur d'exiger de son fournisseur, en situation de forte hausse des cours* de certaines matières premières agricoles, des prix de cession abusivement bas pour les produits agricoles périssables ou issus de cycles courts de production, d'animaux vifs, de carcasses, pour les produits de l'aquaculture, ainsi que pour les produits alimentaires de consommation courante issus de la première transformation de ces produits (...)** ».*

* Conditions et liste des produits fixées par décret.

- Les prix de vente (première cession) et les prix de revente abusivement bas en période de crise conjoncturelle sont interdits.

Une Crise conjoncturelle (Article L611-4 Code rural)

« La situation de crise conjoncturelle est constituée lorsque le prix de cession de ces produits par les producteurs ou leurs groupements reconnus est anormalement bas par rapport à la moyenne des prix observés lors des périodes correspondantes des 5 dernières campagnes,

à l'exclusion des 2 périodes au cours desquelles les prix ont été respectivement le plus bas et le plus élevé ».

Les Produits (Article L441-2-1 Code du commerce)

Il s'agit de produits agricoles périssables ou issus de cycles courts de production, d'animaux vifs, de carcasses ou pour les produits de la pêche et de l'aquaculture, figurant sur une liste établie par décret.

Les objectifs de la loi alimentation

Il s'agit de **rendre cette interdiction applicable plus facilement et dans un plus grand nombre de cas**, en l'élargissant à tous les produits agricoles et à toutes les denrées alimentaires et en supprimant la notion de crise conjoncturelle.

Il s'agit de **rendre cette interdiction effective en permettant de définir ce qu'est un prix abusivement bas**.

- Nouvelles règles pour les négociations entre agriculteurs et industriels ou celles entre industriels et distributeurs.

C'est dans le cadre de ce 2^{ème} objectif que **les indicateurs de coûts de production**, mentionnés dans l'habilitation, sont importants.

Ils posent **des difficultés dans les discussions interprofessionnelles**, après avoir été l'objet de vifs débats **entre les parlementaires** des deux Chambres (Assemblée nationale et Sénat, formant le Parlement).

Élaborés et diffusés par les interprofessions, ils doivent, à la lecture de l'habilitation, **être pris en compte dans la définition d'un prix abusivement bas**.

Ce qui en fait **la clé de voûte du nouvel équilibre des relations commerciales**.

Si un contrat n'est pas conforme, alors un juge pourra décider de sanctionner l'acheteur sur cette base.

Dans le projet d'ordonnance, il est écrit que « **le prix d'achat est apprécié [...] en référence aux indicateurs** » tels que prévus dans le cadre de la loi Agriculture et Alimentation.

Cette définition peut se référer à **plusieurs types d'indicateurs**.

Les indicateurs

- Relatifs aux **coûts pertinents de production** en agriculture,
- Relatifs **aux prix des produits agricoles** et alimentaires,
- Relatifs **aux quantités, à la composition, à la qualité, à l'origine, à la traçabilité des produits**,
- Relatifs **au respect d'un cahier des charges**,

- Relatifs **aux prix du marché...**

Pour les syndicats agricoles

Le texte est **jugé trop flou**. Les indicateurs ne sont pas spécifiquement nommés (Cf.: l'habilitation).

- **Pas de définition du prix abusivement bas.**
- Ex.: un prix au-dessous duquel le producteur perd de l'argent quand il produit.

La définition doit prendre en compte exclusivement les coûts de production en agriculture, à l'exclusion de tous autres indicateurs sinon le seuil des prix abusivement bas pourra être en dessous des coûts de production.

Pour le gouvernement

La mention spécifique des indicateurs de coûts de production n'est pas contraire aux aspirations du gouvernement mais elle ne pourra être exclusive.

Dans l'esprit de la loi, les indicateurs de coûts de production sont indissociables des indicateurs de prix de marchés.

La définition sera fixée à l'issue des négociations commerciales pour mars 2019.

Sa publication est désormais attendue Avril, comme ses fruits.

3) L'Interdiction des prix minima de revente imposés

Il est donc strictement interdit au **fournisseur de fixer des prix de reventes ou des montant de marge minimum du distributeur**, soit de manière expresse dans les termes du contrat, soit de manière déguisée.

- **Liberté du détaillant dans la fixation des prix de revente.**

Article L.442-5 du Code de commerce

« Est puni d'une amende de 15 000 euros le fait par 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 ».

- Peu importe la forme de l'imposition (étiquette, facture, contrat...).

Les exceptions

Ne rentrent pas dans le champ d'application de l'interdiction des prix minima (ou de la marge minimale) de revente imposés :

- **Le prix des livres** : loi du 10 Août 1981 qui a pour but de protéger les petits libraires contre les prix de la grande distribution: le prix du livre est fixé par l'éditeur ;
- **Le prix maxima de revente** : ils favorisent la concurrence par la baisse des prix.

Le règlement n° 330/2010 du 20 avril 2010 est venu expressément validé les accords de distribution fixant un prix maximum, ***"sans préjudice de la possibilité pour le fournisseur d'imposer un prix de vente maximal(...), à condition que ces derniers n'équivalent pas à un prix de vente fixe ou minimal sous l'effet de pressions exercées ou d'incitations par l'une des parties"***.

Le fournisseur peut imposer **un prix maximal** de revente à son distributeur (prix plafond), à condition:

- que **ce prix n'équivaille pas un prix fixe ou minimal**,
- **qu'il ne soit pas trop bas** (le distributeur serait contraint de revendre à perte, ne pourrait pas faire de réduction aux utilisateurs, ne pourrait pas réaliser de marge...).

La pratique des « prix conseillés »

La pratique des prix simplement conseillés reste **licite** : tout fabricant, grossiste, importateur (etc...) peut conseiller ou indiquer des prix de revente à ses distributeurs.

Mais la frontière est parfois floue avec le prix minimum imposé.

Le prix conseillé ne doit pas dissimuler un prix imposé.

L'essentiel réside dans le fait que le prix n'ait **pas de caractère contraignant** pour le distributeur : **peu importe le qualificatif employé**, de "prix conseillé", "prix recommandé", ou encore "prix indicatif ».

Quid de l'absence de mention?

« La qualification de prix imposé ne peut être avérée lorsque une central d'achat n'indique pas la mention de prix maximum ou prix conseillé. ».

Cette licéité disparaît dès que le prix est en réalité imposé par des **mesures de rétorsion commerciale**.

Ex.: non renouvellement du contrat de distribution pour non-respect du prix conseillé, refus de conférer des avantages.

CA PARIS 22 Septembre 1999

« Le fait pour un fournisseur de refuser d'approvisionner un revendeur à cause du caractère trop bas des prix que ce-dernier envisageait, revenait à imposer des prix minima de revente ».

Les sanctions civiles

Tribunaux de commerce ou TGI

- Nullité de la clause d'imposition du prix (CA Paris, 28 avr. 1966);
- Nullité du contrat si cette clause est déterminante.

- La responsabilité civile de l'auteur peut être engagée dans le cas où le lien de causalité est suffisant entre la faute et le préjudice économique. (Cass. crim., 19 févr. 2003).

Les sanctions pénales

Tribunaux correctionnels

- Une amende de 15 000€,
- Des peines complémentaires peuvent être prononcées (article 131-10 du Code pénal): par exemple la diffusion ou l'affichage du jugement de condamnation.

En pratique, les sanctions pénales sont rares.

Si les pratiques sont développées dans le cadre d'une entente, elles peuvent être poursuivies par l'Autorité de la concurrence.

B) La « Police des relations interentreprises »

Les règles du droit de la concurrence vont également veiller à l'équilibre des relations commerciales à travers certains principes:

- **Principe d'équilibre de la relation commerciale;**
- **Refus de vente et ventes liés;**
- **Refus d'achat.**

1) Le principe d'équilibre des relations commerciales

Depuis 2008, il existe un principe dans les relations commerciales, à savoir le principe d'équilibre.

Ainsi est sanctionné le fait de soumettre son partenaire commercial à des obligations créant un **déséquilibre significatif** et de tenter d'obtenir de lui des avantages disproportionnés ou injustifiés.

Les déséquilibres significatifs

« Engage la responsabilité de son auteur le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers: (...) De soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties ; (...) ».

Article L442-6 du Code du commerce.

L'équilibre est apprécié au regard des effets de l'application de la convention sur les parties.

Démontrer qu'une pratique crée un déséquilibre significatif au détriment d'un partenaire commercial ne requiert pas de prouver, au préalable, que l'auteur de la pratique détient une puissance d'achat ou de vente.

La notion de déséquilibre significatif peut sembler floue, mais elle est déjà connue du droit de la consommation avec les clauses abusives.

C'est l'absence de réciprocité qui caractérise le déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties.

T. Com. Lille 6 Janvier 2010 saisi par le ministre de l'économie après que la DGCCRF ait examiné des centaines de négociations commerciales a engagé une action à l'encontre de 9 grandes enseignes de la distribution Castorama, Darty, Intermarché, System U, Leclerc, Casino, Auchan, Cora et Carrefour.

Le distributeur Castorama avait modifié en 2009 les modalités de paiement des acomptes de remises différées et imposé à ses fournisseurs des comptes mensuels payables en fin de mois.

Cette pratique a entraîné une dégradation du commerce de Lille.

Elle a été jugée « sans réciprocité ni contrepartie défavorable aux fournisseurs » et l'enseigne a été condamnée à une amende civile de 300 000 euros.

Exemples de déséquilibres :

- La faculté pour le distributeur de résilier le contrat dans l'hypothèse d'une « contreperformance » du produit sachant que cette dernière peut provenir des conditions de mise en vente décidées par le distributeur lui-même;
- Imposer au fournisseur des clauses de « taux de service minimum » (imposant un haut niveau de qualité de service rendu par le fournisseur);
- Les clauses-types, générales et imprécises qui ne tiennent pas compte des particularités du fournisseur.

L'Obtention d'avantages injustifiés ou disproportionnés

*«Engage la responsabilité de son auteur le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers **d'obtenir ou de tenter d'obtenir d'un partenaire commercial un avantage quelconque ne correspondant à aucun service commercial effectivement rendu ou manifestement disproportionné au regard de la valeur du service rendu** ».*

Article L442-6 du Code du commerce.

Exemples

- *La participation, non justifiée par un intérêt commun et sans contrepartie proportionnée, au financement d'une opération d'animation ou de promotion commerciale, d'une acquisition ou d'un investissement, en particulier dans le cadre de la rénovation de magasins, du **rapprochement d'enseignes** ou de centrales de référencement ou d'achat ou de la rémunération de services rendus par une centrale internationale regroupant des distributeurs.*
- *Lutte contre la pratique de la « corbeille de mariée ».*

- *La globalisation artificielle des chiffres d'affaires;*
- *Une demande d'alignement sur les conditions commerciales obtenues par d'autres clients;*
- *Une demande supplémentaire, en cours d'exécution du contrat, visant à maintenir ou accroître abusivement ses marges ou sa rentabilité.*

Les sanctions

Il n'y a pas de sanctions pénales, elles sont **exclusivement civiles**: l'auteur engage sa **responsabilité civile** et pourra être condamné au **versement de dommages et intérêts et une amende civile**.

Seules **les juridictions civiles et commerciales** sont compétentes pour trancher les litiges.

L'action est introduite **par toute personne justifiant d'un intérêt** (la victime), **par le ministère public, par le ministre chargé de l'Economie ou par le président de l'Autorité de la concurrence** (Article L442-6 III Code de commerce).

En pratique les victimes hésitent à saisir les juridictions compétentes.

Le ministre de l'Economie peut se substituer à la victime et demander qu'elle soit indemnisée.

Il peut également demander:

- **Le prononcé d'une amende de 2M€, qui peut être portée au triple des sommes induitement perçues;**
- **La Cessation des pratiques illicites;**
- **La Nullité des clauses illicites.**

2) Le refus de vente et les ventes liées

Le refus de vente ainsi que les ventes liées sont strictement interdits avec les consommateurs, toutefois, sous l'impulsion du droit communautaire, le droit a évolué en matière de relation commerciale entre professionnels, permettant à ces derniers d'accéder en toute légalité à ces pratiques.

Le refus de vente

Le refus de vendre un bien ou de fournir la prestation d'un service, oppose généralement à un détaillant ou à un grossiste et peut poursuivre différents objectifs.

Les effets du refus de vente sur la concurrence doivent généralement s'apprécier au cas par cas.

Les objectifs du refus

- **Contraindre un détaillant à respecter des prix imposés (l'empêcher de vendre au rabais),**
- **Conforter un accord de distribution exclusive conclu avec d'autres,**

- Réserver la vente du produit à une certaine catégorie de consommateurs ou à une certaine zone géographique,
- Lorsque l'acheteur n'est pas bon payeur, ne constitue pas des stocks suffisants ou n'assure pas convenablement le service après-vente, la publicité, la promotion, etc...

Depuis la loi du 1er juillet 1996 sur la loyauté et l'équilibre des relations commerciales (loi Galland), tout professionnel (producteur, industriel, commerçant ou artisan) est libre de vendre ou pas un bien ou un service à un autre professionnel.

L'interdiction du refus de vente et des ventes liées perdure pour les consommateurs.

- Uniformisation de la législation dans les états membres de l'Union européenne.

Toutefois, cette autorisation est relative au regard des nombreux recours ouverts par le droit contre le refus de vente: la liberté du vendeur professionnel a des limites.

Les ventes liées

Imposer à un client d'acheter une quantité minimale ou un nombre de produits supérieur à ce qu'il souhaite : lier la vente d'un produit ou d'un service à la vente d'un autre.

- A ne pas confondre avec **les ventes groupées** de produits identiques ou de prestations de services qui sont autorisées (ex.: package bancaire, yaourts...).

Cette pratique peut **restreindre la concurrence** si elle n'est pas objectivement justifiée par la nature des produits ou leur usage commercial.

Elle a pour effet négatif un éventuel verrouillage du marché du produit lié.

En outre, elle peut entraîner des prix plus élevés tant pour le produit liant que pour le produit lié.

Ex.: un fabricant d'ordinateurs pourra subordonner la vente de ce produit à l'achat de certaines disquettes en vue d'éviter tout endommagement ou mauvais fonctionnement de son matériel par l'usage de disquettes de qualité inférieure.

La loi du 1er juillet 1986 a supprimé l'interdiction des ventes subordonnées entre professionnels.

Toutefois, l'ordonnance de 1986 (aujourd'hui codifié à l'article L. 420-2 du Code de commerce) continue de **prohiber les ventes liées dès lors qu'elles relèvent d'un abus de domination ou d'une pratique abusive.**

Vente liée : La Cour d'appel de Paris confirme le jugement du Tribunal de commerce de Lyon ayant condamné un journal pour avoir lié des services en ligne à la publication d'annonces nécrologiques (*La Montagne / Aviscom*).

« La société La Montagne a abusé de sa position dominante sur le marché des annonces nécrologiques par voie de papier, en refusant d'insérer dans les avis de décès diffusés par les entreprises de pompes funèbres ayant recours aux services de la société Aviscom, une ligne mentionnant le registre des condoléances en ligne sur www.avis-de-décès.net ».

Les recours

Devant un refus de vente ou des ventes liées, un acheteur peut exercer plusieurs recours fondés notamment sur:

- **Le refus de communication des conditions tarifaires,**
- **Une pratique anticoncurrentielle,**
- **Le Droit commun de la responsabilité.**

- **Le refus de communication des conditions tarifaires,**

Le refus de vente peut être sanctionné par l'application de l'article 441-6 du Code du commerce qui se traduit par **le refus de communiquer le barème tarifaire et conditions générales de vente.**

Article L441-6 du Code du commerce

« Tout producteur, prestataire de services, grossiste ou importateur est tenu de communiquer ses conditions générales de vente à tout acheteur de produits ou tout demandeur de prestations de services qui en fait la demande pour une activité professionnelle.

Elles comprennent : les conditions de vente ; le barème des prix unitaires ; les réductions de prix ; les conditions de règlement ».

Dans le cadre de la loi alimentation, une ordonnance devrait intervenir et son habilitation prévoit de modifier les sanctions en cas de non-respect de dispositions relatives aux conditions générales de vente pour prévoir des sanctions administratives.

- **Une pratique anticoncurrentielle,**

Le recours contre le refus de vente ou de vente liée peut être fondé sur une pratique anticoncurrentielle telle que **l'entente illicite** ou **l'abus de position dominante**.

- **L'entente illicite**

Le refus de vente qui constitue une entente illicite (atteinte à la liberté d'accès au marché) au sens du droit de la concurrence, sous réserve que celle-ci n'est pas fait l'objet d'une exemption (Article L420-4-I 2° du Code du commerce) **est sanctionné.**

L'article L420-1 du Code du commerce

« **Sont prohibées** (...), lorsqu'elles ont pour objet ou (...) effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché, **les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites** ou coalitions, notamment lorsqu'elles tendent à **limiter l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises** ».

- **L'abus de position dominante**

Par ailleurs, si une entreprise détient sur son marché une position dominante, anticoncurrentielle, son refus de vendre injustifié est un abus sanctionné au titre de l'article L. 420-2 du Code de commerce.

Article L. 420-2 du Code de commerce.

« Est prohibée, (...) 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. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées ou en conditions de vente discriminatoires »

REFUS DE VENTE : LA COUR D'APPEL DE PARIS CONDAMNE UN FOURNISSEUR POUR REFUS DE VENTE SUR LE FONDEMENT DU DROIT DES ENTENTES ET DU DROIT DES ABUS DE POSITION DOMINANTE (NGK SPARK PLUGS FRANCE C/ SOCIÉTÉ DE COMMERCIALISATION DE PRODUITS INDUSTRIELS)

Il résulte du rapport administratif d'enquête que la société NGK a mis en œuvre des pratiques consistant à refuser la vente de bougies NGK à la société Sifam et à refuser de l'agréer, sans justification objective, ni légitime, et, cela, depuis 1994 et jusqu'en 2001.

Les refus ne sont fondés sur aucun des critères prétendus de sélection (qualité du point de vente ; seuils d'achat...) et ont pour effet d'évincer de la distribution des bougies NGK la société Sifam.

- **Le Droit commun de la responsabilité.**

« On peut engager sa responsabilité en exerçant un droit: quand on en abuse... » (F.Chabas).

L'abus de droit c'est « détourner le droit de sa fonction normale ».

La fonction légitime du refus de vente est de permettre au fournisseur de gérer librement et de façon autonome sa stratégie de distribution dans les limites de la loi.

Cette responsabilité est fondée sur l'article 1240 du Code civil:

« Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer ».

Pourrait donc être qualifié d'abusif et donc de fautif:

- **Le refus de vente d'un fournisseur motivé par l'intention de nuire** ou la volonté de désorganiser l'entreprise du distributeur;
- **La volonté d'évincer systématiquement** et a priori telle ou telle forme de distribution ou un distributeur particulier.

La preuve d'un comportement abusif n'est cependant pas facile à apporter.

La CA de Douai a sanctionné par un arrêt du 10 Septembre 1998, un refus de vente par application du droit commun de la responsabilité civile.

Jusqu'en 2008, le refus de vente présentant les caractéristiques d'une discrimination injustifiée pouvait être sanctionné sur le fondement de l'article L. 442-6 du code de commerce et au titre de la responsabilité civile.

L'abrogation du délit de discrimination en tant que faute *per se* conduit à ne plus pouvoir sanctionner le refus de vente sur ce fondement ; **la discrimination, et donc le refus de vente qui en découle, pouvant toutefois être réprimée si elle résulte d'une pratique anticoncurrentielle ou d'un abus de droit** entraînant la responsabilité civile de son auteur.

Exemples de pratiques susceptibles d'être discriminatoires :

- Fausse coopération commerciale,
- Exploitation d'un rapport de force,
- Paiement d'un droit d'entrée,
- Déréférencement...

3) Le refus d'achat

Encore une fois les pratiques commerciales dans la grande distribution sont visées et en particulier celles des **centrales d'achat***.

Cass. Com. 5 Juillet 1994 : « *La liberté de choisir son fournisseur est une liberté fondamentale* ».

- Une centrale d'achat est libre de ne pas référencer un fournisseur ou bien de ne pas renouveler le référencement.