

La lutte contre les pratiques qui faussent la concurrence

Fausser la concurrence, c'est faire en sorte que la concurrence se fasse autrement que par les mérites (La notion de « concurrence par les mérites » a été élaborée par la jurisprudence européenne dans le cadre de la répression des abus de position dominante [V. *infra* p. 163 s.]. Mais, ainsi que cela a été démontré, l'idée de « concurrence par les mérites » irrigue le droit de la concurrence et l'inspire bien au-delà du seul cadre spécifique de la lutte contre les abus de position dominante, V. G. Decocq, « La concurrence par les mérites », *CCC* 2010, repère 4; du même auteur, « La concurrence par les mérites », in E. Le Dolley, *Les concepts émergents en droit des affaires*, LGDJ, Lextenso éditions, p. 239). *A priori*, c'est là le postulat de base, lorsque la concurrence est libre et non faussée, elle doit conduire à la sélection des entreprises qui offrent les produits et services les plus divers et au meilleur rapport qualité/prix. Ce sont alors les entreprises les plus méritantes dans cette offre qui attireront à elles les clients, qu'il s'agisse de consommateurs ou d'autres entreprises, et prendront le dessus sur leurs rivales. Cette concurrence par les mérites se fait ainsi dans l'intérêt des consommateurs, dans l'intérêt des entreprises et donc, plus globalement, dans l'intérêt de la collectivité dans son ensemble. De fait, comme le remarque la Commission européenne, « Lorsqu'il est possible de soutenir la concurrence grâce à ses propres mérites, tant les entreprises que les ménages profitent d'un large éventail de produits et de services innovants et de bonne qualité, proposés à des prix compétitifs. L'intensification de la concurrence pousse aussi les entreprises à investir et à être plus efficaces. Ces gains d'efficacité se répercutent sur l'ensemble de l'économie. » (Comm. UE, Rapport sur la politique de concurrence 2015, p. 2). Cependant, parce que la concurrence par les mérites suppose des efforts de la part des entreprises (dans le sens de la réduction de leurs prix, de l'amélioration de la qualité de leurs produits et services, de l'innovation) et parce que sa sanction implacable peut conduire jusqu'à l'élimination pure et simple des entreprises les moins méritantes, la tentation est grande d'intervenir artificiellement sur le cours de cette concurrence pour la fausser. Il s'agira alors d'introduire une variable autre que le seul mérite pour permettre à des entreprises de résister ou même de triompher dans la concurrence. La concurrence est alors faussée.

Les pratiques qui faussent la concurrence sont diverses et variées. La concurrence peut d'abord être faussée par le comportement des entreprises. Certains comportements des entreprises faussent la concurrence en la poussant à l'excès.

Ces comportements excessifs de concurrence seront analysés dans la seconde partie de l'étude (V. *infra* p. 337 s). D'autres comportements des entreprises faussent la concurrence, non pas en l'exacerbant jusqu'à l'abus, mais en la rendant insuffisante. Il s'agit des pratiques anticoncurrentielles. Elles seules seront étudiées dans cette première partie (Chapitre 1). La concurrence peut ensuite être faussée par une action sur les structures du marché, ce sont les concentrations (Chapitre 2). La concurrence peut enfin être faussée par le comportement de l'État, à travers l'attribution d'aides publiques (Chapitre 3).

- Chapitre I. Le droit des pratiques anticoncurrentielles
- Chapitre II. Le droit des concentrations entre entreprises
- Chapitre III. Le droit des aides d'États

Le droit des pratiques anticoncurrentielles

DÉFINITION Les pratiques anticoncurrentielles, qu'elles prennent la forme d'ententes ou d'abus de position dominante, sont des comportements qui faussent la concurrence en l'empêchant ou en la restreignant.

La concurrence étant considérée comme le meilleur moyen d'assurer le progrès économique, on s'accorde pour considérer que les pratiques anticoncurrentielles produisent des conséquences extrêmement dommageables tant pour les consommateurs que pour les entreprises.

REMARQUES Certes, et il s'agit là d'un phénomène bien connu en matière de délinquance économique, les pratiques anticoncurrentielles constituent un « poison silencieux », en ce sens que leurs effets économiques délétères n'apparaissent pas de manière flagrante, mais agissent plutôt insidieusement. Celui qui se fait soustraire un bien meuble corporel, comme par exemple une montre ou un bracelet, éprouve plus directement son préjudice que celui qui, pendant des années parfois, a dû acquérir un produit de consommation courante, comme par exemple un dentifrice ou une endive, à un prix artificiellement plus élevé que celui qui aurait découlé du jeu normal de la concurrence. Pourtant, envisagées globalement, les conséquences économiques néfastes des pratiques anticoncurrentielles sont d'ampleur. Les études en la matière indiquent des chiffres qui ne peuvent qu'impressionner. C'est ainsi que le surprix résultant des ententes varierait entre 15 et 20 % du prix qui résulterait d'une concurrence normale (Comm. UE, Ex post evaluation of competition policy enforcement, Competition Policy Brief, n° 4, juin 2015, spec. p. 3). Mais, plus encore, et comme le remarque fort justement l'Autorité de la concurrence, « Cette augmentation [du prix] n'est qu'une composante du dommage plus large [que les pratiques anticoncurrentielles] peuvent causer au secteur concerné (incidence sur les incitations à innover, à entrer sur le marché, etc.), aux consommateurs (qui peuvent renoncer à consommer faute de pouvoir payer le prix artificiellement renchéri par la pratique anticoncurrentielle) et à l'économie générale. » (ADLC, Les outils disponibles en cas d'infraction aux règles de concurrence, mai 2011, http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/standard.php?lang=fr&id_rub=402&id_article=1594).

Les conséquences économiques néfastes des pratiques anticoncurrentielles expliquent ainsi leur interdiction (Section I). Cependant, la concurrence étant un moyen et non une fin en soi, la souplesse et le pragmatisme du droit de la concurrence permettent de faire bénéficier les pratiques anticoncurrentielles d'exemptions lorsque leurs effets négatifs sur la concurrence sont contrebalancés par les effets positifs qu'elles produiraient par ailleurs (Section II). Mais, en l'absence d'exemption, les auteurs de pratiques anticoncurrentielles s'exposent à de sévères sanctions (Section III).

SECTION I. Les interdictions

Tant en droit européen qu'en droit interne, deux grands types de pratiques anticoncurrentielles sont interdits. Il s'agit des ententes anticoncurrentielles (§ 1) et des abus de position dominante (§ 2).

§ 1. Les ententes anticoncurrentielles

Les ententes anticoncurrentielles sont interdites en des termes particulièrement fermes en droit européen comme en droit interne. En droit européen, l'article 101, paragraphe 1, TFUE affirme que « Sont incompatibles avec le marché intérieur et interdit 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 ». En droit interne, l'article L. 420-1 du Code de commerce dispose que « 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 ». Ces deux textes donnent des indications sur la notion d'entente, mais sans vraiment en donner une définition précise. Les critères permettant de retenir la qualification d'entente ont donc été précisés par la jurisprudence et la pratique décisionnelle. Tant en droit européen qu'en droit interne, la qualification d'entente suppose une concertation (A) ayant pour objet ou pour effet de restreindre la concurrence sur le marché (B).

A. L'esprit : la concertation

La concertation est une notion complexe dont la compréhension suppose de l'étudier dans son existence (1), sa forme (2) son intégrité (3) et sa preuve (4).

1. L'existence de la concertation

En droit des contrats, on sait que la notion de consentement revêt un double sens. Le consentement peut d'abord désigner toute manifestation de volonté, il a alors un caractère unilatéral. Le consentement peut également désigner la rencontre de volontés, il a alors un caractère bilatéral ou, plus largement, multilatéral (F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette et F. Chénéde, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, coll. Précis, 12^e éd., 2018, pt 145). La concertation exigée pour la qualification d'entente renvoie à ce second sens de la notion de consentement. Autrement dit, l'entente suppose une rencontre de deux ou plusieurs volontés ayant pour objet ou effet de restreindre la concurrence. L'intention d'une entreprise de participer à l'entente doit être prouvée (Cons. conc., Rapport pour l'année 2003, p. 74). Il faut démontrer la volonté d'adhérer à l'action collective. En revanche, il n'est pas nécessaire de

prouver que la restriction de concurrence a été consciemment et volontairement recherchée par les parties en connaissance de cause (Cons. conc., 94-D-21 ; Cons. conc., Rapport pour l'année 2003, p. 73 ; ADLC, Rapport pour l'année 2009, p. 62-63). Autrement dit, et pour utiliser les concepts du droit pénal, le dol général suffit (conscience et volonté générales de participer à une action collective), le dol spécial n'est pas exigé (conscience et volonté spécifiques de fausser la concurrence).

Pour qu'il y ait concertation, il faut qu'il y ait rencontre d'au moins deux volontés. L'entente est nécessairement une œuvre collective. En conséquence, une pratique unilatérale ne saurait constituer une entente. Mais encore faut-il s'assurer que des pratiques en réalité collectives ne se griment pas en pratique prétendument unilatérales pour échapper à la sanction du droit des ententes. C'est précisément pour cette raison que les autorités et juridictions de concurrence, aussi bien au niveau européen qu'au niveau interne, prennent soin de distinguer les pratiques réellement unilatérales des pratiques faussement unilatérales (Trib. UE, 26 octobre 2000, aff. T-41/96, *Bayer/Commission*, pt 71). Relativement aisée dans sa formulation, la distinction est plus complexe dans sa mise en œuvre. C'est particulièrement dans le cadre de l'appréciation d'accords conclus entre fournisseurs et distributeurs que la jurisprudence européenne a été amenée à préciser le contenu de la distinction. La question qui a dû être tranchée est la suivante : dans quelles conditions une invitation anticoncurrentielle émanant d'un fournisseur pourra être considérée comme acceptée, ou plus subtilement acquiescée, par un distributeur avec lequel il est en relation, acquiescement qui fera passer l'invitation d'une initiative unilatérale à une action collective permettant de caractériser une entente ? En substance, au terme d'une évolution jurisprudentielle qui ne s'est pas faite sans heurts, l'acquiescement peut exister d'une part de manière expresse et *ex ante* et d'autre part de manière tacite et *ex post*.

L'acquiescement existe de manière expresse et *ex ante* lorsque le distributeur accepte un accord-cadre préparant sans ambiguïté le terrain à des mesures d'exécution qui seront forcément restrictives de concurrence. En d'autres termes, tout se passe comme si l'adhésion à la restriction de concurrence était alors cristallisée à travers l'acceptation de l'accord-cadre. Il n'est alors point nécessaire d'attendre l'adoption effective des mesures d'exécution anticoncurrentielles pour caractériser la concertation étant donné que ces mesures ont précisément vu leur principe arrêté dans l'accord-cadre qui a d'ores et déjà été accepté (CJCE, 17 septembre 1985, aff. 25/84, *Ford/Commission* ; CJCE, 24 octobre 1995, aff. C-70/93, *Bayerische Motorenwerke*). Ainsi, dans l'arrêt *Volkswagen/Commission*, la Cour de justice a retenu l'existence d'une concertation à propos des mesures de limitation des livraisons décidées par le constructeur automobile allemand à l'égard de ses concessionnaires italiens, en s'appuyant en particulier sur le fait que le « contrat de concession prévoyait la possibilité de limiter les livraisons » (CJCE, 18 septembre 2003, aff. C-338/00, *Volkswagen/Commission* [affaire dite Volkswagen I], pt 64).

L'acquiescement existe de manière tacite et *ex post* lorsque, par la force des circonstances, il ne peut être déduit d'une véritable acceptation, mais découle du comportement du distributeur face à une invitation anticoncurrentielle. En effet, et comme a pu l'expliquer un avocat général dans des termes très clairs, en l'absence de dispositions contractuelles restrictives de concurrence, voire en l'absence de contrat, des mesures apparemment unilatérales ne peuvent donner lieu à acceptation, faute d'objet à accepter. Dans un tel cas de figure, l'acceptation ne pourra alors se déduire que du comportement des personnes auxquelles a été adressée l'invitation anticoncurrentielle. Autrement dit, la concertation résultera en l'occurrence du fait que, face aux demandes de restrictions de concurrence émanant d'un producteur, les revendeurs manifestent leur approbation par des comportements concrets (Conclusions de l'avocat général A. Tizzano, 17 novembre 2005, aff. C-74/04, pt 45 ; CJCE, 12 juillet 1979, aff. 32/78, *BMW Belgium e.a./Commission*, pts 28, 29 et 37 ; CJCE, 18 septembre 2003, aff. C-338/00, *Volkswagen/Commission*, pts 61 à 68). C'est ainsi que la Cour de justice a pu juger que « [1]es commandes répétées de produits et les acquittements successifs sans protestation par le client des prix indiqués sur les factures, comportant la mention "exportation interdite", constituaient de la part de celui-ci un acquiescement tacite [à cette clause] » (CJCE, 11 janvier 1990, aff. C-277/87, *Sandoz prodotti farmaceutici/Commission*, pt 11 ; V. également, TPICE, 26 octobre 2000, aff. T-41/96, *Bayer/Commission*, pt 142).

En revanche, en l'absence d'acquiescement exprès ou tacite, on ne saurait déduire la concertation du simple fait que le producteur a adopté une mesure dans le cadre de relations commerciales continues entretenues avec ses revendeurs ou du simple fait que ces derniers sont membres d'un réseau de distribution (Trib. UE, 3 décembre 2003, aff. T-208/01, *Volkswagen/Commission*, pt 47 ; Conclusions de l'avocat général A. Tizzano, 17 novembre 2005, aff. C-74/04, pt 47 ; CJUE, 13 juillet 2006, aff. C-74/04, *Commission/Volkswagen* [affaire dite Volkswagen II], pts 36 et s.). Autrement dit, que l'acquiescement soit exprès ou tacite, il ne peut être déduit d'un comportement purement passif du revendeur. L'acquiescement suppose toujours de la part du revendeur une certaine activité dans le sens de l'adhésion à la proposition anticoncurrentielle, la volonté en ce sens pouvant être exprimée à travers un contrat ou à travers un comportement.

2. La forme de la concertation

Le droit de la concurrence est plus un droit matériel que formel. Il met l'accent sur les conséquences matérielles des comportements des entreprises plutôt que sur les formes spécifiques empruntées pour aboutir à ces conséquences. C'est ainsi que la concertation permettant de caractériser l'entente peut prendre des formes multiples, l'important étant, qu'au-delà de la forme, la concertation se traduise par une remise en cause de l'autonomie de comportement des entreprises sur le

marché. Cependant, et pour répondre à la tendance naturelle de l'esprit juridique à la classification, il est permis de remarquer que, globalement, la concertation peut prendre quatre formes différentes.

En premier lieu, la concertation peut prendre la forme d'un accord. L'article 101 TFUE vise expressément la notion d'accord et l'article L. 420-1 du Code de commerce se réfère pour sa part, sous des expressions diverses (conventions, ententes expresses ou tacites, coalition), à des notions qui peuvent être ramenées à celle d'accord. L'accord correspond à un plan global, un consensus général par lequel les entreprises expriment leur volonté commune de se comporter d'une certaine manière sur le marché (Comm. CE, déc. 2004/138/CE, 11 juin 2002, *Club Lombard*, pt 412). Dès lors que ce plan global et commun aura été établi, l'accord sera caractérisé sans autres exigences. Ainsi, sur le plan juridique, peu importe la valeur réelle de l'accord : il n'est pas nécessaire qu'il prenne la forme d'une convention obligatoire, qu'il soit assorti de sanctions ou de procédures d'exécution ou encore qu'il soit reconnu par le droit national (Comm. CE, déc. 2004/138/CE, 11 juin 2002, *Club Lombard*, pt 412; Comm. CE, déc. 94/599/CE, 27 juillet 1994, *PVC*, pt 30; Comm. CE, décembre 89/93/CEE, 7 déc. 1988, *Verre plat*, pt 62; TPICE, 24 octobre 1991, aff. T-1/89, *Rhône-Poulenc/Commission*, pt 120; TPICE, 15 mars 2000, aff. T-25/95, *Cimenteries CBR/Commission*, pt 2061). De même, sur le plan formel, peu importe que l'accord soit conclu par écrit ou oralement (Comm. CE, déc. 89/93/CEE, 7 décembre 1988, *Verre plat*, pt 62; Comm. CE, déc. 1999/60/CE, 21 octobre 1998, *Conduites précalorifugées*, pt 134; Comm. CE, déc. 2003/25/CE, 11 décembre 2011, *Frais bancaires pour la conversion de monnaies de la zone euro*, pt 99); peu importe aussi qu'il soit conclu de manière tacite ou expresse (Comm. CE, déc. 1999/60/CE, 21 octobre 1998, *Conduites précalorifugées*, pt 134). Sur le plan temporel, peu importe que l'accord présente un caractère définitif ou provisoire. En ce sens, peuvent constituer des accords caractérisant une concertation de simples avant-contrats, c'est-à-dire des contrats préparant le terrain à des contrats futurs, ou encore de simples points d'étapes, ne constituant même pas de véritables contrats, mais marquant simplement la progression dans les négociations. Il a ainsi été jugé qu'avant même que ne soit conclu un accord final et complet régissant l'action et l'abstention réciproques des entreprises sur le marché, le processus de négociation peut comporter la conclusion d'accords inachevés ou conditionnels restreignant la concurrence (Comm. CE, déc. 1999/60/CE, 21 octobre 1998, *Conduites précalorifugées*, pt 133). Sur le plan du contenu, peu importe que l'accord soit précis ou vague, global ou partiel (Comm. CE, déc. 1999/60/CE, 21 octobre 1998, *Conduites précalorifugées*, pt 134). Sur le plan de l'état d'esprit des participants, peu importe que règne une harmonie parfaite entre eux ou qu'existent certaines frictions voire hostilités (Comm. CE, déc. 1999/60/CE, 21 octobre 1998, *Conduites précalorifugées*, pt 134); peu importe également que l'accord soit fondé sur une stricte égalité entre les participants ou qu'il repose sur une véritable hiérarchie entre eux (meneurs, suiveurs...); peu importe, enfin,

les véritables motifs et les intentions cachées qui expliquent la participation à l'accord et le comportement adopté à l'égard des autres participants (Comm., déc. 2001/418/CE, 7 juin 2000, *Acides aminés*, pt 221). Sur le plan des marchés en cause, peu importe que les participants à l'accord ne se trouvent pas tous sur le marché sur lequel intervient la restriction de concurrence. En effet, ni la notion d'accord ni celle de pratique concertée ne présupposent une limitation réciproque de la liberté d'action sur un même marché sur lequel seraient présentes l'ensemble des parties (CJUE, 22 octobre 2015, aff. C-194/14 P, *AC-Treuhand/Commission*, pts 32 et 33). C'est ainsi que pourra être retenue la responsabilité d'une entreprise qui contribue de manière active à la restriction de concurrence, alors même que cette contribution ne concerne pas une activité économique relevant du marché pertinent sur lequel cette restriction se matérialise ou a pour objet de se matérialiser. En ce sens, un « facilitateur » d'entente, comme par exemple un intermédiaire aidant des entreprises à mieux coordonner leur comportement, pourra être considéré comme un participant à part entière à l'accord (CJUE, 22 octobre 2015, aff. C-194/14 P, *AC-Treuhand/Commission*, pt 36; Trib. UE, 10 novembre 2017, aff. T-180/15, *Icap e.a./Commission*, pt 95 et s.).

En deuxième lieu, la concertation peut résulter d'une pratique ou action concertée. Le texte européen vise la notion de pratique concertée alors que le texte français vise pour sa part la notion d'action concertée, ces deux expressions pouvant être considérées comme synonymes. Par rapport à l'accord, qui correspond à une stratégie globale et commune, on pourrait affirmer que la notion de pratique concertée correspond à une forme de concertation qui, tout en se traduisant par une certaine coordination du comportement des entreprises, laisse une plus grande place à une forme d'improvisation. Il n'y a pas de véritable plan ou stratégie, mais les entreprises, par des échanges ou des contacts plus ou moins intenses et prolongés, agissent en vue d'une certaine coopération. À travers la notion de pratique concertée, il s'agit d'appréhender les situations dans lesquelles des entreprises, sans aller jusqu'à conclure un véritable accord, s'entendent néanmoins sur des comportements anticoncurrentiels par exemple en s'informant mutuellement à l'avance de l'attitude qu'elles ont l'intention d'adopter, de sorte que chacune puisse régler son comportement commercial en escomptant que ses concurrents aient un comportement parallèle (CJCE, 14 juillet 1972, aff. 48/69, *Imperial Chemical Industries Ltd/Commission*; TPICE, 17 décembre 1991, aff. T-7/89, *Hercules/Commission*, pt 256; Comm. CE, déc. 1999/60/CE, 21 octobre 1998, *Conduites précalorifugées*, pt 130; ADLC, n° 10-D-19, 24 juin 2010, pt 201). Comme a pu le remarquer la Cour de justice dans la fameuse affaire sur l'entente européenne concernant le sucre, l'objectif est de saisir des formes de coordination entre entreprises qui, sans avoir été poussées jusqu'à la réalisation d'un accord proprement dit, substituent sciemment une coopération pratique entre elles aux risques de la concurrence (CJCE, 16 décembre 1975, aff. 40/73, *Suiker Unie e.a./Commission*, pt 4). L'idée est que, indépendamment de la question de l'adoption d'un véritable