

Droit de la concurrence interne et européen

Leçon 8 : Les comportements unilatéraux : les abus de domination

Linda ARCELIN

Table des matières

Section 1 : L'abus de position dominante.....	p. 2
§ 1 : Le marché pertinent.....	p. 3
A - Le marché de produit.....	p. 4
1. La substituabilité du côté de la demande.....	p. 4
2. La substituabilité du côté de l'offre.....	p. 7
B - Le marché géographique.....	p. 8
§ 2 : La position dominante.....	p. 9
A - La position dominante individuelle.....	p. 9
1. La structure du marché.....	p. 9
2. La part de marché.....	p. 10
3. Les barrières à l'entrée.....	p. 11
a) Les barrières à l'entrée naturelles ou structurelles.....	p. 12
b) Les barrières à l'entrée comportementales ou stratégiques.....	p. 12
4. Les autres indices.....	p. 13
B - La position dominante collective.....	p. 13
§ 3 : Les abus.....	p. 14
A - La nature des abus.....	p. 15
1. Abus de structure et abus de comportement.....	p. 16
2. Abus d'exploitation et abus d'éviction.....	p. 18
B - Les manifestations des abus.....	p. 19
1. Les abus fondés sur les prix.....	p. 19
a) Un prix abusivement élevé.....	p. 19
b) Un prix abusivement bas.....	p. 20
c) Les rabais conditionnels.....	p. 22
2. Les abus contractuels.....	p. 24
a) Les clauses d'exclusivité.....	p. 24
b) Les ventes liées et groupées.....	p. 25
c) Les clauses de parité.....	p. 25
3. Les autres abus d'éviction.....	p. 26
Section 2 : L'abus de dépendance économique.....	p. 30
§ 1 : La dépendance économique.....	p. 30
§ 2 : Le comportement abusif.....	p. 31
Section 3 : Les prix abusivement bas.....	p. 33

L'abus de domination recouvre plusieurs hypothèses en droit de la concurrence : d'une part, les abus de position dominante (Section 1) sanctionnés à la fois en droit interne et en droit européen, et d'autre part, les abus de dépendance économique (section 2) et les prix abusivement bas (Section 3), infractions visées exclusivement en droit français, qui ne peuvent être commis que parce que l'un des partenaires dispose d'une puissance économique.

L'objectif reste toujours le bien être du consommateur comme le rappelle l'arrêt ENEL : « *le bien-être des consommateurs, tant intermédiaires que finals, doit être regardé comme constituant l'objectif ultime justifiant l'intervention du droit de la concurrence pour réprimer l'exploitation abusive d'une position dominante sur le marché intérieur ou dans une partie substantielle de celui-ci* » (CJUE, 12 mai 2022, aff. [C-377/20](#), Servizio Elettrico Nazionale SpA, ENEL SpA, Enel Energia SpA c/ Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e.a. : *Contrats, conc. consom.* 2022, comm. n° 121, obs. D. Bosco; *RTD eur.* 2022, p. 766, obs. L. Idot).

Remarque

Le droit des abus de position dominante sera dorénavant complété par le règlement n° 2022/1925 du 14 septembre 2022 relatif aux marchés contestables et équitables dans le secteur numérique et modifiant les directives (UE) n° 2019/1937 et (UE) n° 2020/1828 (règlement sur les marchés numériques - DMA) qui vient entériner un certain nombre de solutions jurisprudentielles rendues sur le fondement du droit de la concurrence en les rendant interdites per se sans analyse du marché ni de la position dominante de l'opérateur

Section 1 : L'abus de position dominante

L'article 102 du TFUE interdit le fait :

« *d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le Marché intérieur ou dans une partie substantielle de celui-ci. Ces pratiques abusives peuvent notamment consister à :*

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

L'article 102 du TFUE prohibe ainsi l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises d'une position dominante. Le texte français, l'article [L. 420-2](#) du Code de commerce, est le pendant du texte européen. On lit en effet que :

« *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. »*

Remarque

Il est important de bien comprendre que ce n'est pas la détention d'une position dominante qui est interdit, mais le fait d'abuser de celle-ci.

Comme l'enseigne l'Autorité de la concurrence, « *caractériser un abus de position dominante nécessite une analyse en trois étapes. Il convient, dans un premier temps, de délimiter le marché pertinent sur lequel l'entreprise ou le groupe d'entreprises en cause opère, dans un deuxième temps de déterminer la position que cette ou ces dernières occupent sur ce marché puis, dans un troisième temps, dans l'hypothèse où la position dominante est caractérisée, d'examiner ces pratiques en vue de déterminer si elles présentent un*

caractère abusif et anticoncurrentiel » (ADLC, déc. n° 09-D-40, 22 déc. 2009 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du traitement des huiles usagées). Il convient par conséquent de suivre ce chemin. Il est ainsi nécessaire au préalable de caractériser la position dominante (§ 2) de l'opérateur en cause. Celle-ci se définit au regard d'un marché que l'on dit pertinent (§ 1). En d'autres termes, la délimitation du marché pertinent permet d'apprécier la part de marché ainsi que le pouvoir de marché d'une entreprise, c'est-à-dire sa capacité à se comporter indépendamment de ses concurrents, notamment en augmentant ses prix de manière profitable au-delà du prix concurrentiel (ADLC, déc. n° 14-D-18, 28 nov. 2014 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la vente événementielle en ligne. conf. CA Paris, Pôle 5, Ch. 5-7, 12 mai 2016, RG n° 2015/00301). Seront enfin examinés les abus reposant sur cette position dominante (§ 3).

Remarque

A noter que l'abus peut être commis sur un marché différent de celui sur lequel s'exerce la position dominante lorsque ces marchés sont connexes (v. par exemple, ADLC, déc. n° 14-D-06, 8 juillet 2014 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Cegedim dans le secteur des bases de données d'informations médicales)

§ 1 : Le marché pertinent

Selon la Communication du 22 février 2024 sur la définition du marché en cause aux fins du droit de la concurrence de l'Union (C/2024/1645, remplaçant celle du 9 décembre 1997), « l'utilisation par la Commission de la définition du marché est étroitement liée aux objectifs poursuivis par les divers instruments du droit de la concurrence de l'Union :

a) dans ses appréciations au titre de l'article 102 du TFUE, la Commission définit généralement le marché en cause lorsqu'elle apprécie l'existence d'une position dominante ;

b) dans ses appréciations au titre du règlement sur les concentrations, la Commission définit régulièrement le marché en cause lorsqu'elle apprécie les effets d'une concentration sur la concurrence ;

c) dans ses appréciations au titre de l'article 101 du TFUE, la Commission utilise la définition du marché, notamment pour déterminer s'il existe une restriction sensible de la concurrence ou pour déterminer si la condition d'exemption de l'application de l'article 101, paragraphe 1, du TFUE, prévue à l'article 101, paragraphe 3, point b), du TFUE, est remplie ».

La définition du marché permet à l'autorité « d'identifier et de délimiter le périmètre à l'intérieur duquel s'exerce la concurrence entre les entreprises. La définition du marché vise principalement à identifier de manière systématique les contraintes concurrentielles effectives et immédiates auxquelles sont confrontées les entreprises concernées lorsqu'elles proposent des produits donnés sur un territoire donné. La définition du marché permet d'identifier les concurrents concernés de l'entreprise ou des entreprises en question lorsqu'elles proposent ces produits ainsi que les clients concernés. Seuls les produits qui exercent des contraintes concurrentielles effectives et immédiates au cours de la période considérée font partie du même marché en cause que ceux de la ou des entreprises concernées, tandis que d'autres contraintes moins effectives, ou simplement potentielles, sont considérées comme faisant partie de l'appréciation concurrentielle » (Communication du 22 février 2024, pt. 6).

Si l'on se concentre sur les abus de position dominante, la première étape de délimitation du marché pertinent est fondamentale. Elle représente même un véritable outil au service des autorités de concurrence qui peuvent orienter leur politique : en effet, plus un marché est étroit, plus la position dominante sera établie facilement.

Le marché pertinent (*relevant market*) se définit comme le lieu de la confrontation entre l'offre et la demande de produits ou services substituables entre eux, mais non substituables à d'autres biens et services. En effet, il repose sur l'existence d'une concurrence entre les produits ou les services litigieux, ce qui signifie bien qu'au sein d'un même marché, ces produits ou services sont considérés comme interchangeable ou, pour reprendre le terme adéquat, substituables.

Ce marché se délimite d'un point de vue matériel, par rapport au produit ou service (I) mais aussi d'un point de vue géographique (II).

Remarque

A noter que cette délimitation peut être révisée au fil du temps, « à mesure que les caractéristiques des produits et des services évoluent et que les possibilités de substitution, notamment du côté de la demande, se modifient. Dès lors, l'Autorité, dans le cadre de son activité de contrôle des pratiques anticoncurrentielles, apprécie le marché dans sa situation contemporaine des pratiques » (ADLC, déc. n° 10-D-07, 2 mars 2010 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Kadéos dans le secteur des titres cadeaux prépayés).

A - Le marché de produit

La délimitation du marché pertinent conduit dans un premier temps à identifier le marché de produits par l'utilisation du critère de la substituabilité.

Ce dernier provient de la théorie économique de l'élasticité croisée de la demande. Celle-ci repose sur l'idée suivante : « l'élasticité (*responsiveness*) de la demande sur le marché est forte ou faible selon que la quantité demandée s'accroît fortement ou faiblement pour une baisse donnée du prix, et diminue beaucoup ou peu pour une hausse donnée du prix » (A. Marshall, cité par L. Bidaud, *La délimitation du marché pertinent en droit français de la concurrence*, op. cit. n° 420, p. 249, note 969). La méthode permet ainsi de mesurer les variations de la demande vers un second bien selon le prix pratiqué sur un premier bien. Si le test est positif, les biens appartiennent au même marché. Les autorités de la concurrence fondent cependant leur appréciation de la substituabilité sur d'autres critères que la théorie de l'élasticité croisée de la demande, tels que la nature du bien ou encore ses modalités d'utilisation.

La substituabilité se conçoit généralement du côté de la demande (1), plus rarement du côté de l'offre (2).

Remarque

Le positionnement de l'entreprise sur le marché est aussi un indice permettant de conclure à l'existence d'un marché pertinent. Par exemple, des documents internes relevant la non substituabilité du produit en cause à d'autres produits viennent renforcer l'idée d'un marché pertinent (v. ADLC, déc. n° 16-D-14, 23 juin 2016 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du zinc laminé et des produits ouvrés en zinc destinés au bâtiment).

1. La substituabilité du côté de la demande

Plusieurs étapes conduisent à apprécier la substituabilité du côté de la demande.

La première consiste à identifier un groupe de demandeurs.

La Communication de 2024 sur la définition du marché en cause commande d'identifier dans un premier temps la demande. Ainsi, *des situations de substitution de la demande suffisamment forte se produisent lorsque les clients remplaceraient aisément les produits de la ou des entreprises concernées par d'autres produits facilement disponibles. La Commission inclut ces produits sur le même marché de produits en cause car ils constituent des contraintes concurrentielles effectives et immédiates.* L'Autorité française affirme également qu'il peut être nécessaire d'identifier un groupe de demandeurs : « les marchés peuvent faire l'objet d'une distinction en fonction de la nature de la demande, soit selon le stade de commercialisation auquel elle se situe (producteurs, grossistes, distributeurs, ou utilisateurs finaux), soit à un même stade de commercialisation. Le comportement des demandeurs, et donc le pouvoir de marché de l'entreprise, peut en effet différer d'un groupe de demandeurs à l'autre » (v. Rapport pour 2012, p. 153). Par exemple, le Conseil a estimé qu'il fallait distinguer l'accès à Internet haut débit pour la clientèle résidentielle de celui tourné vers la clientèle professionnelle, ces deux catégories de clientèles ayant des besoins spécifiques (Cons. conc., déc. n° 07-D-33, 15 oct. 2007,

relative à des pratiques mises en œuvre par la société France Télécom dans le secteur de l'accès à Internet à haut débit : *RLC* n° 14/2008, p. 18, note P. Arhel. V. encore, ADLC, déc. n° [14-MC-02](#) du 9 septembre 2014 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société Direct Energie dans les secteurs du gaz et de l'électricité et ADLC, déc. n° [17-D-16](#) du 7 septembre 2017 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Engie dans le secteur de l'énergie).

C'est ainsi que le marché amont et le marché aval sont parfois distingués.

Exemple

Il faut distinguer le marché amont de la location d'emplacements pour l'exploitation de cabines photos de photographies d'identité à des utilisateurs intermédiaires et celui aval de la photo d'identité à destination directe du consommateur final : Cons. conc., déc. n° [08-D-16](#), 3 juill. 2008, relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société Cybervitrine à l'encontre de pratiques mises en œuvre par la société Photomaton : *RLC* n° 17/2008, p. 29, obs. J. Peyre ; *Contrats, conc., consom.* 2008, comm. n° 209, obs. D. Bosco.

Il convient encore de distinguer le type d'acheteur de lessive : ADLC, déc. [11-D-17](#), 8 déc. 2011 relative à des pratiques relevées dans le secteur des lessives.

Ensuite, au sein du groupe identifié, il convient de vérifier si le demandeur perçoit deux produits ou deux services comme substituables : c'est une approche subjective qui recourt à des critères eux-mêmes objectifs ou subjectifs.

Au titre des critères objectifs, sont pris en compte :

- les caractéristiques propres du produit ;

Exemple

Par exemple, il existe un marché distinct des consoles statiques de celui des consoles portables, du fait que les deux types de consoles ont des capacités techniques différentes et que les premières connaissent un rythme d'innovation plus soutenu que les secondes (Cons. conc., déc. n° 07-D-06, 28 fév. 2007 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des consoles de jeux et des jeux vidéo).

Il convient également d'identifier un marché des palaces parisiens au vu d'un ensemble d'éléments, que seuls les six Palaces réunissent, tels que une adresse prestigieuse, un personnel nombreux dédié au services de la clientèle, un ensemble de services annexes de luxe, un restaurant de prestige, une proportion élevée de suites, dont certaines sont très prestigieuses par leur taille, leur décoration ou leur histoire (Cons. conc., déc. n° 05-D-64, 25 nov. 2005 relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché des palaces parisiens. Confirmée par CA Paris, 26 sept. 2006).

Il existe encore un marché distinct des smartphones ou PDA communicants en raison de leurs caractéristiques physiques, de leur système d'exploitation propre, de la diversité d'usage en résultant, centrés outre la téléphonie, sur l'Internet mobile, l'écoute de musique, le visionnage de vidéo, la navigation par GPS et la gestion PDA (Cons. conc., déc. n° 08-MC-01, 17 déc. 2008, relative à des pratiques mises en œuvre dans la distribution des iPhones : *Contrats, conc., consom.* 20069, comm. n° 52, obs. D. Bosco).

Dernier exemple : il existe un marché de la publicité en ligne et au sein de celui-ci, il faut encore distinguer la publicité liée aux recherches des autres publicités (bandeaux) dans la mesure où elles n'interviennent pas au même stade du processus de prise de décision (ADLC, avis n° 10-A-29, 14 déc. 2010 sur le fonctionnement concurrentiel de la publicité en ligne - Avis n° 18-D-13, 20 juillet 2018 relative à des pratiques mises en œuvre par Google dans le secteur de la publicité en ligne - Avis n° 18-A-03, 6 mars 2018 portant sur l'exploitation des données dans le secteur de la publicité sur internet - ADLC, déc. n° 19-D-26 du 19 déc. 2019 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la publicité liée aux recherches).

En revanche, il n'y a pas de marché distinct de la fraise Gariguette, sa précocité – qui pouvait être retenue en faveur d'une distinction – n'étant « *obtenue que si les productions des autres zones géographiques sont mises sur le marché à leur date de maturité habituelle* » (Cons. conc., déc. n° 03-D-36, 29 juill. 2003, relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché des fraises produites dans le Sud-Ouest).

- le prix : un écart de prix important et durable entre deux biens est le signe d'une non substituabilité de ceux-ci et donc de l'existence de deux marchés distincts (Cons. conc., déc. n° 05-D-65, 30 nov. 2005 relative à des pratiques constatées dans le secteur de la téléphonie mobile : Concurrences n° 1/2006, p. 19, obs. E. Claudel) ;

Exemple

Il faut par exemple, distinguer un marché des portes techniques de celui des portes standard en raison du prix notablement plus bas des secondes (Cons. conc., déc. n° 06-D-09, 11 avr. 2006 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la fabrication des portes : RLDA n° 5/2006, n° 266, obs. V. Sélinisky et S. Cholet)

- ou encore les conditions d'utilisation ;

Exemple

Dans le secteur de la production et de la commercialisation des endives, l'Autorité a estimé que, s'il existe une substituabilité marginale entre les endives et les salades pour une utilisation crue, ainsi qu'entre les endives et d'autres légumes d'hiver pour une utilisation cuite, le mode de production et de commercialisation ainsi que la formation du prix leur confèrent des spécificités propres telles qu'il convient de considérer qu'elles constituent un marché propre (ADLC, déc. n° 12-D-08, 6 mars 2012 relative au secteur de la production et de la commercialisation des endives).

- ou modalités de commercialisation ou de distribution ;

Exemple

Ainsi, la farine de blé tendre à consommation humaine, qui ne saurait être substituée par la farine de blé dur ou de maïs au regard de leurs usages respectifs, peut être considérée comme constituant un marché pertinent, notamment dans la mesure où sa production requiert des capacités de production spécialisées (usines d'ensachage) et où sa commercialisation répond à une demande spécifique, celle exprimée par les enseignes de la distribution (ADLC, déc. n° 12-D-09, 12 mars 2012 relative à des pratiques mises en oeuvre dans le secteur des farines alimentaires).

Il existe encore un marché de la distribution de la presse au numéro distinct du marché de la vente de la presse par abonnement (Cons. conc., n° 87-D-08, 28 avr. 1987, relative à des pratiques mises en oeuvre par la société des Nouvelles messageries de la presse parisienne (NMPP) et sa filiale Société d'agences et de diffusion – Déc. n° 03-D-09, 14 fév. 2003, relative à la saisine de la société Tuxedo relative à des pratiques constatées sur le marché de la diffusion de la presse sur le domaine public aéroportuaire – Déc. n° 06-D-16, 20 juin 2006, relative à des pratiques mises en oeuvre par les Nouvelles Messageries de la Presse Parisienne (NMPP) sur le marché de la distribution de la presse pour la vente au numéro et des marchés d'activités connexes – Déc. n° 07-D-23, 12 juill. 2007, relative à la saisine de la SA Édition presse magazines 2000 relative à des pratiques mises en oeuvre par la société Nouvelles messageries de la presse parisienne NMPP – Déc. n° 09-D-02, 20 janv. 2009, relative à une demande de mesures conservatoires présentée par le Syndicat National des Dépositaires de Presse – Déc. n° 09-D-04, 27 janv. 2009, relative à des saisines de la société les Messageries Lyonnaises de Presse à l'encontre de pratiques mises en oeuvre par le groupe des Nouvelles Messageries de la Presse Parisienne dans le secteur de la distribution de la presse).

- l'environnement juridique. Il peut ainsi être tenu compte de la réglementation spécifique pour délimiter un marché.

Exemple

Pour des labels, AOC... V. Cons. conc., déc. n° 06-D-21, 21 juill. 2006 relative à des pratiques mises en oeuvre dans le secteur des eaux-de-vie de cognac par le Bureau national interprofessionnel du cognac. – déc. n° 04-D-13 : op. cit. – déc. n° 04-D-35, 23 juill. 2004, relative à des pratiques mises en oeuvre sur le marché des vins doux naturels d'appellation d'origine contrôlée Rivesaltes – Déc. n° 07-D-10, 28 mars 2007, relative à une plainte à l'encontre du Comité interprofessionnel du gruyère de Comté.

Les critères subjectifs renvoient à des données qui, contrairement aux précédentes, peuvent varier selon les demandeurs :

- la satisfaction des mêmes besoins ;

Exemple

Néanmoins, le critère est relatif. Ainsi, les chauffe-eau à gaz et électriques répondent aux mêmes besoins mais ont été considérés comme non substituables en raison de leur installation totalement différente (Cons. conc. déc. n° 06-D-03 bis, 9 mars 2006, relative à des pratiques mises en oeuvre dans le secteur des appareils de chauffage, sanitaires, plomberie, climatisation

- les goûts des consommateurs ;

Exemple

Il convient ainsi de distinguer sur le marché des fromages à pâte persillée le roquefort des autres fromages, son goût étant plus fort et plus typé (Cons. conc., déc. n° 04-D-13, 8 avr. 2004, relative à des pratiques mises en oeuvre par la société des Caves et des Producteurs réunis de Roquefort dans le secteur des fromages à pâte persillée).

- la notoriété et à l'image des produits.

Exemple

Le positionnement commercial traduit cette idée. Ainsi, parmi les aliments secs pour chiens et chats, les produits haut de gamme, distincts des produits disponibles en grande surface alimentaire, sont distribués sur les seuls circuits spécialisés au sein desquels les produits de gamme inférieure ne sont pas commercialisés (ADLC, déc. n° 12-D-10, 20 mars 2012 relative à des pratiques mises en oeuvre dans le secteur de l'alimentation pour chiens et chats).

2. La substituabilité du côté de l'offre

L'analyse du marché pertinent peut conduire à apprécier l'existence d'une substituabilité du côté de l'offre ou de possibilités d'entrée sur le marché. Elle vise le cas dans lequel des fournisseurs réorientent leur production vers les produits en cause et les commercialisent à court terme, en réaction à des variations légères, mais permanentes, des prix relatifs, et cela, sans encourir aucun coût ni risque supplémentaire substantiel. En fait, il s'agit d'offres de produits voisins qui pourraient, sans que cela leur coûte, adapter leurs méthodes de production pour se mettre à fabriquer les produits en cause. L'absence de coûts irrécupérables – *Sunk costs* – est essentielle. L'est tout autant l'idée que cette permutation doit pouvoir se faire dans un laps de temps réduit.

Exemple

Prenons un exemple simple : existe-il un marché du linge de maison, ou bien faut-il distinguer un marché du linge de table et un marché du linge de lit ? Du côté de la demande, les produits ne sont pas substituables, mais du côté de la demande, ils peuvent l'être, chacun des producteurs pouvant réorienter sa production vers l'autre domaine, rapidement et sans coûts supplémentaires substantiels. Il existerait donc un marché du linge de maison.

B - Le marché géographique

Les marchés géographiques peuvent être locaux ou mondiaux, en fonction des faits de l'espèce. Comme l'indique la Commission européenne dans sa communication de 2024, son approche pour définir le marché géographique en cause « *consiste à apprécier les conditions de concurrence. Un point de départ courant consiste à identifier les domaines dans lesquels le comportement ou la concentration en cause est susceptible d'avoir des effets, en déterminant le lieu d'implantation de l'entreprise ou des entreprises concernées et de leurs clients. La Commission analyse ensuite si les conditions de concurrence sur un territoire donné sont suffisamment homogènes pour que les effets du comportement ou de la concentration puissent être appréciés et si ce territoire peut être distingué d'autres territoires en raison des conditions de concurrence sensiblement différentes sur ces territoires* ».

De son côté, l'ADLC considère que « *le marché géographique pertinent comprend le territoire sur lequel les entreprises concernées sont engagées dans l'offre et la demande de biens et services en cause et sur lequel les conditions de concurrence sont suffisamment homogènes. Il ne comprend pas les zones géographiques voisines dès lors que les conditions de concurrence y diffèrent de manière appréciable* » (ADLC, Rapport pour 2012, p. 152).

Le critère déterminant est donc l'homogénéité des conditions de concurrence sur le territoire considéré. Plusieurs éléments permettent de conclure à l'homogénéité ou non des conditions de concurrence.

Il existe tout d'abord des facteurs de faits dont le principal est le coût de transport. Comme l'expose l'Autorité française dans son Etude thématique de 2013 sur Les marchés locaux, « *la définition de marchés locaux a fréquemment pour origine l'impossibilité pour le consommateur de se procurer des produits ou des services auprès de fournisseurs géographiquement éloignés du fait des coûts de transport ainsi engendrés* ». Plus le coût de transport est élevé, plus le marché est réduit.

Exemple

Ex : la distribution alimentaire.

Plusieurs marchés géographiques sont identifiés par l'ADLC selon la taille des magasins étudiés (Rapport pour 2013, p. 62) : s'agissant des hypermarchés et des supermarchés, elle apprécie les conditions de la concurrence sur deux zones différentes :

- une première zone où se rencontrent la demande des consommateurs et l'offre des hypermarchés auxquels ils ont accès à moins de 30 mn en voiture,
- une seconde zone où se rencontrent la demande des consommateurs et l'offre des supermarchés et des autres formes de commerce équivalents, situés à moins de 15 mn en voiture, ces dernières formes de commerce pouvant comprendre, outre les supermarchés, les hypermarchés et les magasins discompteurs. En effet, les dépenses des consommateurs en hypermarché sont généralement d'un montant supérieur à celles effectuées en supermarché, justifiant que la zone d'attraction des

hypermarchés auprès des consommateurs souhaitant effectuer leurs achats auprès d'eux soit plus étendue.

S'agissant des commerces d'alimentation générale de proximité, les surfaces concernées, de taille inférieure, correspondent à des montants d'achats plus faibles et les consommateurs peuvent, notamment en centre-ville, souhaiter s'y rendre à pied. L'ADLC a donc défini des zones de chalandise d'étendue plus restreinte. Dans sa décision n° [12-DCC-112](#), elle a ainsi délimité des zones de chalandise de 10 mn à pied (ou 4 mn en voiture) autour des magasins d'une surface inférieure à 400 m² (soit un rayon de 650 m au maximum), le mode de déplacement à pied ayant été considéré plus pertinent que le mode de déplacement en voiture pour calculer la zone de chalandise des magasins concernés situés en centre-ville.

On pourrait encore tenir compte des caractéristiques des produits, comme leur nature périssable ou les risques d'altération. Ainsi, les produits de revêtement routier ou le béton prêt à l'emploi ne peuvent être transportés sur de longues distances sans perdre les propriétés de température ou d'humidité qui les rendent propres à être employés (Cons. conc., déc. n° [97-D-47](#)).

Il existe aussi des facteurs juridiques : c'est le cas des barrières juridiques à l'entrée de nouveaux opérateurs résultant de politiques propres aux Etats (politiques commerciales d'importation, de régulation de professions...).

Exemple

Les taxis : le marché géographique est limité à la ville (et ses environs) pour laquelle l'autorisation de stationnement est délivrée (ADLC, déc. n° [10-D-15](#), 11 mai 2010 relative à des pratiques mises en œuvre par le GIE Groupement des taxis amiénois et de la métropole.

§ 2 : La position dominante

La **position dominante** s'entend comme « *la situation de puissance économique détenue par une entreprise qui lui donne le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et, finalement, des consommateurs* » (CJCE, 14 fév. 1978, aff. C-27/76, United Brands Company : Rec. CJCE 1978, p. 207 – 13 fév. 1979, aff. 85/76, Hoffmann-Laroche : Rec. CJCE 1979, p. 461 – 11 déc. 1980, aff. 31/80, L'Oréal : Rec. CJCE 1980, p. 3775 – 9 nov. 1983, aff. 322/81, Michelin : Rec. CJCE 1983, p. 3461 – Comm. CE., Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes : 2008, point 10).

A travers cette définition, la CJCE met l'accent sur deux phénomènes : l'indépendance de comportement de l'entreprise et son pouvoir découlant de la puissance économique. En fait, les deux sont étroitement liés, l'indépendance de comportement n'étant que le fruit d'un pouvoir économique et la première permettant d'asseoir le second.

A la lecture des textes, on comprend que le pouvoir de marché s'exerce soit individuellement soit de façon collective. Il est le fait d'une (I) ou de plusieurs entreprises (II).

A - La position dominante individuelle

Pour caractériser la position dominante, les autorités européennes et françaises retiennent la technique du faisceau d'indices (V. par exemple, ADLC, déc. n° [16-D-14](#), 23 juin 2016 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du zinc laminé et des produits ouvrés en zinc destinés au bâtiment, pt. 650).

1. La structure du marché

En premier lieu, selon la structure du marché, la position dominante de l'entreprise peut être plus ou moins évidente. Une entreprise en situation de monopole ou de monopsonne est, en principe, en position dominante. Ainsi, sachant que « *sur le marché des services de distribution de billets de train, les offreurs sont les agences de voyages et les demandeurs sont les entreprises ferroviaires transportant des voyageurs* », le Conseil de la concurrence a pu décider que « *la situation de monopsonne de la SNCF lui confère une position dominante comme acheteur sur le marché français des services de distribution de billets de train* » (Cons. conc., déc. n° 09-D-06, 5 fév. 2009, relative à des pratiques mises en œuvre par la SNCF et Expedia Inc. dans le secteur de la vente de voyages en ligne – TPICE, 17 déc. 2003, aff. T-219 /99, British Airways). Mais l'assimilation monopole / position dominante n'est pas absolue. En vertu du critère dit de la « contestabilité », il doit être tenu compte de l'évolution des parts de marché (pt. 13 de la Communication de la Commission européenne de février 2009 sur les orientations sur les priorités retenues pour l'application de l'article 102 aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes). Notamment, un opérateur en monopole ou quasi-monopole sur un marché mais dont les parts de marché baissent par l'arrivée de nouveaux concurrents peut ne pas être considéré en position dominante (Cons. conc., déc. n° 97-D-04, 18 mars 1997, relative à des pratiques de la Société Etablissements J. Beaudré Réunis à Pontivy et dans les communes environnantes). Tel sera le cas lorsqu'il n'y a pas ou peu de barrières à l'entrée du marché.

Exemple

Une illustration peut être tirée du droit des concentrations économiques. Lors de la fusion Facebook/Whatsapp, la Commission européenne a été amenée à apprécier la position de Facebook. Les nouvelles technologies et leur évolution rapide et constante renouvellent l'approche des positions des entreprises. Ainsi la Commission européenne constate-t-elle : « *les applications de communications grand public sont un secteur en évolution rapide, dans lequel les coûts de transfert et les obstacles à l'entrée ou à l'expansion sont faibles. Dans ce marché, il est peu probable que l'entreprise leader, même si elle est soutenue par des effets de réseau, ne puisse être contestée. Le marché des applications de communications grand public a une longue histoire d'entrées par de nouveaux acteurs. Les applications de communications en concurrence sont également en mesure de croître en dépit des effets de réseau, tant sur la durée qu'à la suite de perturbations du marché. La menace présentée par les nouveaux acteurs constitue, et continuera probablement à constituer un facteur significatif de discipline pour l'entité issue de la concentration, indépendamment de la taille de son réseau* » (Comm. UE, COMP/M72.17, 3 octobre 2014, pt. 132).

Dans le cas d'un marché oligopolistique, le leader est loin d'être considéré automatiquement comme dominant. L'examen des parts de marché des concurrents se révèle essentiel pour vérifier, en particulier, si l'un d'entre eux ne forme pas un contrepoids suffisant auquel cas, aucune position dominante individuelle ne sera retenue (ADLC, déc. n° 09-D-40, 22 déc. 2009 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du traitement des huiles usagées).

2. La part de marché

La part de marché est l'indicateur le plus direct de la position d'une entreprise sur un marché sans pour autant être exclusif.

Dans le domaine des ententes, le Règlement n° 330/2010 sur les accords verticaux a fixé le seuil du pouvoir de marché à 30 %. L'exemption s'applique lorsque la part de marché détenue par le fournisseur sur le marché sur lequel il vend ses biens ou services ou par l'acheteur sur le marché sur lequel il achète ses biens ou services, ne dépasse pas 30 %. En deçà de 30 %, l'exemption générale s'applique automatiquement. On présume que la restriction verticale est valide. Au dessus de ce seuil, il y a pouvoir de marché. Pour calculer ces 30 %, on prend pour base la valeur des ventes réalisées pendant l'année civile sur le marché pertinent des biens ou services considérés comme substituables par le consommateur.

En ce qui concerne les abus de domination, il est évident que plus sa part de marché est élevée, plus l'entreprise est dominante. Le juge européen retient cette présomption en affirmant que « *des parts extrêmement importantes constituent par elles-mêmes, et sauf circonstances exceptionnelles, la preuve de l'existence d'une position dominante* » (CJCE, 13 fév. 1979, aff. 95/76 : op. cit. – TPICE, 28 avr. 1999, T221/95, Endemol/Commission. – 30 janv. 2007, aff. T-340/03, France Telecom SA c/ Commission). Ainsi en va-t-il de la détention

d'un monopole de droit ou de fait ou d'une situation de quasi-monopole. En dehors de ces cas, l'appréciation de l'importance des parts de marché varie selon les Etats.

En droit français et en droit européen, aucun texte ne fixe de présomption quant à la détention d'une position dominante. D'autres Etats se sont laissés tenter par l'énoncé d'une présomption.

Exemple

Ainsi, en Allemagne, un seuil de 33 % de parts de marché laisse supposer une position dominante (§ 19-3 de la loi sur les restrictions de concurrence : « *Une entreprise est supposée occuper une position dominante sur le marché dès lors qu'elle détient au moins le tiers du marché* »), conception partagée par exemple par le droit bulgare, puisque la loi du 29 avril 1998 présume la position dominante à partir de 35 % de parts de marché. L'influence sur le droit européen se manifeste clairement dans les orientations de la Commission européenne de février 2009, qui établit trois présomptions (point 14) : elle « *considère que des parts de marché modestes sont généralement un bon indicateur de l'absence d'un fort pouvoir de marché. Elle sait d'expérience que si la part de marché de l'entreprise représente moins de 40 % du marché en cause, il est peu probable qu'elle s'y trouve en position dominante. Il peut toutefois y avoir des cas au-dessous de ce seuil dans lesquels les concurrents ne sont pas en mesure de brider efficacement le comportement d'une entreprise en position dominante, notamment lorsqu'ils sont confrontés à de fortes limitations de capacité. Ces cas semblent aussi mériter de retenir l'attention de la Commission* ».

L'étude de la jurisprudence montre que les autorités reconnaissent, sauf circonstances exceptionnelles, l'existence d'une position dominante si l'entreprise franchit le seuil de 50 % de parts de marché : « *la possession, dans la durée, d'une part de marché extrêmement importante constitue, sauf circonstances exceptionnelles, la preuve de l'existence d'une position dominante, et que tel est le cas d'une part de marché de plus de 50 %* » (ADLC, déc. n° 13-D-11, 14 mai 2013 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur pharmaceutique). Les circonstances exceptionnelles correspondent à la situation des concurrents, à l'existence de barrières à l'entrée du marché...

3. Les barrières à l'entrée

Les barrières à l'entrée ou la concurrence potentielle sont un élément d'appréciation important.

La concurrence potentielle consiste en des pressions exercées sur les entreprises en place par les possibilités d'entrée sur un marché donné d'entreprises nouvelles ou existantes. Si des entreprises en place réalisent des bénéfices supérieurs à la moyenne en raison du peu de concurrents, de nouveaux opérateurs peuvent être tentés de pénétrer ce marché. Cela augmentera la quantité totale fournie et fera baisser les prix. Les bénéfices des premiers opérateurs reviendront alors dans la normale. S'opère ainsi ce que l'on appelle un **effet de discipline** par l'entrée de nouveaux concurrents. Toutefois, cette menace est faible lorsque les barrières à l'entrée sont, elles, élevées.

Il n'y a pas de définition juridique de la notion de barrières à l'entrée. Le Conseil de la concurrence, dans son rapport pour 2006, consacrait une étude thématique à celles-ci sans les définir, se contentant d'en relever « *le rôle central* » et d'en dresser une typologie. Pour la doctrine, une barrière à l'entrée est « *la résultante des asymétries de coûts et d'information entre les entreprises déjà installées dans l'industrie et celles qui cherchent à y pénétrer, en raison de la différence de temps qui s'est écoulée au bénéfice des entreprises déjà présentes* » (B. Brun et A. Toulemont-Dakoure, Les barrières à l'entrée en droit de la concurrence : Contrats, conc., consom. 2003, chron. n° 11). La définition n'emporte pas une adhésion sans réserve : en effet, le facteur temps, qui apparaît comme expliquant ces barrières, n'est pas un élément automatique. La difficulté tient assurément au nombre important d'hypothèses très variées pouvant constituer des barrières à l'entrée, ce qui rend ardue la perception d'un dénominateur commun, sauf à les définir de façon tautologique (une barrière à l'entrée est celle qui entrave ou retarde l'accès au marché de concurrent...). Toute tentative de définition est nécessairement très générale, comme celle proposée par l'OCDE : « *une barrière à l'entrée est tout élément structurel ou stratégique qui, seul ou en combinaison avec d'autres, affaiblit ou tend à affaiblir de manière persistante la contestabilité d'un marché ou d'un secteur donné* » (OCDE, Les barrières à l'entrée (6 mars 2006, DAF/COMP(2005)42) contribution de la France). Il existe donc deux types de barrières : les barrières naturelles et celles d'ordre comportemental ou stratégique.

a) Les barrières à l'entrée naturelles ou structurelles

Celles-ci sont indépendantes du comportement des entreprises. L'économiste américain Joe S. Bain (Barriers to New Competition), a dégagé trois éléments d'identification :

- Les avantages absolus de coûts : lorsque les coûts prévisionnels des entrants potentiels sont supérieurs à ceux des entreprises en place. Ils peuvent provenir par exemple du dépôt d'un brevet ou la détention d'un réseau de distribution.
- Les économies d'échelle : le coût du produit est fonction de la quantité produite : plus on produit, moins le produit coûte cher. Dès lors, les acteurs économiques qui entreraient sur le marché avec une taille sous-optimale auraient des coûts supérieurs à ceux supportés par les entreprises installées disposant d'une taille optimale. S'ils veulent s'aligner sur les prix pratiqués par les entreprises en place, ils sont quasiment obligés de vendre à perte.
- La différenciation des produits sur un marché. Ce critère renvoie au fait que le consommateur considère les produits comme imparfaitement substituables. La fidélité du consommateur au produit ou à la marque est gênante pour le nouvel opérateur. Aussi devra-t-il engager de lourdes sommes dans la publicité pour détourner le consommateur de l'ancienne marque ; or ces sommes ne sont pas récupérables. Bien sûr, encore faut-il qu'il s'agisse de marque « *incontournable* ».

D'autres types de barrières à l'entrée sont relevés par les Autorités :

Exemple

- les obstacles réglementaires, tels que la réglementation des implantations de grandes surfaces (ADLC, Avis n° [10-A-26](#), 7 déc. 2010 relatif aux contrats d'affiliation de magasins indépendants et les modalités d'acquisition de foncier commercial dans le secteur de la distribution alimentaire. – avis, n° [15-A-02](#), 9 janv. 2015 relatif aux questions de concurrence concernant certaines professions juridiques réglementées),
- les autorisations ou agréments (v. par exemple, l'agrément des sociétés de dépannage sur autoroute par les sociétés concessionnaires d'autoroute après avis d'une commission interdépartementale présidée par le préfet : Cons. conc. déc. n° [09-D-08](#), 16 fév. 2009, relative à des pratiques mises en œuvre par les sociétés d'autoroute dans le secteur du dépannage-remorquage sur autoroutes, ou encore les autorisations administratives en matière de télécommunications : ADLC, déc. n° [10-D-09](#), 9 mars 2010 relative aux demandes de mesures conservatoires présentées par la société Itas Tim concernant des pratiques mises en œuvre par la société TDF dans le secteur des services de diffusion par voie hertzienne en mode numérique (installation de pylônes),
- les codes de déontologie ou recueils de bonnes pratiques,
- les appellations d'origine (v. Pour l'AOC de roquefort, Cass. com., 6 déc. 2005 : *D.* 2006, p. 64 et Pan. 512, note D. Ferrier ; *RTD com.* 2006, p. 577, obs. E. Claudel ; *JCP E* 2006, 1608, note S. Reifgeiste ; Contrats, conc., consom. 2006, comm. 47, obs. M. Malaurie-Vignal ; *Petites affiches* 7 juin 2006, n° 113, p. 6, obs. P. Arhel),
- ou encore la fixation des prix par les pouvoirs publics (Cons. conc., Avis n° [05-A-01](#), 7 janv. 2005, relatif à l'acquisition de la société Laboratoires Dolisos par la société Boiron).

b) Les barrières à l'entrée comportementales ou stratégiques

Celles-ci visent à créer ou à renforcer la position des entreprises en place sur le marché donné. Elles consistent en des pratiques tarifaires (prix excessifs, ciseau tarifaire) ou encore en des stratégies tournées vers la fidélisation de la clientèle (remises, augmentation des coûts de changement d'opérateurs, exclusivité). Elles ne sont pas forcément anticoncurrentielles si elles ne visent pas à évincer les concurrents du marché ou bloquer l'entrée de nouveaux opérateurs.

Exemple

L'accès aux données. L'Autorité de la concurrence et Bundeskartellamt ont publié une étude conjointe sur le Droit de la concurrence et données, le 10 mai 2016. Les autorités relèvent (p. 4) que « *lorsque l'accès*

à un large volume ou à une importante variété de données est un facteur de compétitivité sur le marché (...), leur collecte peut constituer une barrière à l'entrée si de nouveaux entrants ne sont pas en mesure de collecter ou d'acheter le même type de données, en termes de volume et/ou de variété, que les entreprises déjà en place ». Peut se produire par ailleurs cet effet boule de neige observé dans l'Etude : la détention de données permet d'offrir de meilleurs services susceptibles d'attirer à leur tour davantage de clients et de collecter toujours plus de données. La question se pose alors de savoir si les entreprises en place doivent permettre l'accès à ces données à d'autres opérateurs.

4. Les autres indices

Les autorités prennent également en compte le chiffre d'affaires de l'entreprise, l'importance de ses moyens commerciaux (réseau de distribution efficace), financiers (appartenance à un groupe).

Exemple

Par exemple, ADLC, déc. n° [14-D-06](#), 8 juillet 2014 relative à des pratiques mises en oeuvre par la société Cegedim dans le secteur des bases de données d'informations médicales, pt. 102) ou techniques.

La qualité de « partenaire obligé » de l'entreprise joue encore. Il s'agira de regarder si, par exemple, l'entreprise détient une marque dont la notoriété est particulièrement forte.

Exemple

Par exemple, ADLC, déc. n° [16-D-14](#), 23 juin 2016 relative à des pratiques mises en oeuvre dans le secteur du zinc laminé et des produits ouvrés en zinc destinés au bâtiment, pt. 675.

B - La position dominante collective

L'article 102 du TFUE appréhende les abus de domination commis par une ou *plusieurs entreprises* tandis que l'article [L. 420-2](#) du Code de commerce vise les abus commis par *un groupe d'entreprises*. La notion de position dominante collective demeure assez difficile à cerner car il n'est pas toujours aisé de distinguer l'entente de la domination collective. La définition repose sur l'idée principale que l'entité collective se présente en fait comme une entité unique.

« L'expression « *plusieurs entreprises* » figurant à l'article 86 du traité implique qu'une position dominante peut être détenue par deux ou plusieurs entités économiques, juridiquement indépendantes l'une de l'autre, à condition que, du point de vue économique, elles se présentent ou agissent ensemble sur un marché spécifique, comme une entité collective » (CJCE, 16 mars 2000, aff. jointes C-395/96 P et C-396/96, Compagnie maritime belge transports SA et Compagnie maritime belge SA c/ Dafra-Lines A/S – TPICE, 26 avr. 2005, aff. [T-193/02](#), Piau ; Europe 2005, comm. n° 93, obs. L. Idot ; RLC n° 2/2005, p. 28, obs. V. Sélinisky ; Lamy Droit économique 2005, Bull. E., p. 1, comm. A. Marchand et A. Durand ; Lamy Droit des affaires mars 2005, p. 18, comm. A. Durand. V. en droit français, Cons. conc., déc. n° [00-D-83](#), 13 fév. 2001, Pratiques mises en œuvre par la Fédération internationale de football association (FIFA) et le Comité français d'organisation France 98 (CFO) à l'occasion de la Coupe du monde de football 1998).

Pour la Commission européenne, la position dominante collective suppose que deux entreprises adoptent ensemble, envers leurs clients et leurs concurrents, une attitude très semblable à celle d'une entreprise unique en position dominante, ce qui implique qu'elles ne soient pas dans une situation de concurrence effective. Cette absence de concurrence peut résulter de liens structurels mais également de l'interdépendance courante dans les situations oligopolistiques. Chaque membre s'adapte (*adaptation intelligente*) aux comportements de ses concurrents au sein de l'oligopole, ce qui fait qu'on arrive à une « *position commune* » de fait.

En droit européen, l'affaire *Verre plat* a donné l'occasion au TPICE de définir la position dominante collective comme le fait pour deux ou plusieurs entités économiques indépendantes sur un marché spécifique, d'être unies par des liens économiques leur conférant une position dominante par rapport aux autres opérateurs sur le même marché (TPICE, 10 mars 1992, aff. [T-68/89](#), Société Italiana Vetro Spa et autres – CJCE, 16 mars 2000, aff. jointes C-395/96 P et C-396/96, Compagnie maritime belge transports SA et Compagnie maritime belge SA c/ Dafra-Lines A/S). Ces liens structurels peuvent être de nature capitalistique ou bien contractuelle.

Exemple

Le recours à un prestataire commun peut caractériser l'existence de liens structurels (pour le recours des deux régies nationales de publicité au même sous-régisseur, V. Cons. conc., déc. n° [06-D-18](#), 28 juin 2006 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la publicité cinématographique. V. encore, pour le recours par les deux cimentiers corses aux mêmes prestataires pour l'exploitation d'infrastructures, le transport, Cons. conc., déc. n° [07-D-08](#), 12 mars 2007, Pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'approvisionnement et de la distribution du ciment en Corse : *RLC* n° 12/2007, p. 26, obs. V. Sélinisky et S. Cholet et p. 88, obs. E. Barbier de la Serre).

De ces liens doit se traduire une volonté d'adopter une ligne d'action identique sur le marché.

Exemple

CJCE, 16 mars 2000, aff. jointes. [C-395/96 P](#) et [C-396/96](#), Compagnie maritime belge transports SA et Compagnie maritime belge SA c/ Dafra-Lines A/S). En droit français, par exemple, la FIFA et le CFO ont été reconnus en position dominante collective en raison d'une part de l'existence de liens financiers entre les deux, et de l'adoption d'une stratégie commune lors de l'organisation de la coupe du monde de football en 1998 (CA Paris, 30 oct. 2001 : *Contrats, conc, consom.* 2001, comm. n° 173, obs. M. Malaurie-Vignal).

Cependant, l'existence de liens structurels ne suffit pas toujours pour caractériser la position dominante collective.

Exemple

Depuis 2002 et l'arrêt *Airtours* (TPICE, 6 juin 2002, aff. T-342/99 – CJCE, 10 juill. 2008, aff. [C-413/06 P](#), Bertelsmann et Sony coporation of America), les juridictions européennes suivies par l'autorité française (Cons. Conc., déc. n° [06-D-02](#), 20 fév. 2006, relative à des pratiques relevées dans le secteur des travaux routiers liées à la fabrication d'enrobés bitumineux dans le département des Ardennes – Déc. n° [06-D-18](#) : op. cit. – Déc. n° [07-D-08](#) : op. cit. – Déc. n° [12-D-13](#), 15 mai 2012 relative à une saisine de la société Desriac et du syndicat national du contrôle technique automobile concernant des pratiques mises en œuvre sur le marché du contrôle technique des véhicules lourds), entendent une autre approche de la position dominante collective fondée sur l'interdépendance des entreprises dans les situations oligopolistiques. La dominance collective serait liée à l'idée de collusion tacite et de parallélisme de comportement.

Ainsi, en l'absence de tels liens, la seule structure du marché peut permettre de mettre en évidence une position dominante collective, si les critères cumulatifs dégagés dans la jurisprudence *Airtours* sont réunis, à savoir

- la structure oligopolistique et la transparence du marché concerné,
- la possibilité d'exercer des représailles sur les entreprises déviant de la ligne d'action commune,
- et enfin la non contestabilité du marché? ou l'absence de compétition potentielle. Cette condition est remplie lorsqu'il n'existe pas d'autres concurrents que les deux qui se partagent le marché et que la demande est stable ou captive (Cons. conc., déc. n° [06-D-18](#), op. cit.).

L'abus qui résulte de cette position dominante collective n'a pas à être le fait de l'ensemble des détenteurs : l'abus peut être commun ou individuel.

§ 3 : Les abus

Si la détention d'une position dominante n'est pas condamnable en soi, elle crée à la charge de l'entreprise une « *responsabilité particulière* » (Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes, pt. 9 – CJCE, 9 nov. 1983, aff. 322/81, Michelin c/ Commission : *Rec. CJCE* 1983, p. 3461 – TPICE, 6 oct. 1994, aff. T-83/91 Tetra Pak c/ Commission – TPICE, 17 juill. 1998, aff. T-111/96, ITT Promedia c/ Commission – TPICE, 7 oct. 1999, aff. T-228/97, Irish Sugar c/ Commission – TPICE, 30 sept. 2003, aff. T-203/01, Michelin c/ Commission – Trib. UE, 9 sept. 2010, aff. T-155/06, Tomra Systems ASA – Cons. conc., déc. n° [03-D-09](#), 14 fév. 2003, relative à la saisine de la société Tuxedo relative à des pratiques constatées sur le marché de la diffusion de la presse sur le domaine public aéroportuaire - ADLC, déc. n° [14-D-06](#), 8 juillet 2014 relative à des pratiques mises en oeuvre par la société Cegedim dans le secteur des bases de données d'informations médicales, pt. 148) largement invoquée dans le secteur numérique face aux GAFAM (par exemple, ADLC, déc. n° [19-D-26](#), 19 déc. 2019 relative à des pratiques mises en oeuvre dans le secteur de la publicité en ligne liées aux recherches - déc. n° [21-D-07](#), 17 mars 2021 relative à une demande de mesures conservatoires présentée

par les associations Interactive Advertising Bureau France, Mobile Marketing Association France, union Des Entreprises de Conseil et Achat Media, et Syndicat des Régies Internet dans le secteur de la publicité sur applications mobiles IOS, pt. 138).

Exemple

Comme le rappelle la Cour de justice dans l'affaire Intel, « *il convient de rappeler que l'article 102 TFUE n'a aucunement pour but d'empêcher une entreprise de conquérir, par ses propres mérites, la position dominante sur un marché. Cette disposition ne vise pas non plus à assurer que des concurrents moins efficaces que l'entreprise occupant une position dominante restent sur le marché (voir, notamment, arrêt du 27 mars 2012, Post Danmark, C-209/10, EU:C:2012:172, point 21 et jurisprudence citée). Ainsi, tout effet d'éviction ne porte pas nécessairement atteinte au jeu de la concurrence. Par définition, la concurrence par les mérites peut conduire à la disparition du marché ou à la marginalisation des concurrents moins efficaces et donc moins intéressants pour les consommateurs du point de vue notamment des prix, du choix, de la qualité ou de l'innovation (voir, notamment, arrêt du 27 mars 2012, Post Danmark, C-209/10, EU:C:2012:172, point 22 et jurisprudence citée). Cependant, il incombe à l'entreprise qui détient une position dominante une responsabilité particulière de ne pas porter atteinte, par son comportement, à une concurrence effective et non faussée dans le marché intérieur (voir, notamment, arrêts du 9 novembre 1983, Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Commission, 322/81, EU:C:1983:313, point 57, ainsi que du 27 mars 2012, Post Danmark, C-209/10, EU:C:2012:172, point 23 et jurisprudence citée). C'est pourquoi l'article 102 TFUE interdit, notamment, à une entreprise occupant une position dominante de mettre en œuvre des pratiques produisant des effets d'éviction pour ses concurrents considérés comme étant aussi efficaces qu'elle-même, renforçant sa position dominante en recourant à des moyens autres que ceux qui relèvent d'une concurrence par les mérites. Dans cette perspective, toute concurrence par les prix ne peut donc être considérée comme légitime.* » (CJUE, 6 septembre 2017, aff. [C-413/14 P](#), Intel).

Cela signifie que le comportement de l'entreprise dominante peut être abusif alors que, non dominante, elle ne serait pas inquiétée.

De part cette responsabilité particulière, les moyens dont dispose l'entreprise dominante sont limités. Seul l'exercice d'une concurrence par les mérites, qui renvoie à l'idée de concurrence normale, est légitime. Elle peut ainsi « *améliorer la qualité de ses produits ou de ses services ; offrir de nouveaux produits ou services ou, en d'autres termes, innover ; intensifier ses efforts de promotion ; développer des services accompagnant la vente ou des services après-vente* » (Bo Vesterdof, « Considérations sur la notion de "concurrence par les mérites" » : in *La modernisation du droit de la concurrence*, LGDJ, 2006, p. 163).

Exemple

Ne répond pas à une concurrence par les mérites le fait de mettre sur le marché un produit concurrent à celui d'un nouvel entrant dans le seul but de réduire la ressource sur laquelle se dernier pouvait compter pour se développer et l'obligeant ainsi à sortir du marché (Cass. com., 1^{er} mars 2017, n° [15-19068](#) : *Contrats, conc., consom.* 2017, comm. n° 106, obs. G. Decocq).

Cependant, même l'exercice d'une concurrence par les mérites peut être qualifié d'abusif parce que préjudiciable *in fine* aux consommateurs. D'autres critères ou tests ont été utilisés pour dresser la frontière entre comportement licite et illicite. Mais aucun n'a une envergure générale ; ils n'ont vocation à jouer que face à un type de comportement donné. C'est le cas par exemple du test du sacrifice utilisé pour appréhender les prix prédateurs. Selon ce critère, une pratique doit être considérée comme illicite lorsqu'elle implique un sacrifice qui serait irrationnel si elle ne tendait pas à éliminer ou à restreindre la concurrence. On peut encore citer le test « *du concurrent aussi efficace* » par lequel l'Autorité vérifie si un concurrent aussi efficace est en mesure de pénétrer le marché.

Pour bien cerner la notion d'exploitation abusive, il convient de l'envisager sous deux angles : sa nature (Section 1), et ses manifestations dont les articles 102 et [L. 420-2](#) donnent une liste indicative (Section 2).

A - La nature des abus

L'abus de comportement, correspondant aux abus d'exploitation, vise le cas où le détenteur d'une position dominante tire parti de sa situation pour obtenir des avantages de ses clients ou fournisseurs qu'il n'obtiendrait pas en situation de concurrence effective. Cela correspond aux exemples cités à l'article 102. Ils doivent être distingués des abus de structure (1) et des abus d'éviction (2).

1. Abus de structure et abus de comportement

L'abus de structure renvoie à toute pratique d'une entreprise dominante qui porte atteinte à la concurrence, à la structure de la concurrence.

Cette conception se retrouve dans l'arrêt *Continental Can* du 21 février 1973 dans lequel la CJCE avait jugé que la création ou le renforcement d'une position dominante était en elle-même un abus (prise de participation majoritaire dans une entreprise). Des pratiques étaient ainsi interdites *per se*, au seul motif qu'elles faussaient la concurrence. La question de la normalité des moyens utilisés ne se posait pas. Cette jurisprudence s'expliquait toutefois par le fait que le droit communautaire ne s'était pas encore doté de règles en matière de concentrations économiques et que seuls les articles 85 et 86 du Traité CEE (à l'époque, aujourd'hui 101 et 102 TFUE) permettaient de contrôler ces opérations.

Dès la fin des années 70, la CJCE a réintroduit une analyse comportementale dans la caractérisation de l'abus. Dans son arrêt *Hoffmann-La Roche* du 13 février 1979, elle considère ainsi qu'il y a abus, si le comportement de l'entreprise dominante a pour effet de faire obstacle au maintien ou au développement de la concurrence par « *le recours à des moyens différents de ceux qui gouvernent une compétition normale de produits ou services* », c'est-à-dire des actes non nécessaires à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise. Les autorités communautaires sont donc amenées à se prononcer sur la légitimité des objectifs et sur l'adéquation du moyen employé au but poursuivi.

Exemple

La jurisprudence Continental Can de 1973 que l'on croyait abandonnée, a cependant été reprise dans l'affaire Towercast (CJUE, 16 mars 2023, aff. [C-449/21](#), Towercast).

L'entreprise Towercast a saisi l'Autorité de la concurrence pour abus de position de dominante de la part de sa concurrente, la société TDF. De façon inédite (depuis 50 ans), Towercast avançait que l'abus résidait dans l'acquisition (prise de contrôle) en 2016 de la société Itas S.A.S. par TDF, acquisition qui entravait la concurrence sur les marchés de gros amont et aval de la diffusion des services de télévision numérique terrestre (TNT – Digital Video Broadcasting) en renforçant significativement la position dominante de la société TDF sur ces marchés. Il faut préciser que TDF avait longtemps été l'opérateur historique du secteur puisque le législateur lui avait confié le monopole de la diffusion et de la transmission des programmes de l'audiovisuel en 1986 et ceci jusqu'en 2004, date à laquelle le secteur s'était ouvert à la concurrence et avait été suivi par l'introduction de la TNT dans le paysage. L'acquisition d'Itas par TDF étant en deçà des seuils prévus à l'article 1^{er} du règlement CE sur les concentrations et à l'article [L. 430#2](#) du Code de commerce, elle n'avait pas fait l'objet d'un contrôle ex ante par la Commission ou par l'Autorité française de la concurrence. Aucun renvoi à la Commission au titre de l'article 22 du règlement CE sur les concentrations n'avait non plus été opéré.

L'Autorité de la concurrence s'était éloignée du rapport d'instruction en soulignant que le règlement 139/2004 précise dans son article 21, paragraphe 1, que les règlements d'application des articles 101 et 102 du TFUE ne sont pas applicables aux concentrations, telles que définies à son article 3.3., si bien que qu'il convient d'écarter l'application de l'article 102 du TFUE à une opération de concentration telle que celle qui était contestée. Par ailleurs, les procédures applicables aux concentrations d'une part, et à la répression des pratiques anticoncurrentielles d'autre part, étant incompatibles et inconciliables entre elles, elle ne pouvait sur le fondement de l'article L. 420-2 du code de commerce, considérer qu'une concentration, même si celle-ci n'atteint pas les seuils nationaux fixés à l'article L. 430-2 du Code de commerce imposant une notification obligatoire, constitue, en elle-même, un abus de position dominante. Saisie en appel par Towercast, la Cour d'appel de Paris posa une question préjudicielle à la Cour de justice sur justement l'articulation du règlement sur les concentrations et l'article 102 TFUE :

« l'article 21, paragraphe 1, du règlement n° 139/2004 doit (il) être interprété en ce sens qu'il s'oppose à ce qu'une opération de concentration d'entreprises, dépourvue de dimension communautaire, au sens de l'article 1er de ce règlement, située en dessous des seuils de contrôle ex ante obligatoire prévus par le droit national et n'ayant pas donné lieu à un renvoi à la Commission en application de l'article 22 dudit règlement, soit analysée par une autorité nationale de concurrence comme constitutive d'un abus de position dominante prohibé à l'article 102 TFUE au regard de la structure de la concurrence sur un marché de dimension nationale ».

Suivant les conclusions de l'Avocate générale Kokott, la Cour de justice répond par la négative : le droit européen des abus de position dominante peut s'appliquer à une opération de concentration passant sous les seuils prévus par le règlement concentration et ne faisant pas non plus l'objet d'un renvoi article 22.

Comme l'exige la jurisprudence constante, la Cour commence par analyser la lettre et le contexte de l'article 21 § 1. Si le texte précise bien que le règlement est seul applicable aux concentrations définies par l'article 3 du Règlement, rien n'est dit s'agissant de l'application du droit primaire, en particulier de l'article 102 TFUE. Sur la genèse du texte, la Cour s'appuie sur le considérant 7 du règlement de 2004 selon lequel les autres règlements mettant en œuvre le droit de la concurrence cessent, en principe, d'être applicables à l'ensemble des opérations de concentration (pt. 35). Quant aux objectifs du règlement, fondé rappelle la Cour sur la double base juridique des articles 103 et 352 du TFUE, il doit être entendu comme faisant « *partie d'un ensemble législatif visant à mettre en œuvre les articles 101 et 102 TFUE ainsi qu'à établir un système de contrôle garantissant que la concurrence n'est pas faussée dans le marché intérieur de l'Union* » (pt. 39).

Dès lors,

« Si le fonctionnement et l'économie de la protection offerte par le droit de l'Union contre les distorsions de concurrence éventuellement induites par les opérations de concentration vont, pour des raisons de sécurité juridique, dans le sens d'une application prioritaire du mécanisme de contrôle préalable des concentrations telles que définies à l'article 3 du règlement no 139/2004, cela ne saurait pour autant exclure la possibilité pour une autorité de la concurrence d'appréhender, dans certaines circonstances, une opération de concentration sous l'angle de l'article 102 TFUE » (pt. 40).

Surtout, l'article 102 est d'effet direct et son application n'est pas subordonnée à l'adoption préalable d'un règlement procédural. L'inapplicabilité du règlement 1/2003 aux opérations de concentrations n'exclut pas l'application de l'article 102 par les autorités nationales de concurrence à de telles opérations de dimension non européenne, selon alors leurs propres règles procédurales.

Si la Cour admet que la concentration en deçà des seuils peut être appréhendée ex post par le droit des abus de position dominante, reste à envisager les conditions de l'abus. L'autorité saisie est ainsi invitée à vérifier que *« l'acquéreur qui est en position dominante sur un marché donné et qui a pris le contrôle d'une autre entreprise sur ce marché a, par ce comportement, entravé substantiellement la concurrence sur ledit marché. À cet égard, le seul constat du renforcement de la position d'une entreprise ne suffit pas pour retenir la qualification d'un abus, puisqu'il faut établir que le degré de domination ainsi atteint entraverait substantiellement la concurrence, c'est-à-dire ne laisserait subsister que des entreprises dépendantes, dans leur comportement, de l'entreprise dominante »* (pt. 52).

Découlant de cette première analyse, la Cour devait se prononcer sur les effets dans le temps de sa décision. En effet, TDF avançait que reconnaître l'applicabilité de l'article 102 engendrerait des conséquences graves en termes de sécurité juridique. L'argument est écarté par la Cour au motif, en substance, que les parties pouvaient s'y attendre. En effet, son interprétation *« s'inscrit dans le prolongement de la jurisprudence bien établie de la Cour et de celle du Tribunal relative à l'effet direct de l'article 102 TFUE et aux conséquences qui s'y attachent. TDF et Tivana ne sauraient utilement faire valoir qu'elles pouvaient s'attendre à ce que l'opération de concentration en cause dans l'affaire au principal ne serait pas examinée sous l'angle de l'article 102 TFUE en raison d'une incertitude objective et importante quant à la portée juridique de cet article du traité FUE »* (pt. 58). Cela laisse quelque peu perplexe : si les parties sont en droit de ne pas s'attendre à un revirement de jurisprudence au titre de la sécurité juridique, elles doivent intégrer la possible application d'une jurisprudence vieille de 50 ans que l'on croyait enterrée...

L'Autorité de la concurrence a appliqué la jurisprudence Towercast dans sa décision n° [24-D-05](#) du 2 mai 2024 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'équarrissage, portant de surcroît sur l'application du droit des ententes à une opération de concentration.

Remarque

Pouvoir d'injonction structurelle de l'Autorité de la concurrence.

Le pouvoir d'injonction structurelle, appelé de ses vœux par l'Autorité de la concurrence dans son avis n° [12-A-01](#) (11 janvier 2012 relatif à la situation concurrentielle dans le secteur de la distribution alimentaire à Paris), était consacré dans le projet de loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques de 2014. Ainsi, en cas d'existence d'une position dominante et de détention par une entreprise ou un groupe d'entreprises exploitant un ou plusieurs magasins de commerce de détail d'une part de marché supérieure à 50 %, l'ADLC pouvait demander aux entreprises concernées de remédier à cette concentration excessive si elle portait atteinte à la concurrence effective dans la zone considérée et si elle conduisait à des marges ou des prix élevés par rapport aux moyennes habituellement constatées dans le secteur considéré (proposition d'art. L. 752-26 I du Code de commerce). L'analyse ne tenait pas compte du comportement des opérateurs mais de la simple structure du marché. Le Conseil constitutionnel a cependant jugé que cette disposition portait une atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre et au droit de propriété (déc. n° [2015-715](#) DC, 5 août 2015) et a donc été supprimée de la loi Macron du 7 août 2015.

2. Abus d'exploitation et abus d'éviction

De façon très schématique, on peut retenir que les abus d'exploitation sont tournés vers les partenaires contractuels de l'entreprise dominante, tandis que les abus d'éviction tendent à écarter tout opérateur rival. Les exemples de l'article 102 du TFUE recouvrent essentiellement des abus d'exploitation. La Communication de la Commission européenne relative aux Orientations sur les priorités retenues pour l'application de l'article 82, est elle consacrée aux abus d'éviction.

La distinction éviction/exploitation ne doit toutefois *« pas être entendue de façon manichéenne »* (G. Mallen, *L'appréhension des pratiques restrictives par les autorités françaises et européennes de la concurrence. Analyse des pratiques contractuelles abusives entre professionnels à l'épreuve du droit des pratiques anticoncurrentielles*, préf. L. Arcelin, L'Harmattan, 2014, n° 234, p. 250). Comme l'explique M. Mallen, *« si la pratique restrictive peut effectivement être exclusivement d'exploitation, elle peut également influencer plus largement sur le marché en portant atteinte aux rivaux »*. Les pratiques peuvent constituer *« des abus d'éviction indirects (préjudice au détriment du contractant et des concurrents) et des abus d'éviction directs (préjudice au détriment du concurrent « contractant »)* » (G. Mallen, op. cit.).

Dans son arrêt de principe Superleague (CJUE, 21 décembre 2023, aff. [C-333/21](#), European Superleague Company SL c/ FIFA, UEFA), la Cour de justice a énoncé que les abus de position dominante, comme les ententes, pouvaient avoir pour objet de restreindre la concurrence :

« peuvent également être qualifiés d'« exploitation abusive d'une position dominante » des comportements dont il est démontré qu'ils ont soit pour effet actuel ou potentiel, soit même pour objet, d'empêcher à un stade préalable, par la mise en place de barrières à l'entrée ou par le recours à d'autres mesures de verrouillage ou à d'autres moyens différents de ceux qui gouvernent la concurrence par les mérites, des entreprises potentiellement concurrentes ne serait-ce que d'accéder à ce ou ces marchés et, ce faisant, d'empêcher le développement de la concurrence sur ceux-ci au détriment des consommateurs, en y limitant la production, le développement de produits ou de services alternatifs ou encore l'innovation » (pt. 131).

B - Les manifestations des abus

L'abus est généralement commis sur le marché dominé. Mais outre que ses effets peuvent se faire ressentir sur un autre marché, il arrive qu'une entreprise dominante sur un marché, commette un abus sur un autre marché. S'il s'agit de marchés connexes où peut être décelé un lien de causalité entre la position dominante et l'abus, alors l'entreprise pourra relever de l'article 102 ou L. 420-2 (ADLC, déc. n° [09-MC-01](#), 8 avr. 2009, relative à la saisine au fond et à la demande de mesures conservatoires présentée par la société Solaire Direct - ADLC, déc. n° [17-D-02](#), 10 février 2017 relative à des pratiques mises en oeuvre dans le secteur des boules de pétanque de compétition). Ce sera le cas, par exemple, lorsqu'une entreprise se servira de sa domination sur un marché amont pour renforcer sa position sur un marché aval plus concurrentiel.

Exemple

Dans un arrêt du 27 mars 2012, Post Danmark la Cour de justice a précisé qu'« une entreprise occupant une position dominante peut justifier des agissements susceptibles de tomber sous le coup de l'interdiction énoncée à l'article 82 CE. En particulier, une telle entreprise peut démontrer, à cet effet, soit que son comportement est objectivement nécessaire, soit que l'effet d'éviction qu'il entraîne peut être contrebalancé, voire surpassé, par des avantages en termes d'efficacité qui profitent également aux consommateurs. À ce dernier égard, il appartient à l'entreprise occupant une position dominante de démontrer que les gains d'efficacité susceptibles de résulter du comportement considéré neutralisent les effets préjudiciables probables sur le jeu de la concurrence et les intérêts des consommateurs sur les marchés affectés, que ces gains d'efficacité ont été ou sont susceptibles d'être réalisés grâce audit comportement, que ce dernier est indispensable à la réalisation de ceux-ci et qu'il n'élimine pas une concurrence effective en supprimant la totalité ou la plupart des sources existantes de concurrence actuelle ou potentielle » (arrêt de la Cour de justice du 27 mars 2012, Post Danmark, [C-209/10](#). V. aussi ADLC, déc. n° [16-D-14](#), 23 juin 2016 relative à des pratiques mises en oeuvre dans le secteur du zinc laminé et des produits ouvrés en zinc destinés au bâtiment).

1. Les abus fondés sur les prix

Si les prix sont libres, toute concurrence par les prix ne peut être considérée comme légitime. Leur fixation ne doit pas être abusive en ce qu'elle serait trop élevée (a) ou trop basse (b).

a) Un prix abusivement élevé

Le prix pratiqué par une entreprise en position dominante doit être proportionnel à la valeur du produit ou service correspondant. Il y a abus lorsque le tarif n'est pas déterminé par rapport aux coûts réels de l'entreprise, conduisant alors à une tarification arbitraire (CJCE, 16 nov. 1996, aff. C-333/94 P, Tetra Pack II).

C'est ici que trouve à s'appliquer la pratique du ciseau tarifaire, dite de la compression des marges ou de l'étranglement des marges (v. ADLC, Les pratiques de ciseau tarifaire, Etude thématique, Rapport pour 2008). Elle consiste pour une entreprise à la fois présente sur le marché amont comme fournisseur de ses concurrents

(elle détient par exemple une infrastructure essentielle sans que cela soit une condition à la qualification de la pratique) et sur le marché aval comme concurrent, à priver de rentabilité ses concurrents sur le marché aval. Dans ce cas de figure, il convient de contrôler que les entreprises sur le marché aval peuvent exercer correctement leur activité et ne sont pas évincées par leur concurrent / fournisseur. En d'autres termes, il s'agit de vérifier que l'écart entre le prix en amont et aval est suffisant pour que l'activité des concurrents aussi efficaces soit rentable (Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes, pt. 80).

Comme l'expose le Conseil de la concurrence dans son rapport pour 2008, « *pour qu'une pratique de ciseau tarifaire soit contraire au droit de la concurrence, il ne suffit pas que le test donne, de manière robuste, un résultat négatif. Il faut encore que plusieurs conditions relatives à l'entreprise mise en cause et la structure des marchés soient vérifiées.*

- *L'entreprise concernée doit disposer d'une position dominante sur le marché amont. (...)*
- *Le bien intermédiaire doit être objectivement nécessaire aux opérateurs tiers pour qu'ils exercent une concurrence effective sur ce marché aval.*
- *L'entreprise dominante doit être intégrée verticalement et, lorsque les marchés sont soumis à régulation, elle doit jouir d'un degré suffisant d'autonomie dans sa politique tarifaire.*

Lorsque toutes ces conditions sont vérifiées, l'effet potentiel d'exclusion est présumé et l'autorité de la concurrence n'a pas la charge de prouver l'existence d'effets réels. La pratique est alors considérée comme abusive, sauf si l'entreprise mise en cause peut démontrer qu'elle est objectivement justifiée ».

Ainsi, doit être démontré, sous peine de censure (Cass. com., 10 mai 2006 : *RLDA* 6/2006, p. 64 ; *Contrats, conc., consom.* 2006, comm. n° 140, obs. G. Decocq), que la pratique de ciseau tarifaire mise en œuvre par l'entreprise en position dominante a pour objet ou pour effet de fausser ou de restreindre le jeu de la concurrence. Mais l'effet anticoncurrentiel est présumé lorsque la prestation fournie à ses concurrents par l'entreprise dominante contrevenant leur est indispensable (Cass. com., 3 mars 2009 – ADLC, déc. n° [10-D-31](#), 12 nov. 2010 relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché des services de capacité – CA Paris, 27 janv. 2011 (SFR)). L'entreprise mise en cause dispose toutefois de la possibilité de renverser cette présomption négative en démontrant que son comportement est objectivement justifié ou qu'il permet des gains d'efficacité qui compensent l'atteinte portée à la concurrence.

Des prix trop élevés peuvent aussi constituer des abus d'exploitation. S'inscrivant dans le cadre de sa pratique décisionnelle et de la jurisprudence européenne relative aux abus d'exploitation, l'Autorité a précisé qu'une augmentation tarifaire est susceptible d'être anticoncurrentielle notamment lorsqu'elle met en œuvre une stratégie d'exploitation de clients captifs de la part de l'entreprise en position dominante, dont la mise en évidence ressort d'une part, de son caractère brutal, significatif, non transitoire et, d'autre part, de l'absence de justification objective de cette hausse au regard des conditions de fonctionnement du marché (ADLC, déc. n° [18-D-17](#), 20 septembre 2018 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'élimination des déchets d'activités de soins à risque infectieux en Corse).

b) Un prix abusivement bas

L'entreprise en position dominante peut bien évidemment ajuster ses prix et les baisser pour maintenir sa position sur le marché. En revanche, constitue un abus de sa part si le prix qu'elle fixe n'a pas de contrepartie ou s'il est sans lien avec les coûts réels du service ou bien encore si le service proposé est en fait financé par d'autres services de l'entreprise.

La jurisprudence européenne (CJUE, 3 juill. 1991, aff. C-62/86, AKZO – CJUE, 27 mars 2012, aff. [C-209/10](#), Post Danmark) suivie par l'Autorité, présente le test de coûts de la façon suivante :

- lorsque les prix pratiqués par l'entreprise en position dominante sont supérieurs aux coûts totaux moyens (c'est-à-dire situés dans la « zone blanche »), la pratique est considérée comme licite au regard des règles de concurrence ;

- lorsque les prix pratiqués par l'entreprise en position dominante sont inférieurs à la moyenne des coûts variables (c'est-à-dire situés dans la « zone rouge »), la pratique doit être considérée comme abusive, dès lors qu'en appliquant de tels prix, une entreprise occupant une position dominante est présumée ne poursuivre aucune autre finalité économique que celle d'éliminer ses concurrents, et ce indépendamment de la preuve d'une intention d'éviction ;
- lorsque les prix sont inférieurs aux coûts totaux moyens mais supérieurs aux coûts variables moyens (c'est à dire situés dans la « zone grise »), la pratique doit être considérée comme abusive s'il est démontré que ces prix sont fixés dans le cadre d'un plan ayant pour but d'éliminer un concurrent.

Les zones rouge et grise concernent ce que l'on appelle les **prix d'éviction** qui englobent les **prix prédateurs**.

La définition du **prix prédateur** a été posée par la CJCE dans son arrêt AKZO du 3 juillet 1991 (aff. [C-62/86](#)). La CJCE expose le test des coûts en retenant deux hypothèses :

il s'agit de « *prix inférieurs à la moyenne des coûts variables – c'est-à-dire ceux qui varient en fonction des quantités produites (...) par lesquels une entreprise dominante cherche à éliminer un concurrent (...). Par ailleurs, des prix inférieurs à la moyenne des coûts totaux qui comprennent les coûts fixes et les coûts variables, mais supérieurs à la moyenne des coûts variables doivent être considérés comme abusifs lorsqu'ils sont fixés dans le cadre d'un plan ayant pour but d'éliminer un concurrent* ».

Dans ce cas, la comparaison prix-coûts n'est plus suffisante pour établir la prédation et doit être complétée par un examen de la stratégie de l'entreprise (CJUE, 27 mars 2012, aff. C-209/10, Post Danmark).

Exemple

L'affaire GlaxoSmithKline a donné l'occasion au Conseil de la concurrence, à l'époque, de préciser sa position (Cons. conc., déc. n° [07-D-09](#), 14 mars 2007, GlaxoSmithKline France : *RJDA* 2007, p. 663 ; *RLC* n° 12/2007, p. 17, note A.-L. Sibony ; *Contrats, conc., consom.* 2007, comm. n° 133, obs. G. Decocq ; *Concurrences* n° 2/2007, p. 110, obs. A. Wachsmann et L. Flochel ; *Europe* 2007, comm. n° 118, obs. L. Idot ; *RDC* 2007, p. 776, obs. C. Prieto) :

« La prédation peut être définie comme la pratique par laquelle une entreprise en position dominante fixe ses prix à un niveau tel qu'elle subit des pertes ou renonce à des profits à court terme dans le but d'évincer ou de discipliner un ou plusieurs concurrents, ou encore de rendre plus difficile l'entrée de futurs compétiteurs sur le marché, afin ultérieurement de remonter ses prix pour récupérer ses pertes. Elle se distingue donc d'une simple politique unilatérale de prix bas ou d'une situation de "guerre des prix" que l'on peut observer sur certains marchés, qui traduisent simplement un fonctionnement de la concurrence favorable aux consommateurs. Plus généralement, toute stratégie reposant sur l'acceptation temporaire de pertes n'est pas non plus nécessairement anticoncurrentielle, comme par exemple lorsque les sacrifices financiers consentis par une entreprise sont nécessaires pour pouvoir pénétrer un nouveau marché, déclencher un abaissement des coûts de production par le biais d'un effet d'apprentissage, ou encore accroître sa base installée de clients pour engendrer un effet de réseau. Ce qui caractérise la prédation dans une pratique de prix bas proposés à l'ensemble ou à certains consommateurs du marché, c'est l'existence d'un sacrifice volontairement consenti par l'entreprise dominante qui va décider de subir des pertes à court terme dans le but d'évincer ou de discipliner des concurrents ou encore d'empêcher leur entrée sur le marché. Comme pour tout abus allégué de position dominante, cet effet escompté d'éviction est central dans l'examen de la pratique : le sacrifice consenti n'a, en effet, de sens que si l'entreprise prédatrice considère qu'il est possible pour elle de récupérer à plus long terme, sur le marché dominé, les pertes ou les moindres profits subis, une fois que l'éviction recherchée aura produit son effet, c'est-à-dire la capacité à exploiter son pouvoir de marché grâce à une situation devenue plus favorable après la sortie de concurrents. C'est cette récupération - possible - des pertes après disparition ou affaiblissement des concurrents qui explique pourquoi les autorités de concurrence, dont le but est de protéger le bien-être du consommateur final, prohibent la prédation : le consommateur souffrira en effet de prix plus élevés ou d'un choix moins large dans la période suivant la prédation ».

Pour l'autorité française, le « prédateur » agit en 2 temps :

- Il consent des pertes dans le but d'évincer les concurrents (test du sacrifice à court terme) ; le sacrifice financier n'est en soi pas anticoncurrentiel ; c'est le sacrifice financier dans le but d'évincer qui l'est (ADLC, déc. n° [11-D-09](#), 10 juin 2011 relative à des pratiques mises en œuvre par EDF et RTE dans le secteur de l'électricité).

- Il récupère au moins les pertes consenties, ce qui implique qu'un dommage à craindre pour les consommateurs (Cons. conc., déc. n° [07-D-39](#), 23 nov. 2007, Pratiques mises en œuvre dans le secteur du transport ferroviaire de personnes sur la route Paris-Londres (Eurostar) : *Contrats, conc., consom.* 2008, comm. n° 21, obs. D. Bosco (prédation par les capacités) – ADLC, déc. n° [09-D-33](#), 10 nov. 2009 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Chep France dans le secteur de la location-gestion de bacs plastiques et de palettes : « *A contrario, et en l'absence de tout autre élément, l'impossibilité de récupération des pertes permet de conclure à l'absence de plan ayant pour but d'éliminer un concurrent. La mise en œuvre par Chep d'une stratégie de prédation n'est en conséquence pas établie* » (point 110). Il y a là une différence majeure avec le droit européen qui considère que « *la démonstration d'une possibilité de récupération des pertes n'est pas un préalable nécessaire à la constatation d'une pratique de prix prédateurs* » (CJCE, 2 avr. 2009, aff. C-202/07, France Télécom SA c/ Commission : *Concurrences* 2/2009, obs. A.-L. Sibony).

c) Les rabais conditionnels

Obtenus par les consommateurs pour les récompenser de leurs achats pendant une période donnée ou par rapport à un volume fixé, les rabais conditionnels ne sont pas illicites mais peuvent avoir des effets d'éviction actuels ou potentiels lorsqu'ils sont accordés par une entreprise dominante (v. ADLC, déc. n° [15-D-20](#), 17 déc. 2015, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des communications électroniques). Les autorités contrôlent donc l'effet fidélisant des remises qui peuvent conduire à cloisonner le marché. Elles décident ainsi que « *les remises de fidélité octroyées par une entreprise en position dominante constituent un abus au sens de l'article 86 [102] du traité, dès lors qu'elles ont pour objectif d'empêcher, par l'octroi d'avantages financiers, l'approvisionnement des clients auprès de producteurs concurrents* » (TPICE, 7 oct. 1999, aff. [T-228/97](#), *Irish Sugar* : op. cit).

Exemple

Des rabais rétroactifs peuvent provoquer un verrouillage substantiel du marché, car il est moins intéressant pour les clients de changer de fournisseur pour de petits volumes s'ils perdent de ce fait les rabais rétroactifs (Orientations pt. 40).

Les autorités européennes isolent 3 catégories de rabais pratiqués par une entreprise dominante (v. Trib. UE, 12 juin 2014 T-286/09, Intel Corp : *RTD eur.* 2014, p. 939, note L. Idot ; *AJCA* oct. 2014, p. 276, note R. Maulin) :

- les systèmes de rabais quantitatifs (« rabais de quantité »), liés exclusivement au volume des achats effectués auprès d'une entreprise en position dominante, sont généralement considérés ne pas avoir un effet de forclusion interdit par l'article 82 CE. Si l'augmentation de la quantité fournie se traduit par un coût inférieur pour le fournisseur, celui-ci est, en effet, en droit de faire bénéficier son client de cette réduction par le biais d'un tarif plus favorable. Les rabais de quantité sont donc censés refléter des gains d'efficacité et des économies d'échelle réalisées par l'entreprise en position dominante (TPICE, 30 sept. 2003, aff. [T-203/01](#), *Michelin/Commission*).
- les « rabais de fidélité » ou « rabais d'exclusivité » dont l'octroi est lié à la condition que le client s'approvisionne pour la totalité ou une partie importante de ses besoins auprès de l'entreprise en position dominante. De tels rabais d'exclusivité, appliqués par une entreprise en position dominante, sont incompatibles avec l'objectif d'une concurrence non faussée dans le marché commun parce qu'ils ne reposent pas – sauf circonstances exceptionnelles – sur une prestation économique justifiant cet avantage financier, mais tendent à enlever à l'acheteur, ou à restreindre dans son chef, la possibilité de choix en ce qui concerne ses sources d'approvisionnement et à barrer l'accès au marché aux autres producteurs. En effet, de tels rabais tendent à empêcher, par la voie de l'octroi d'un avantage financier, l'approvisionnement des clients auprès des producteurs concurrents.
- des systèmes de rabais où l'octroi d'une incitation financière n'est pas directement lié à une condition d'un approvisionnement exclusif ou quasi exclusif auprès de l'entreprise en position dominante, mais où le mécanisme de l'octroi du rabais peut aussi revêtir un effet fidélisant (« rabais fidélisants »). Cette catégorie de rabais inclut notamment des systèmes de rabais dépendant de la réalisation d'objectifs de ventes individuels qui ne constituent pas des rabais d'exclusivité, car ils ne comportent aucun engagement d'exclusivité ou de couverture d'une certaine quotité de leurs besoins auprès de l'entreprise en position dominante. Pour déterminer l'éventuel caractère abusif d'un tel rabais, la jurisprudence

européenne enseigne qu'il y a lieu d'apprécier l'ensemble des circonstances, notamment les critères et les modalités de l'octroi du rabais, et d'examiner si ce rabais tend, par un avantage qui ne repose sur aucune prestation économique qui le justifie, à enlever à l'acheteur, ou à restreindre dans son chef, la possibilité de choix en ce qui concerne ses sources d'approvisionnement, à barrer l'accès du marché aux concurrents ou à renforcer la position dominante par une concurrence faussée (TPICE, 30 sept. 2003, aff. T-203/01, *Michelin : Europe* 2003, comm. n° 364, obs. L. Idot. V. également, TPICE, 17 déc. 2003, aff. T-219/99, *British Airways : Europe* 2004, comm. n° 45, obs. L. Idot ; *RTD eur.* 2005, p. 217, confirmé par CJCE, 15 mars 2007, aff. C-95/04 – CJUE, 19 avril 2012, aff. C-549/10 P, *Tomra Systems : Concurrences* 3/2012, p. 101, note A.-L. Sibony – Trib. UE, 12 juin 2014, aff. T-286/09, op. cit.).

L'arrêt Intel du Tribunal a été annulé par la Cour de justice en 2017 (CJUE, 6 septembre 2017, aff. [C-413/14 P](#), *Intel : Contrats, conc. consom.* 2017, comm. n° 227, note D. Bosco). Elle rappelle certes le principe que :

« pour une entreprise se trouvant en position dominante sur un marché, le fait de lier, fût-ce à leur demande, des acheteurs par une obligation ou une promesse de s'approvisionner pour la totalité ou pour une part considérable de leurs besoins exclusivement auprès de ladite entreprise constitue une exploitation abusive d'une position dominante au sens de l'article 102 TFUE, soit que l'obligation est stipulée sans plus, soit qu'elle trouve sa contrepartie dans l'octroi d'un rabais. Il en est de même lorsque ladite entreprise, sans lier les acheteurs par une obligation formelle, applique, soit en vertu d'accords passés avec ces acheteurs, soit unilatéralement, un système de rabais de fidélité, c'est-à-dire de remises liées à la condition que le client, quel que soit par ailleurs le montant de ces achats, s'approvisionne exclusivement pour la totalité ou pour une partie importante de ses besoins auprès de l'entreprise en position dominante ». Mais pour aussitôt "préciser" que « toutefois, il convient de préciser cette jurisprudence dans le cas où l'entreprise concernée soutient, au cours de la procédure administrative, éléments de preuve à l'appui, que son comportement n'a pas eu la capacité de restreindre la concurrence et, en particulier, de produire les effets d'éviction reprochés ».

Sur renvoi, le Tribunal a finalement annulé pour partie la décision de la Commission, l'analyse de l'autorité étant incomplète et ne permettant pas d'établir à suffisance de droit que les rabais litigieux étaient capables ou susceptibles d'avoir des effets anticoncurrentiels (Trib. UE, 26 janv. 2022).

Quinze ans après la décision de la Commission européenne (13 mai 2009), la Cour de justice vient clore le débat sur les pratiques de rabais qui étaient reprochées à l'entreprise américaine (CJUE, 24 octobre 2024, aff. [C-240/22 P](#), *Commission c/ Intel Corporation Inc : Contrats, conc. consom.* 2024, comm. n° 181, obs. D. Bosco). L'arrêt de la Cour de 2024 comprend des précisions intéressantes sur le test AEC (*as efficient competitor*) et les pratiques de rabais de fidélité. La qualification d'abus de position dominante suppose « *en règle générale, de démontrer que, par le recours à des moyens différents de ceux qui gouvernent la concurrence par les mérites entre les entreprises, ce comportement a pour effet actuel ou potentiel de restreindre cette concurrence en évinçant des entreprises concurrentes aussi efficaces du ou des marchés concernés, ou en empêchant leur développement sur ces marchés* » (pt. 176). Une pratique d'éviction peut prendre la forme « *d'un système de rabais de fidélité, c'est-à-dire de remises conditionnées par le fait que le client, quel que soit par ailleurs le montant de ses achats auprès de l'entreprise en position dominante, s'approvisionne exclusivement pour la totalité ou pour une partie importante de ses besoins auprès de cette entreprise* » (pt. 178). Pour démontrer la capacité d'éviction de tels rabais, « *il incombe à la Commission d'analyser non seulement des éléments tels que l'importance de la position dominante de l'entreprise en cause, le taux de couverture du marché par les rabais contestés ainsi que les conditions et les modalités d'octroi des rabais en cause, leur durée et leur montant, mais aussi l'existence éventuelle d'une stratégie visant à évincer les concurrents au moins aussi efficaces* » (pt. 180).

Ce faisant, La Cour de justice réoriente sa jurisprudence vers une analyse économique et non plus seulement formelle des rabais de fidélité cherchant à vérifier si ceux-ci ont une capacité d'éviction.

Exemple

La Cour a étendu cette jurisprudence aux abus d'exploitation dans la relations entre l'entreprise dominante et son client (CJUE, 14 sept. 2017, aff. [C-177/16](#), *Autortiesību un asanas konsultāciju aģentūra : RTD eur.* 2018, p. 814, obs. L. Idot).

En pratique, la distinction entre la remise quantitative licite et la remise de fidélité illicite est parfois bien ténue et l'entreprise cherche à montrer que les rabais n'ont pas eu l'effet restrictif invoqué. Il revient alors aux

autorités d'approfondir leur examen. Pour la Cour, la Commission est non seulement tenue d'analyser, d'une part, l'importance de la position dominante de l'entreprise sur le marché pertinent et, d'autre part, le taux de couverture du marché par la pratique contestée, ainsi que les conditions et les modalités d'octroi des rabais en cause, leur durée et leur montant, mais elle est également tenue d'apprécier l'existence éventuelle d'une stratégie visant à évincer les concurrents au moins aussi efficaces.

Le droit français applique également le test des coûts afin de déterminer si l'effet d'éviction consécutif à la mise en œuvre de la remise s'inscrit dans une stratégie de prédation (Cons. conc., déc. n° [05-D-13](#), 18 mars 2005, relative aux pratiques mises en œuvre par le groupe Canal Plus dans le secteur de la télévision à péage – OCDE, Fidelity and Bundled Rebates and Discounts, op. cit., Contribution française). Comme en droit européen, les autorités vérifient que les concurrents ne pouvaient mettre en place de « contre-stratégies ».

Exemple

Ainsi, dans l'affaire Royal Canin, la Cour d'appel de Paris (CA Paris, 4 avr. 2006 : *Contrats, conc., consom.* 2006, comm. n° 114) a-t-elle censuré la décision du Conseil (Cons. conc., déc. n° [05-D-32](#), 22 juin 2005, Pratiques mises en œuvre par Royal Canin et son réseau de distribution : *RLC* n° 4/2005, p. 27, note P. Arhel ; *Concurrences* n° 1/2005, p. 75, obs. A. Wachsmann) au motif, notamment, qu'il n'avait pas été constaté que des remises n'avaient pas été accordées par les fabricants concurrents.

L'entreprise dominante est autorisée à rapporter la preuve que son système de rabais produit des gains d'efficacité c'est-à-dire des avantages de coûts ou autres avantages répercutés sur les consommateurs.

2. Les abus contractuels

a) Les clauses d'exclusivité

De part sa position dominante l'entreprise peut chercher à imposer des clauses contractuelles à ses partenaires commerciaux qui, outre qu'elles créent un déséquilibre contractuel entre les parties, peuvent conduire parallèlement à évincer les concurrents de l'entreprise dominante. La clause d'exclusivité en est l'exemple le plus frappant (Cons. conc., Exclusivité et contrats à long terme : Etude thématique, Rapport pour 2007, p. 89).

Bien sûr, l'insertion de telles clauses n'est pas abusive en soi. Cependant, l'Autorité veille à ce qu'elles ne portent pas une atteinte excessive au bon fonctionnement du marché. Les analysant dans leur contexte, l'ADLC vérifie si « *les clauses d'exclusivité n'instaurent pas, en droit ou en pratique, une barrière artificielle à l'entrée sur le marché en appréciant l'ensemble de leurs éléments constitutifs : le champ d'application, la durée, l'existence d'une justification technique à l'exclusivité, et la contrepartie économique obtenue par le client* ».

Exemple

Cons. conc., déc. n° [08-D-10](#), 7 mai 2008, relative à des pratiques mises en œuvre par les sociétés France Télécom et France Télévisions dans le secteur de la télévision de rattrapage – Déc. n° [08-D-16](#), 3 juill. 2008 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société Cybervitrine à l'encontre de pratiques mises en œuvre par la société Photomaton – Déc. n° [14-D-08](#), 28 nov. 2014 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la vente événementielle en ligne.

Reprenons chacun des éléments :

- sur le champ d'application : il ne faut pas que l'exclusivité ait un caractère trop général aboutissant à cloisonner le marché, empêchant ainsi tout nouvel opérateur d'y accéder (Cons. conc., déc. n° [08-D-16](#), op. cit.). A l'analyse quantitative se joint une analyse plus qualitative s'intéressant à l'identité des partenaires. Une exclusivité liant des opérateurs notoires s'avère plus dangereuse.

Exemple

Pour la FNAC : ADLC, déc. n° [11-D-08](#), 27 avr. 2011 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Accentiv/Kadéos).

- Sur la durée : l'exclusivité ne doit pas être inhabituelle et disproportionnée par rapport aux usages contractuels du secteur d'activité, car elle figerait alors artificiellement les parts de marché.

Exemple

Cons. conc., déc. n° 08-MC-01, 17 déc. 2008, relative à des pratiques mises en œuvre dans la distribution des iPhones – Conf. par CA Paris, 4 fév. 2009 : *RLC* n° 19/2009, p. 32, note V. Sélinisky ; *Contrats, conc. Consom.* 2009, comm. n° 110, note G. Decocq. – G. Muguet-Poullennec, « L'iPhone pour tous ! Comment l'attractivité d'un produit peut entraîner la suspension d'un accord d'exclusivité commerciale », *RLC* n° 19/2009, p. 72 – ADLC, déc. n° 14-D-08, op. cit..

Les autorités se montrent attentives aux clauses de reconduction tacite qui peuvent être entendues comme des clauses conclues pour une durée indéterminée (V. Art. 5 du Règlement n° 330/2010 du 20 mai 2010 sur les restrictions verticales), et aux stipulations relatives aux conditions de sortie de la relation qui peuvent contraindre, dans les faits, le partenaire à rester enfermé dans celle-ci (par exemple, lorsque le montant de la clause d'indemnité est dissuasif).

- Sur la justification technique ou économique à l'exclusivité : la première justification concerne la rentabilité recherchée des investissements réalisés. Lorsque les coûts sont irrécupérables ou bien spécifiques à une relation commerciale, une durée contractuelle longue peut être nécessaire pour assurer une telle visibilité. Cependant, une exigence de proportionnalité s'impose, conduisant à limiter l'exclusivité aux nécessités de l'amortissement des équipements sans entraver l'accès des entreprises concurrentes aux marchés concernés (Cons. conc., déc. n° 08-D-16, op. cit.). La volonté de déjouer un risque de parasitisme pourrait encore être avancée, avec toujours l'exigence d'une proportionnalité.
- Sur la contrepartie obtenue par le client : ce dernier doit bénéficier d'une juste part de l'avantage économique découlant pour le fournisseur de l'exclusivité obtenue. Néanmoins, pour être considéré comme justifiant une exclusivité, l'avantage économique consenti ne doit pas consister dans le seul partage de la rente que l'exclusivité permet de garantir à l'entreprise dominante au détriment de ses concurrents. Au final, lorsque la clause est imposée par l'entreprise dominante, cette dernière condition sera difficile à remplir.

b) Les ventes liées et groupées

Selon les Orientations de la Commission européenne, « Il y a « **vente liée** » lorsque la vente d'un produit donné (le produit liant) est subordonnée à l'achat d'un autre produit (le produit lié) à l'entreprise dominante. (...) La notion de « **vente groupée** » renvoie habituellement aux modalités selon lesquelles les produits sont proposés et leurs prix fixés par l'entreprise dominante. Dans le cas de la vente groupée pure, les produits ne sont vendus qu'ensemble, dans des proportions fixes. Dans le cas de la vente groupée mixte, souvent aussi appelée « **rabais multiproduits** », les produits sont également disponibles séparément, mais la somme des prix de chacun des produits est supérieure au prix total résultant de la vente groupée » (pt. 48).

Là encore, ces modalités ne sont pas interdites *per se*. Mais lorsqu'elles sont l'œuvre d'une entreprise dominante, elles peuvent avoir pour objet et/ou pour effet de cloisonner le marché (TPICE, 17 sept. 2007, aff. [T-201/04](#)). La jurisprudence européenne a posé des conditions cumulatives pour que les ventes liées soient condamnées sur la base de l'article 102 :

- l'existence d'une position dominante sur le marché du produit liant ;
- l'existence d'un produit « lié » distinct pour lequel il existe une demande autonome ;
- un risque de déboucher sur une éviction anticoncurrentielle sur le marché du produit lié.

L'entreprise dominante peut justifier son comportement. La Commission expose dans ses Orientations, les arguments pouvant être invoqués par les parties au titre des gains d'efficacité. La liste semble limitative : réaliser des économies dans la production ou la distribution, dont les clients tireraient profit ; réduction des coûts de transaction pour les clients, qui devraient, sinon, acheter les composants séparément, et, pour les fournisseurs, réalisation d'économies substantielles sur les coûts d'emballage et de distribution ; renforcement de la capacité de mettre un produit unique issu de deux produits auparavant indépendants sur le marché au profit des consommateurs ; répercussion par le fournisseur des gains d'efficacité découlant de la production ou de l'achat de grandes quantités du produit lié.

c) Les clauses de parité

Les clauses de parité (APPA, *Across Platform Parity Agreements*) tendent à organiser l'alignement des offres d'une partie sur celle d'un tiers et la modification consécutive du contrat. Elles obligent ainsi le débiteur à

ne pas présenter de meilleures offres (en particulier tarifaires) que celles proposées par son partenaire. La pratique était courante en matière hôtelière, les centrales de réservation imposant aux hôteliers référencés de ne pas proposer sur leur propre site des prestations à des conditions plus favorables et à prix inférieurs à ceux affichés par la centrale. Outre la concurrence entre plateformes qui est asphyxiée, les fournisseurs sont aussi privés de toute autonomie commerciale, en particulier tarifaire. L'Autorité a considéré que les clauses de parité pouvaient conduire à réduire la concurrence entre booking.com et les autres plateformes concurrentes, et à évincer de nouveaux entrants sur le marché.

Exemple

Elle a accepté les engagements de Booking visant notamment à la suppression des clauses de parité tarifaires (ADLC, déc. n° [15-D-06](#), 21 avr. 2015 sur les pratiques mises en œuvre par les sociétés Booking.com B.V., Booking.com France SAS et Booking.com Customer Service France SAS dans le secteur de la réservation hôtelière en ligne). Contrairement, au Tribunal de Commerce de Paris statuant sur la base de l'article L. 442-6 I 2° du Code de commerce (nouvel article [L. 442-1 1°](#)) (TC Paris, 13^{ème} ch., 7 mai 2015), l'Autorité a estimé que la clause de parité des disponibilités devait être supprimée. Par la suite, la Cour de cassation a censuré l'analyse du Tribunal de commerce (cassation sur ce point de l'arrêt de la CA Paris 21 juin 2017 qui avait confirmé le jugement : Cass. com., 8 juill. 2020, n° [17-31536](#)).

La loi du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques (dite Loi Macron) a introduit dans le code du tourisme un article interdisant les clauses de parité dans le secteur hôtelier (art. [L. 311-5-1](#)). Le résultat reste toutefois mitigé comme le montre le « Bilan de l'efficacité des engagements pris par Booking.com devant l'Autorité » du 9 février 2017 (*Contrats, conc. consom.* 2017, comm. n° 82, obs. D. Bosco).

3. Les autres abus d'éviction

De nombreuses pratiques visent à évincer les concurrents d'un marché.

L'actualité récente s'est focalisée sur le secteur du numérique et en particulier les GAFAM.

Exemple

L'entreprise américaine Google a ainsi été sanctionnée à verser une amende de 2,42 milliards d'euros en juin 2017 pour avoir abusé de sa position dominante dans la recherche en ligne en favorisant son comparateur de prix Google Shopping, au détriment de services concurrents (27 juin 2017), ce que le Tribunal a confirmé (Trib. UE, 10 novembre 2021, aff. [T-612/17](#), Google LLC, Alphabet, Inc) puis la Cour de justice (CJUE, 10 septembre 2024, aff. [C-48/22 P](#), Google Shopping : Europe 2024, comm. n° 406, obs. L. Idot ; *Contrats, conc., consom.* 2024, comm. n° 164, obs. D. Bosco ; CCE 2025, chron. 2, pt. 10, obs. J.-C. Roda). Le 18 juillet 2018, la Commission européenne a infligé à Google une amende de 4,34 milliards d'euros pour avoir imposé depuis 2011, des restrictions illégales aux fabricants d'appareils Android et aux opérateurs de réseaux mobiles, afin de consolider sa position dominante sur le marché de la recherche générale sur l'internet. Le marché de la publicité en ligne est principalement affecté (v. ADLC, Avis n° [18-A-03](#) du 6 mars 2018 portant sur l'exploitation des données dans le secteur de la publicité sur internet). Ainsi, un an plus tard, Google a été condamnée à amende de 1,49 milliards d'euros pour une pratique abusive sur le marché de la publicité en ligne liée aux recherches (Comm. UE, déc. du 20 mars 2019, Google Search AdSense (AT. 40411), décision toutefois annulée par le Tribunal (Trib. UE, 18 septembre 2024, aff. [T-334/19](#), Google et Alphabet c/ Commission (Google AdSense for Search) : CCE 2025, chron. 2, pt. 14, obs. J.-C. Roda). Le droit français n'est pas en reste puisqu'en fin d'année 2019, l'Autorité de la concurrence a considéré que Google avait abusé de la position dominante qu'elle détient sur le marché de la publicité liée aux recherches, en adoptant des règles de fonctionnement de sa plateforme publicitaire Google Ads opaques et difficilement compréhensibles et en les appliquant de manière inéquitable et aléatoire. Elle a infligé en conséquence une sanction de 150 millions d'euros, et enjoint Google de clarifier la rédaction des règles de fonctionnement de Google Ads, ainsi que la procédure de suspension des comptes (ADLC, déc. n° [19-D-26](#), 19 décembre 2019 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la publicité en ligne liée aux recherches).

L'accès aux données est au cœur du débat, comme en témoigne l'étude conjointe de l'Autorité de la concurrence et du Bundeskartellamt, Droit de la concurrence et données, du 10 mai 2016. Celui-ci est anticoncurrentiel si les données en cause constituent une facilité essentielle, notion dont les contours ont été délimités par les autorités européennes et françaises.

Exemple

Dans sa décision Cegedim, l'Autorité française s'est montrée très prudente dans la qualification des bases de données de facilités essentielles, estimant en l'espèce qu'elles étaient techniquement réalisables par des concurrents, même si cela n'était pas aisé en raison de la valeur de référence de l'outil en cause, et qu'elles n'étaient pas indispensables au point de rendre impossible toute autre solution alternative (ADLC, déc. n° [14-D-06](#), 8 juil. 2014 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Cegedim dans le secteur des bases de données d'informations médicales). Interrogée sur cette qualification de facilités essentielles, la Cour d'appel de Paris a botté en touche au motif d'irrecevabilité de la demande (CA Paris, Pôle 5, Ch. 5-7, 24 sept. 2015, RG 2014/17586. V. pour conf. Cass. com., 21 juin 2017, n° [15-25941](#)).

Néanmoins, même si une base de donnée n'est pas qualifiée de facilité essentielle, le fait d'en refuser l'accès, même de façon implicite, de manière discriminatoire par une entreprise en position dominante peut constituer un abus de position dominante, dès lors qu'il fausse de manière sensible le jeu de la concurrence. L'Autorité peut dès lors enjoindre au détenteur de la base de rendre accessibles les données des consommateurs, sous condition que ceux-ci ne s'y opposent pas, ce qui montre les interactions entre droit de la concurrence et protection des données personnelles.

La question de l'accès aux données se pose/posera avec autant d'acuité pour les objets connectés (V. L. Arcelin, « Internet des objets et régulation », *RLC* 55/2016, p. 51).

L'entreprise dominante, lorsqu'elle est l'opérateur historique d'un secteur, peut être tentée de se servir de ce statut pour entraver la concurrence. En se présentant comme l'opérateur historique et en utilisant l'image du service public au soutien d'activités concurrentielles, l'entreprise dominante abuse de sa position.

Exemple

ADLC, déc. n° [13-D-20](#), 17 déc. 2013 relative à des pratiques mises en œuvre par EDF dans le secteur des services destinés à la production d'électricité photovoltaïque.

Il en va de même de la régie municipale de Lyon opérant une confusion entre son activité de gestionnaire du service public de la chambre funéraire et ses services commerciaux (Cons. conc., déc. n° [08-D-09](#), 6 mai 2008, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des pompes funèbres à Lyon et dans son agglomération. Confirmée par CA Paris, 31 mars 2009. V. aussi ADLC, déc. n° [12-D-04](#), 23 janv. 2012 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la fourniture d'informations météorologiques aux professionnels). Plus récemment, l'ADLC a considéré que la mise à disposition des horaires sur le site *sncf.com* et renvoyant vers sa filiale gérant l'agence voyages-*sncf.com* pour la réservation pouvait créer un déséquilibre compétitif en captant une partie du trafic et en profitant de la marque SNCF (ADLC, déc. n° [14-D-11](#), 2 oct. 2014 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution des billets de train, pt. 175 et suiv). L'Autorité a rappelé que *« si l'utilisation de l'image de marque et de la notoriété de l'opérateur historique ne constitue pas un abus en soi, mais est inhérente à la possibilité laissée à ce dernier de développer ses activités dans des domaines ouverts à la concurrence, cette utilisation peut devenir anticoncurrentielle au regard des circonstances particulières de sa mise en œuvre, notamment lorsqu'elle conduit à entretenir la confusion entre une activité de service public et l'activité concurrentielle »*. La SNCF s'est alors engagée, notamment, à *« mettre fin à la mise à disposition par la SNCF au public des horaires ferroviaires sur le seul site VSC. Le fait de faire figurer ces horaires également sur le site de la SNCF est de nature à atténuer la confusion entre cette activité de service public et l'activité concurrentielle »*.

Les refus de vente ou de prestation de services peuvent encore illustrer les cas d'abus de position dominante.

Exemple

Par exemple, un producteur de matières premières en position dominante sur ce marché traite habituellement avec des fabricants de produits dérivés. Un jour, il décide de produire également des produits dérivés à partir de ses matières premières. Il ne peut refuser de les vendre à ses anciens partenaires sous peine d'être sanctionné pour abus de position dominante (CJCE, 6 mars 1974, aff. [C-6/73](#), Ici c/ Zoja).

Néanmoins, le refus de vente peut dans certains cas être justifié s'il existe d'autres sources d'approvisionnement comparables à celles refusées. Cela confirme le principe selon lequel, *« la seule constatation d'un refus de vente ne suffit pas à caractériser un abus de position dominante »*, principe posé par les autorités françaises (Cons. conc., déc. n° [05-D-72](#), 20 déc. 2005, Pratiques mises en œuvre par divers laboratoires dans le secteur des exportations parallèles de médicaments : *Concurrences* n° 1/2006, p. 139, obs. A. Wachsmann) comme européennes.

Il peut encore s'agir d'un dénigrement d'une entreprise rivale (ADLC, déc. n° [22-D-12](#) du 16 juin 2022 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la publicité sur internet).

Exemple

Par exemple, pour le dénigrement d'une profession venant en concurrence avec l'activité des membres : V. ADLC, déc. n° [12-D-19](#), 26 sept. 2012 relative à des pratiques dans le secteur du blanchiment et de l'éclaircissement des dents : dénigrement non reconnu faute de cible identifiée et en raison de l'objectivité et de la contrôlabilité du discours reprenant en fait les positions des autorités administratives compétentes – ADLC, déc. n° [10-D-32](#), 16 nov. 2010 relative à des pratiques dans le secteur de la télévision payante – ADLC, déc. n° [12-D-14](#), 5 juin 2012 relative à des pratiques mises en œuvre par Microsoft Corporation et Microsoft France – ADLC, déc. n° [14-D-08](#), 24 juill. 2014 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la commercialisation de produits laitiers frais aux Antilles françaises, conf. Cass. com., 8 juin 2017, n° [15-26151](#) : *Contrats, conc., consom.* 2017, comm. n° 181, obs. G. Decocq). Le domaine pharmaceutique est particulièrement riche d'exemples de dénigrement constitutif d'abus de position dominante, les laboratoires titulaires de princeps n'hésitant pas à dénigrer les médicaments génériques concurrents ou souhaitant pénétrer le marché (ADLC, déc. n° [13-D-11](#), 14 mai 2013 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur pharmaceutique – ADLC, déc. n° [13-D-21](#), 18 déc. 2013 relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché français de la buprénorphine haut dosage commercialisée en ville, conf. CA Paris, 26 mars 2015, RG n° 2014/03330 : RLC n° 44/2015, p. 38, obs. S. Cholet).

En savoir plus : Sur le dénigrement en matière pharmaceutique constitutif d'un abus de position dominante

V. ADLC, Rapport pour 2013, p. 139 s.

Enfin, le refus d'octroyer une licence d'exploitation ou des codes sources peut constituer un abus de la part de l'entreprise dominante. En effet, l'exercice des droits exclusifs par l'opérateur détenteur de droits de propriété intellectuelle rencontre immanquablement le droit de la concurrence. L'évolution de la jurisprudence européenne montre que l'abus peut être caractérisé lorsque l'exercice du droit de propriété intellectuelle, bien que conforme à son objet spécifique ou à sa fonction essentielle, est de nature, dans des circonstances particulières de l'espèce, à créer des obstacles incompatibles avec une concurrence non faussée.

Exemple

Ainsi, dans l'arrêt Magill, la Cour, après avoir rappelé qu'un refus de licence n'est pas en soi constitutif d'abus, même de la part d'une entreprise en position dominante, relève que « *l'exercice du droit exclusif par le titulaire peut, dans des circonstances exceptionnelles, donner lieu à un comportement abusif* » (CJCE, 6 avr. 1995, aff. jointes. [C-241/91 P](#) et [242/91 P](#), RTE et ITP c/ Commission – V. CJCE, 5 oct. 1998, aff. [C-238/87](#), Volvo). Ces circonstances exceptionnelles résultent de trois conditions cumulatives rappelée dans l'affaire IMS Health (CJCE, 29 avr. 2004, aff. [C-418/01](#), IMS Health c/ NDC Health) : « *pour que le refus d'une entreprise titulaire d'un droit d'auteur de donner accès à un produit ou à un service indispensable pour exercer une activité déterminée puisse être qualifié d'abusif, il suffit que trois conditions cumulatives soient remplies, à savoir*

- *Que ce refus fasse obstacle à l'apparition d'un produit nouveau pour lequel il existe une demande potentielle des consommateurs,*
- *qu'il soit dépourvu de justification,*
- *et de nature à exclure toute concurrence sur un marché dérivé ».*

L'affaire Microsoft (TPICE, 17 sept. 2007, aff. [T-201/04](#), Microsoft Corp c/ Commission : V. Dossier Spécial Microsoft, RLC n° 17/2008, p. 127) a quelque peu modifié ces conditions puisque, d'une part, concernant la première, l'émergence d'un nouveau produit avait déjà eu lieu, et ce qui était alors invoqué était l'amélioration de celui-ci, et d'autre part, concernant la dernière, « *l'avantage de Microsoft est certes évident, mais les concurrents ne sont pas éliminés pour autant. L'avenir de ces concurrents est probablement obscurci par les obstacles mis à l'interopérabilité, mais l'analogie avec les cas Magill/IMS est encore imparfaite sur ce point* » (Ch. Montet, « Décision Microsoft : le difficile bilan économique de l'obligation à l'interopérabilité », RLC n° 17/2008, p. 152).

Dans le même sens, les obstacles à l'interopérabilité et la compatibilité peuvent être qualifiés d'abus.

Exemple

Ainsi il a été reproché à Nespresso de faire en sorte que ses concurrents directs sur le marché des capsules de café ne soient qu'imparfaitement compatibles avec ses machines, ce à quoi l'entreprise s'est engagée à remédier (ADLC, déc. n° [14-D-09](#), 4 sept. 2014 sur les pratiques mises en œuvre par les sociétés Nestlé, Nestec, Nestlé Nespresso, Nespresso France et Nestlé Entreprises dans le secteur des machines à café expresso).

Section 2 : L'abus de dépendance économique

Le Code de commerce prohibe spécifiquement l'abus de dépendance économique, infraction directement inspirée du droit allemand et introduite par l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986.

L'article [L. 420-2](#) alinéa 2 dispose ainsi qu' « *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* ».

L'abus de dépendance économique suppose la réunion de trois conditions cumulatives :

- l'existence d'une situation de dépendance économique d'une entreprise à l'égard d'une autre,
- une exploitation abusive de cette situation,
- et une affectation, réelle ou potentielle du fonctionnement ou de la structure de la concurrence sur le ou les marchés considérés.

Exemple

ADLC, déc. n° [17-D-15](#), 9 août 2017 relative à des pratiques mises en œuvre par Reed Expositions France dans le secteur de l'organisation des foires et salons.

Cette condition d'affectation du fonctionnement de la concurrence vient grandement réduire la portée du texte, d'autant plus que l'incrimination vient en parallèle aux interdictions *per se* du droit de la distribution (art. [L. 442-6](#) I du Code de commerce) prohibant en fait les mêmes pratiques.

L'Autorité vérifie en premier lieu si la pratique affecte la concurrence sur le marché considéré et dans l'affirmative, procède à l'analyse des deux autres conditions, l'abus (§ 1) d'un état de dépendance économique (§ 1).

Exemple

En effet, elle retient dans sa décision n° 17-D-15 précité, qu' « *il résulte de ce qui précède, et sans qu'il soit besoin de se prononcer sur l'existence d'un état de dépendance économique de la FIN vis-à-vis de REF ou d'une exploitation abusive de cet état par REF, qu'aucune affectation de la concurrence sur le marché de la construction des bateaux de plaisance n'est démontrée en l'état actuel du dossier* ».

§ 1 : La dépendance économique

Un producteur comme un distributeur peuvent être en état de dépendance économique, même s'il est vrai que le texte a d'abord été pensé pour contrer la puissance d'achat. La situation s'apprécie différemment selon le statut de l'opérateur.

La **dépendance des fournisseur** s'apprécie par rapport à « *l'importance du chiffre d'affaires réalisé par ce fournisseur avec le distributeur, de l'importance du distributeur dans la commercialisation du produit concerné, dans les facteurs ayant conduit le fournisseur à concentrer ses ventes auprès du distributeur* » (Cass. com., 10 déc. 1996 (Cora) : *Bull. civ. IV*, n° 310). Inversement, « **l'état de dépendance économique**, pour un distributeur, se définit comme la situation d'une entreprise qui ne dispose pas de la possibilité de substituer à son ou ses fournisseurs un ou plusieurs autres fournisseurs répondant à sa demande d'approvisionnement dans des conditions techniques et économiques comparables. (...) la seule circonstance qu'un distributeur réalise une part de marché très importante voire exclusive de son approvisionnement auprès d'un seul fournisseur ne suffit pas à caractériser son état de dépendance économique au sens de l'article L. 420-2 du Code de commerce » (Cass. com., 3 mars 2004 : *D.* 2004, p. 1661, note Y. Picod). La loi NRE du 15 mai 2001 a supprimé la condition d'absence de solutions équivalentes, condition néanmoins maintenue par la jurisprudence (Cass. com., 7 janv. 2004 : *Contrats, conc., consom.* 2004, comm. n° 108, obs. M. Malaurie-Vignal – Cons. Conc., déc. n° [07-D-25](#), 25 juill. 2007, relative aux saisines du Conseil national des professions

de l'automobile (CNPA) à l'encontre de certains constructeurs de motocycles concernant les conditions de distribution de leurs produits : *RLC* n° 13/2007, p. 24, obs. V. Sélinsky).

La question s'est posée de savoir si un opérateur pouvait invoquer un abus de dépendance économique lorsque cet état résultait de ses propres choix stratégiques.

Exemple

Le Conseil puis l'Autorité de la concurrence ont toujours fait de l'origine de la dépendance un critère déterminant (Cons. conc., déc. n° [04-D-26](#), 30 juin 2004, relative à la saisine de la SARL Reims Bio à l'encontre de pratiques mises en œuvre par le groupement d'intérêt public Champagne Ardenne : *RLC* n° 1/2004, p. 31, obs. J. Peyre ; *Contrats, conc., consom.* 2004, comm. n° 140, obs. M. Malaurie-Vignal). La Cour d'appel de Paris s'est montrée hostile à cette jurisprudence en jugeant que la dépendance économique est une situation objective dont l'origine est indifférente (CA Paris, 25 janv. 2005 : *RLC* n° 3/2005, p. 33, obs. V. Sélinsky). La Cour de cassation a souscrit à cette analyse puisque dans son rapport pour 2009 dans lequel elle consacre une étude thématique à la notion de dépendance économique en droit de la concurrence, elle souligne que « la notion de dépendance est une notion objective qui ne résulte pas des choix stratégiques de l'entreprise qui allège qu'elle est en situation de dépendance ».

L'ADLC a maintenu son approche pendant un certain temps comme en témoigne sa décision n° [12-D-11](#) du 6 avril 2012 concernant une saisine de la société Roland Vlaemyck Tisseur à l'encontre de pratiques mises en œuvre dans le secteur de la fabrication et de la commercialisation de serviettes industrielles. L'Autorité était amenée à se prononcer sur un abus de dépendance économique de la part d'un acheteur. Elle note au point 76 que la « victime » (le fournisseur) avait pour client quasiment unique l'acheteur, en raison « d'un choix délibéré » ... « acceptant ainsi les risques qui découlent de la détention d'un client unique » (V. encore, la jurisprudence relative aux franchisés de la grande distribution : ADLC, déc. n° [10-D-08](#), 3 mars 2010 relative à des pratiques mises en œuvre par Carrefour dans le secteur du commerce d'alimentation générale de proximité – ADLC, déc. n° [11-D-20](#), 16 déc. 2011 relative à des pratiques mises en œuvre par Carrefour dans le secteur de la distribution alimentaire - ADLC, déc. n° [14-D-07](#), 23 juill. 2014 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution des produits bruns, en particulier des téléviseurs). La jurisprudence la plus récente semble toutefois se conformer à la position de la cour. Dans sa décision n° 20-D-04 du 16 mars 2020 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution de produits de marque Apple, l'Autorité, ne citant que l'arrêt de la Cour d'appel de Paris de 2005, relève en effet que « la circonstance que les APR (Apple Premium Reseller) se soient délibérément placés dans cette situation de dépendance en signant les contrats litigieux ne peut permettre d'écarter l'état de dépendance des APR par rapport à Apple, cette situation étant une situation objective dont l'origine est indifférente » (ADLC, déc. n° [20-D-04](#), 16 mars 2020 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution de produits de marque Apple).

Remarque

Une proposition de loi visant à mieux définir l'abus de dépendance économique déposée à l'Assemblée nationale le 15 mars 2016 et transmise au Sénat le 28 avril 2016, envisage d'en cerner les contours en ces termes :

« Une situation de dépendance économique est caractérisée, au sens du deuxième alinéa du présent article, dès lors que :

« 1° D'une part, la rupture des relations commerciales entre le fournisseur et le distributeur risquerait de compromettre le maintien de son activité ;

« 2° D'autre part, le fournisseur ne dispose pas d'une solution de remplacement auxdites relations commerciales, susceptible d'être mise en œuvre dans un délai raisonnable ».

§ 2 : Le comportement abusif

L'article L. 420-2 alinéa 2 donne un certain nombre d'exemples d'abus : refus de vente, ventes liées ou accords de gamme.

Remarque

Attention : ces accords de gamme peuvent aussi constituer un abus de position dominante : Cons. conc., déc. n° [04-D-13](#), 8 avr. 2004, Roquefort : *RLC* n° 1/2004, p. 30 ; *Contrats, conc., consom.*, 2004, comm. n° 95, obs. M. Malaurie-Vignal – CA Paris, 9 nov. 2004 – Cass. com., 6 déc. 2005 : *D.* 2006, p. 64, obs. E. Chevrier.

La liste pourrait être complétée par les pratiques de déréférencement, c'est-à-dire des ruptures de relations commerciales établies, au seul motif que le partenaire refuse de se soumettre à des conditions commerciales injustifiées.

Section 3 : Les prix abusivement bas

La loi Galland du 1^{er} juillet 1996 a ainsi fait de la pratique des prix prédateurs une infraction autonome visée à l'article L. 420-5.

L'article [L. 420-5](#) du Code de commerce prohibe les prix abusivement bas, autrement dit les prix prédateurs, c'est-à-dire, « *les offres de prix ou les 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* ».

Comme son nom le laisse entendre, le prix prédateur vise à évincer un concurrent du marché ou à l'empêcher d'y accéder.

Exemple

Comme le Conseil l'a rappelé dans une décision n° [06-D-23](#) du 21 juillet 2006, « *la qualification de prix abusivement bas suppose la réunion de trois conditions cumulatives : en premier lieu, le prix en question doit être un prix de vente au consommateur ; en deuxième lieu, le niveau de prix proposé doit être insuffisant au regard des coûts de production, de transformation et de commercialisation (...) ; en troisième lieu, le prix pratiqué doit traduire une volonté d'éviction ou bien comporter une potentialité d'éviction du concurrent ou du produit concurrent (...)* » (v. aussi ADLC, déc. n° [12-D-13](#), 15 mai 2012 relative à une saisine de la société Desriac et du syndicat national du contrôle technique automobile concernant des pratiques mises en œuvre sur le marché du contrôle technique des véhicules lourds). La notion de consommateur au sens de l'article L. 420-5 du code de commerce doit être interprétée comme étant « *la personne physique ou morale qui, sans expérience particulière dans le domaine où elle contracte, agit pour la satisfaction de ses besoins personnels et utilise dans ce seul but le produit ou le service acquis* » (CA Paris, 3 juill. 1998, Société moderne d'assainissement et de nettoyage). Ne sont donc pas des consommateurs les établissements publics (Cons. conc., déc. n° [01-D-10](#), 30 mars 2001 relative à une demande de mesures conservatoires de la société Labarde). Une analyse du prix pratiqué au regard des coûts de production, de transformation et de commercialisation doit être menée. Elle s'inscrit dans la droite ligne de la jurisprudence sur les prix prédateurs (Cons. conc., déc. n° [96-A-05](#), 2 mai 1996 relatif à une demande d'avis portant sur certaines questions de concurrence soulevées par des dispositions du projet de loi sur la loyauté et l'équilibre des relations commerciales). Doit ensuite être démontré que cette pratique a pour objet ou est susceptible d'avoir pour effet d'évincer du marché l'entreprise qui prétend en être victime ou l'un de ses produits (Cons. conc., déc. n° [02-D-64](#), 23 oct. 2002 relative à une demande de mesures conservatoires de la société Speed rabbit pizza à l'encontre des sociétés Neptune, Domino's pizza France, RM Master et Télépizza France).

Cette disposition reste totalement inefficace en pratique puisque sur la quarantaine d'affaires dans lesquelles l'article a été invoqué, aucune décision de sanction n'a été prise.