



L'abus de position dominante ou l'exploitation abusive de position dominante

publié le 24/04/2011, vu 18437 fois, Auteur : [Anthony BEM](#)

L'abus de position dominante ou l'exploitation abusive de position dominante est une pratique prohibée par l'article L. 420-2 du Code de commerce.

Nous envisagerons successivement :

- La définition de l'abus de position dominante ou l'exploitation abusive de position dominante (I) ;
- Les sanctions de l'abus de position dominante ou l'exploitation abusive de position dominante (II) ;
- Les exemptions prévues par l'article L. 420-4 du Code de commerce (III).

I – Définition de l'abus de position dominante ou l'exploitation abusive de position dominante

L'article L420-2 du Code de commerce dispose 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.

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. »

Ainsi, selon l'article L. 420-1 du Code de commerce, cette prohibition s'applique lorsque les pratiques : *« ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché, les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions, notamment lorsqu'elles tendent à :*

1° Limiter l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises ;

2° *Faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse ;*

3° *Limiter ou contrôler la production, les débouchés, les investissements ou le progrès technique ;*

4° *Répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement. »*

Ces pratiques prohibées relèvent également du droit communautaire de la concurrence en cas d'affectation du commerce intra communautaire.

Il ressort des dispositions de l'article L. 420-2 précité que trois conditions doivent être réunies pour qu'il y ait abus de position dominante :

- l'existence d'une position dominante ;
- une exploitation abusive de cette position ;
- un objet ou un effet restrictif de concurrence sur un marché.

a - L'existence d'une position dominante

Bien que la notion de position dominante ne soit pas définie par la loi, la jurisprudence a consacré une définition élaborée par les autorités et juridictions communautaires :

« la position dominante concerne une position 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 cause 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 »

La position dominante s'entendant sur un marché de produits ou de services déterminé, l'appréciation d'une telle position passe inévitablement par une définition préalable du marché pertinent, ce qui impose de mesurer le degré de substituabilité des produits ou services susceptibles de constituer ledit marché.

Le simple constat de la forte part de marché d'une entreprise ne permet pas de conclure à lui seul à l'existence d'une position dominante.

En revanche, si l'entreprise concernée dispose d'une avance technologique telle qu'elle lui permet d'augmenter ses prix sans craindre une érosion de sa clientèle, cette entreprise peut être considérée comme étant en position dominante.

Il en va de même d'une entreprise qui détient des marques d'une très forte notoriété auprès des consommateurs, au point que les distributeurs ne peuvent se passer de ces marques.

Le cas de position dominante le plus caractérisé est la position de monopole, a fortiori si cette situation n'est pas ponctuelle (cas où une entreprise est la première à intervenir sur un marché émergent) mais résulte de la difficulté pour d'autres opérateurs d'entrer sur le marché (existence de barrières de nature réglementaire, technologique ou autres...).

b - L'exploitation abusive d'une telle position

L'article L. 420-2 du code de commerce énumère des pratiques susceptibles de constituer un abus de position dominante :

- le refus de vente,
- les ventes liées,
- les conditions de vente discriminatoires
- la rupture des relations commerciales au motif que le partenaire refuse de se soumettre à des conditions commerciales injustifiées.

Cette liste n'est pas limitative et la commission des communautés européenne a publié, le 9 février 2009, un guide de mise en oeuvre de l'article 82 du traité CE (devenu article 102 TFUE)

Concrètement, la notion d'abus de position dominante recouvre deux notions différentes :

- **Les abus illicites par eux-mêmes** : il s'agit des comportements qui contreviennent déjà à une définition juridique. Dès lors qu'ils sont mis en oeuvre par une entreprise en position dominante, de tels comportements sont constitutifs d'abus au sens de l'article L. 420-2 du Code de commerce.

- **Les comportements qui ne sont abusifs que parce que l'entreprise occupe une position dominante** : il s'agit de tous les comportements excédant les limites d'une concurrence normale de la part d'une entreprise en position dominante et qui ne trouvent d'autre justification que l'élimination des concurrents effectifs ou potentiels ou l'obtention d'avantages injustifiés. Exemples : pratiques d'éviction des concurrents, dispositions contractuelles imposées aux partenaires économiques qui renforcent le pouvoir de l'entreprise dominante sur le marché, toutes formes de pratiques commerciales à l'égard des clients ou concurrents de l'entreprise dominante visant à l'octroi ou au maintien d'avantages injustifiés, pratiques de prix prédateurs, etc...

c - Un objet ou un effet restrictif de concurrence sur un marché

La Cour de cassation a jugé que seule une atteinte sensible à la concurrence peut caractériser une pratique anticoncurrentielle (Cass. Com., 15 juillet 1992 ; Cass. Com., 4 mai 1993).

Ainsi, ne peuvent être sanctionnés que les abus de position dominante dont les effets, actuels ou potentiels, sont suffisamment tangibles.

En outre, l'infraction d'abus de position dominante ne peut être constituée que s'il y a un lien de causalité entre le pouvoir de domination de l'entreprise et l'abus qui lui est imputé.

En d'autres termes, l'exploitation abusive doit être réalisée par l'utilisation de la position dominante.

L'effet anticoncurrentiel de telles pratiques peut se produire sur un autre marché de produits ou de services que celui sur lequel l'entreprise concernée occupe une position dominante.

Ainsi, lorsqu'une entreprise en position dominante sur un marché donne subordonne l'octroi de remises sur ses produits situés sur ce marché à l'achat de ses autres produits situés sur un autre marché, c'est ce dernier marché qui est plus particulièrement affecté.

II – Sanctions de l'abus de position dominante ou l'exploitation abusive de position dominante

L'article L464-2 du Code de commerce organise les sanctions et dispose que :

« I.- L'Autorité de la concurrence peut ordonner aux intéressés de mettre fin aux pratiques anticoncurrentielles dans un délai déterminé ou imposer des conditions particulières. Elle peut aussi accepter des engagements proposés par les entreprises ou organismes et de nature à mettre un terme à ses préoccupations de concurrence susceptibles de constituer des pratiques prohibées visées aux articles [L. 420-1](#), [L. 420-2](#) et [L. 420-5](#).

Elle peut infliger une sanction pécuniaire applicable soit immédiatement, soit en cas d'inexécution des injonctions soit en cas de non-respect des engagements qu'elle a acceptés.

Les sanctions pécuniaires sont proportionnées à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie, à la situation de l'organisme ou de l'entreprise sanctionné ou du groupe auquel l'entreprise appartient et à l'éventuelle répétition de pratiques prohibées par le présent titre. Elles sont déterminées individuellement pour chaque entreprise ou organisme sanctionné et de façon motivée pour chaque sanction.

*Si le contrevenant n'est pas une entreprise, le montant maximum de la sanction est de 3 millions d'euros. **Le montant maximum de la sanction est, pour une entreprise, de 10 % du montant du chiffre d'affaires mondial hors taxes le plus élevé** réalisé au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en oeuvre. Si les comptes de l'entreprise concernée ont été consolidés ou combinés en vertu des textes applicables à sa forme sociale, le chiffre d'affaires pris en compte est celui figurant dans les comptes consolidés ou combinés de l'entreprise consolidante ou combinante.*

L'Autorité de la concurrence peut ordonner la publication, la diffusion ou l'affichage de sa décision ou d'un extrait de celle-ci selon les modalités qu'elle précise. Elle peut également ordonner l'insertion de la décision ou de l'extrait de celle-ci dans le rapport établi sur les opérations de l'exercice par les gérants, le conseil d'administration ou le directoire de l'entreprise. Les frais sont supportés par la personne intéressée.

II.- L'Autorité de la concurrence peut infliger aux intéressés des astreintes dans la limite de 5 % du chiffre d'affaires journalier moyen, par jour de retard à compter de la date qu'elle fixe, pour les contraindre :

a) A exécuter une décision les ayant obligés à mettre fin aux pratiques anticoncurrentielles, à exécuter une décision ayant imposé des conditions particulières ou à respecter une décision ayant rendu un engagement obligatoire en vertu du I ;

b) A respecter les mesures prononcées en application de l'article [L. 464-1](#).

Le chiffre d'affaires pris en compte est calculé sur la base des comptes de l'entreprise relatifs au dernier exercice clos à la date de la décision. L'astreinte est liquidée par l'Autorité de la concurrence qui en fixe le montant définitif.

III.-Lorsqu'un organisme ou une entreprise ne conteste pas la réalité des griefs qui lui sont notifiés, le rapporteur général peut proposer à l'Autorité de la concurrence, qui entend les parties et le commissaire du Gouvernement sans établissement préalable d'un rapport, de prononcer la sanction pécuniaire prévue au I en tenant compte de

l'absence de contestation. Dans ce cas, le montant maximum de la sanction encourue est réduit de moitié. Lorsque l'entreprise ou l'organisme s'engage en outre à modifier son comportement pour l'avenir, le rapporteur général peut proposer à l'Autorité de la concurrence d'en tenir compte également dans la fixation du montant de la sanction.

IV.-Une exonération totale ou partielle des sanctions pécuniaires peut être accordée à une entreprise ou à un organisme qui a, avec d'autres, mis en oeuvre une pratique prohibée par les dispositions de l'article L. 420-1 s'il a contribué à établir la réalité de la pratique prohibée et à identifier ses auteurs, en apportant des éléments d'information dont l'Autorité ou l'administration ne disposaient pas antérieurement. A la suite de la démarche de l'entreprise ou de l'organisme, l'Autorité de la concurrence, à la demande du rapporteur général ou du ministre chargé de l'économie, adopte à cette fin un avis de clémence, qui précise les conditions auxquelles est subordonnée l'exonération envisagée, après que le commissaire du Gouvernement et l'entreprise ou l'organisme concerné ont présenté leurs observations ; cet avis est transmis à l'entreprise ou à l'organisme et au ministre, et n'est pas publié. Lors de la décision prise en application du I du présent article, l'Autorité peut, si les conditions précisées dans l'avis de clémence ont été respectées, accorder une exonération de sanctions pécuniaires proportionnée à la contribution apportée à l'établissement de l'infraction.

V.-Lorsqu'une entreprise ou un organisme ne défère pas à une convocation ou ne répond pas dans le délai prescrit à une demande de renseignements ou de communication de pièces formulée par un des agents visés au I de l'article L. 450-1 dans l'exercice des pouvoirs qui lui sont conférés par les titres V et VI du livre IV, l'Autorité peut, à la demande du rapporteur général, prononcer à son encontre une injonction assortie d'une astreinte, dans la limite prévue au II.

Lorsqu'une entreprise a fait obstruction à l'investigation ou à l'instruction, notamment en fournissant des renseignements incomplets ou inexacts, ou en communiquant des pièces incomplètes ou dénaturées, l'Autorité peut, à la demande du rapporteur général, et après avoir entendu l'entreprise en cause et le commissaire du Gouvernement, décider de lui infliger une sanction pécuniaire. Le montant maximum de cette dernière ne peut excéder 1 % du montant du chiffre d'affaires mondial hors taxes le plus élevé réalisé au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en oeuvre. »

Ces sanctions sont déterminées individuellement pour chaque entreprise sanctionnée et de façon motivée pour chaque sanction.

Enfin, selon l'article L. 420-6 du Code de commerce, une juridiction pénale peut être saisie et condamner toute personne physique qui aura pris une part personnelle et déterminante dans la conception, l'organisation ou la mise en oeuvre des pratiques relevant de l'article L. 420-2.

III - Les exemptions prévues par l'article L. 420-4 du Code de commerce

L'article L. 420-4 du code de commerce prévoit un régime d'exemption et dispose que :

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

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

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

II.-Certaines catégories d'accords ou certains accords, notamment lorsqu'ils ont pour objet d'améliorer la gestion des entreprises moyennes ou petites, peuvent être reconnus comme satisfaisant à ces conditions par décret pris après avis conforme de l'Autorité de la concurrence. »

Bien que l'article L.420-4 du code de commerce prévoit que les pratiques « qui résultent de l'application d'un texte législatif ou d'un texte réglementaire pris pour son application » échappent à l'interdiction prescrite par les articles L. 420-1 et L. 420-2 du code de commerce, cette forme d'exemption ne s'applique « *que pour autant que les pratiques constatées sont la conséquence directe et nécessaire du texte invoqué* » (Avis du Conseil de la concurrence, n°03-A-21, du 31 décembre 2003 ; Décision du Conseil de la concurrence, n°03-D-03, du 16 janvier 2003 ; Décision du Conseil de la concurrence, n°08-D-06, du 2 avril 2008).

L'Autorité de la concurrence a aussi considéré que le seul fait qu'une pratique soit encouragée par les pouvoirs publics et connue de ceux-ci ne suffit pas à la justifier au titre de l'article L.420-4 du code de commerce (Décision du Conseil de la concurrence, n°05-D-10, du 15 mars 2005) et qu'un comportement anti-concurrentiel ne peut être exempté « *que s'il apparaît sur la base d'indices objectifs, pertinents et concordants que ce comportement leur a été unilatéralement imposé par les autorités nationales par l'exercice de pressions irrésistibles, telles que la menace d'adoption de mesures étatiques susceptibles de leur faire subir des pertes importantes* » (Décision du Conseil de la concurrence, n°07-D-15, du 9 mai 2007).

S'agissant de la notion de « contribution au progrès économique », un Avis l'Autorité de la concurrence, du 22 septembre 2005, précise que la possibilité d'une exemption s'apprécie au cas par cas en fonction de quatre critères cumulatifs: « *la réalité du progrès économique mentionné, le caractère indispensable et adapté des pratiques en cause pour l'obtenir, l'existence d'un bénéfice pour les consommateurs et l'absence d'élimination de toute concurrence* » (Avis du Conseil de la concurrence, n°05-A-17, du 22 septembre 2005).

De tels objectifs doivent « *constituer un progrès pour la collectivité dans son ensemble et non simplement permettre une amélioration conjoncturelle de la situation des entreprises concernées* » (Décision du Conseil de la concurrence, n°05-D-03, du 10 février 2005).

Ainsi, pour constituer une cause d'exemption, la contribution au progrès économique doit avoir des effets mesurables et certains telle « *une baisse des prix de vente au consommateur des produits de grande distribution constituerait un progrès économique objectif, mesurable par des relevés de prix. Au contraire, la simple allégation de conditions de concurrence plus saines ne remplirait pas les conditions d'objectivité et de vérifiabilité requises* » (Avis du Conseil de la

concurrence, n°04-A-18, du 18 octobre 2004), même si les effets bénéfiques sont indirects sur le territoire national (Avis du Conseil de la concurrence, n°06-A-07, du 22 mars 2006).

Exemples de contribution au progrès économique :

- une mesure visant à raccourcir les délais de paiement des entreprises (Avis du Conseil de la concurrence, n°05-A-17, du 22 septembre 2005),
- un accord visant à obtenir de meilleures conditions d'achat d'électricité [Avis du Conseil de la concurrence, n°05-A-23, du 5 décembre 2005),
- la mise en place d'un système de vente à terme de produits agricoles aux conditions de marché constituant une forme d'assurance contre la fluctuation excessive des cours [Décision du Conseil de la concurrence, n°05-D-10, du 15 mars 2005),
- un système contribuant au développement durable et à la préservation de l'environnement (Avis du Conseil de la concurrence, n°06-A-07, du 22 mars 2006),
- une concertation entre sociétés concessionnaires de réseaux autoroutiers visant à préserver et à améliorer la concurrence entre distributeurs de carburant sur autoroute (Avis du Conseil de la concurrence, n°04-A-06, du 16 avril 2004),
- la concertation des banques visant à unifier un système de porte-monnaie électronique de nature à améliorer l'efficacité, la productivité et la sécurité du système de paiement français (Avis du Conseil de la concurrence, n°03-A-17, du 18 septembre 2003),
- la concertation entre banques pour assurer une prestation bancaire minimale pour les clients défavorisés (Avis du Conseil de la concurrence, n°01-A-13 du 19 juin 2001),
- l'imposition de certains tarifs et caractéristiques de services par un franchiseur à ses franchisés afin de rassurer le consommateur en matière de vente à distance (Décision du Conseil de la concurrence, n°00-D-75 du 6 février 2001),
- la préconisation d'une méthode de tarification par un organisme professionnel d'orthopédistes à ses membres, susceptible de contribuer à la modération des tarifs (Décision du Conseil de la concurrence, n° 07-D-05, du 21 février 2007).

En tout état de cause, la preuve du caractère indispensable de la pratique en cause pour atteindre les objectifs allégués doit être apportée par l'auteur de la pratique qui doit prouver en pratique que :

- le progrès allégué n'aurait pas pu être obtenu « par un autre moyen moins restrictif de concurrence » (Avis du Conseil de la concurrence, n° 04-A-18, du 18 octobre 2004) ;
- il existe un lien direct entre celle-ci et l'effet positif escompté (Avis du Conseil de la concurrence, n° 05-A-23, du 5 décembre 2005 et Décision du Conseil de la concurrence, n°02-D-42, du 28 juin 2002) ;
- la contribution au progrès économique doit être suffisante pour « compenser les incidences des pratiques sur la concurrence » (Décision du Conseil de la concurrence, n°02-D-62, du 27 septembre 2002.

Je suis à votre disposition pour toute information ou action.

PS : Pour une recherche facile et rapide des articles rédigés sur ces thèmes, vous pouvez taper vos "mots clés" dans la barre de recherche du blog en haut à droite, au dessus de la photographie.

Anthony Bem
Avocat à la Cour
27 bd Malesherbes - 75008 Paris
Tel : 01 40 26 25 01

Email : abem@cabinetbem.com

www.cabinetbem.com