

## **Paragraphe 2 : La concurrence anti-contractuelle**

Il s'agit du régime applicable à la clause de non-concurrence, dont l'objet consiste à interdire à un cocontractant (débitéur de l'obligation de non-concurrence) d'exercer une activité concurrente au profit de son partenaire (créancier de l'obligation).

Elle est généralement stipulée lorsqu'il existe un transfert de clientèle ou un intérêt à protéger.

Elle peut, en outre, venir organiser une obligation de non-concurrence dite « de plein droit » prévue par un texte et/ou compléter une « clause d'exclusivité » pendant ou au terme du contrat (clause de non-concurrence post-contractuelle).

Ces clauses sont soumises à des conditions de validité et leur non-respect conduit à la mise en œuvre des règles de responsabilité contractuelle.

Pour être valable, elle doit :

- Être limitée dans le temps ou dans l'espace
- Être limitée dans son objet (l'activité)
- Répondre à un intérêt légitime du créancier (être justifiée et proportionnée à l'objectif poursuivi)

Le non-respect de la clause, qui génère une obligation de faire, se résout en dommages et intérêts.

## **Section 2 : La liberté de la concurrence**

Parmi les comportements visés par le droit de la concurrence, les pratiques anticoncurrentielles (§I) et les opérations de concentrations (§II) sont susceptibles d'affecter la concurrence sur le marché.

### **Paragraphe 1 : Les pratiques anticoncurrentielles**

Les pratiques anticoncurrentielles sont prohibées lorsqu'elles viennent restreindre le fonctionnement normal de la concurrence sur les marchés (I). La prohibition peut toutefois être anticipée par les entreprises, de façon à éviter les sanctions (II).

#### **I – La prohibition des pratiques anticoncurrentielles**

Il existe deux catégories de pratiques anticoncurrentielles qu'il convient d'exposer (A) avant d'expliquer le régime qui leur est applicable (B).

##### **A – Les catégories de pratiques anticoncurrentielles**

Les pratiques anticoncurrentielles englobent des pratiques concertées entre plusieurs entreprises : les ententes (1), ainsi que des comportements unilatéraux : les abus de domination (2).

## **1 - Les pratiques concertées : les ententes**

Selon l'article **L. 420-1** du Code de commerce, une entente est une « *action concertée, convention, entente expresse ou tacite ou coalition* » entre entreprises. L'article **101 TFUE**, de manière proche, vise les « *accord entre entreprises, (...) décisions d'associations d'entreprises, (...) pratiques concertées* ».

Ces textes énoncent les éléments constitutifs d'une entente : des entreprises, d'une part, un accord de volontés, d'autre part.

### ➤ **Des entreprises**

Les textes relatifs aux ententes supposent la démonstration d'une action concertée par plusieurs entreprises.

Celles-ci doivent agir de manière indépendante/autonome = elles doivent donc être capables de définir leur propre stratégie commerciale, financière et technique et de s'affranchir du contrôle hiérarchique de la société dont elles dépendent.

Cette exigence exclut donc du champ d'application de ces textes la filiale à 100% ou le représentant de l'entreprise, comme par exemple un mandataire.

La création d'une filiale commune, en revanche, peut être considérée comme une entente car elle suppose un accord entre entreprises indépendantes.

### ➤ **Un accord de volontés**

La condamnation des entreprises suppose la démonstration d'une **concertation**, d'un accord entre elles. L'expression de la volonté commune suffit. Il n'est pas besoin, par conséquent, de démontrer l'existence formelle d'un accord (contrat), ni même l'existence d'un élément intentionnel (c'est-à-dire l'intention d'enfreindre le droit de la concurrence). Seule compte, en effet, la participation objective de l'entreprise à la concertation.

Il peut ainsi exister différentes formes d'ententes, car la notion, exigeant simplement la preuve d'un concours de volontés, est large :

- Les ententes « juridiquement formées » (organisation professionnelles, entreprises communes, GIE par ex.) : dans ce cas, une décision unilatérale peut être constitutive d'une entente, car la décision en cause, qui engage un ensemble d'opérateurs, présente un caractère collectif. C'est ainsi qu'un ordre professionnel, qui représente la volonté collective de ses membres, peut être sanctionné pour entente alors qu'il prend une décision unilatéralement et qu'elle ne relève pas de ses prérogatives de puissance publique.
- les conventions (qui englobent également les contrats d'adhésion).
- les actions concertées (à différencier toutefois d'un simple parallélisme de comportements : théories du *price leader* ou encore *des équilibres non collusifs*. En effet, les réactions parallèles de concurrents ne signifient pas systématiquement la volonté de participer à une entente. Il faut donc prouver le concours de volontés)
- les ententes tacites (simple adhésion/acquiescement à une pratique) : là encore convient-il de démontrer la volonté de l'entreprise de participer, la simple exécution de l'accord n'étant pas suffisante et suggérant, tout au plus, un comportement unilatéral de l'une des parties.

## **2 - Les comportements unilatéraux : les abus de domination**

Les abus de domination, pratiques unilatérales, désignent deux situations distinctes. La première est connue tout autant du droit interne que du droit communautaire de la concurrence : il s'agit de l'abus de position dominante (a). La seconde, propre au droit français, vise les abus de dépendance économique (b).

### **a – L'abus de position dominante**

Tout comme en ce qui concerne les ententes, le droit interne et le droit communautaire de la concurrence adoptent une approche semblable de l'abus de position dominante, sans toutefois en livrer une véritable définition (Art. **L. 420-2 al. 1** du Code de commerce et **102 TFUE**).

Il en ressort qu'est prohibée l'exploitation abusive par une entreprise de sa « position dominante » sur un marché.

La jurisprudence, essentiellement communautaire, est venue préciser le contenu de cette notion.

- ✓ La position dominante désigne le pouvoir de marché d'une entreprise, sa situation de puissance économique. Elle est caractérisée lorsque l'entreprise est en mesure, du fait de sa position sur le marché, de ne plus se soucier des contraintes du marché et peut obliger ses concurrents à s'aligner sur elle<sup>1</sup>.  
Des indices permettent d'identifier la position dominante d'une entreprise : le nombre important de parts de marchés détenues (> à 50%), par exemple, ou encore son avance technique sur ses concurrents ou l'absence de concurrence potentielle.

L'entreprise qui bénéficie de cette situation de puissance peut être amenée à en abuser.

Ces abus peuvent consister, notamment, en refus de vente ou en ventes liées.

L'abus de position dominante est constitué lorsque sont les éléments suivants :

- Un comportement est imputable à une entreprise ou un groupe d'entreprises (liées ou non entre elles) se trouvant en situation de domination.
- Un comportement abusif : les textes fournissent déjà des exemples, mais la pratique des autorités de concurrence a permis de dégager d'autres illustrations. L'abus, en effet, peut résider dans le refus de l'entreprise de laisser accéder un concurrent à une « infrastructure », une « facilité » ou une « installation essentielle » à son entrée sur le marché. La « théorie des installations essentielles », en effet, prévoit que constitue un abus le fait, pour une entreprise qui dispose d'un monopole, ou d'un quasi-monopole sur une infrastructure et, dans le même temps, qui exploite un service à partir de cette infrastructure, d'en limiter l'accès aux concurrents de façon injustifiée.

**Remarque** : la domination en elle-même n'est pas sanctionnée, seul l'abus de celle-ci donnera lieu à sanction. Toutefois, une entreprise dominante a une responsabilité particulière car elle peut être sanctionnée lorsqu'elle se livre à des comportements que d'autres entreprises non dominantes pourront mettre en œuvre sans être sanctionnées.

---

<sup>1</sup> CJCE, 13 février 1979, *Hoffman- La Roche* : Rec. CJCE, p. 461. La Cour définit la position dominante comme « une 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 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 ».

## **b – L’abus de dépendance économique**

La sanction de l’abus de dépendance économique est un particularisme français. L’article **L. 420-2 al. 2** du Code de commerce prévoit qu’ « *est 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*** ».

- **Le comportement visé intervient donc dans le cadre d’une relation dite « verticale ».** Il s’agit d’un abus commis dans le cadre d’une relation économique, le partenaire qui abuse de la dépendance de l’autre n’étant pas nécessairement en situation de position dominante sur le marché.

Le texte ajoute que ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées, ou en **pratiques discriminatoires** (ou restrictives de concurrence telles que visées à l’article L. 442-6, I, du même code = par ex. : tenter d’obtenir des avantages ne correspondant à aucun service commercial, soumettre le cocontractant à des obligations créant un déséquilibre, etc.).

### **éléments constitutifs :**

- Une dépendance économique. La situation de dépendance économique « *s’apprécie en tenant compte de l’importance de la part du fournisseur dans le chiffre d’affaires du revendeur, de la notoriété de la marque du fournisseur, de l’importance de la part de marché du fournisseur, et de l’impossibilité pour le distributeur d’obtenir d’autres fournisseurs de produits équivalents* »<sup>2</sup>. Ces critères sont cumulatifs.

Avant une réforme de 2001 (loi NRE), le texte prévoyait en outre l’obligation de démontrer que l’état de dépendance économique constituait un abus contre l’entreprise « *qui ne dispose pas de solution équivalente* ». Bien que supprimée par la loi, cette condition continue d’être exigée par les autorités de concurrence et les juridictions.

- Un abus : il s’apprécie comme pour l’abus de position dominante.

## **B – Le régime de prohibition**

La prohibition de ces pratiques repose sur un constat : l’atteinte portée au marché (1). Une fois cette atteinte prouvée, la pratique sera sanctionnée (2).

### **1 – Le fondement de la prohibition : l’atteinte portée au marché**

Les ententes et les abus de domination ne seront sanctionnés qu’en cas d’atteinte portée au marché.

La restriction concurrentielle donc doit être prouvée et fait l’objet d’une analyse au cas par cas.

Or, dans la mesure où ce sont les conditions de fonctionnement de la concurrence sur un marché qui sont affectées, **il faut nécessairement en délimiter l’étendue.**

---

<sup>2</sup> Cons. Conc., déc. n° 89-D-16 du 2 mai 1989 : revue lamy, n° 361.

La délimitation de l'espace affecté, que l'on désigne sous l'appellation de « *marché pertinent* » ou « *en cause* » ou « *concerné* » permet, en effet, de démontrer les effets réels de la pratique sur la concurrence. Cette étape repose sur la démonstration de la preuve que ce marché existe, c'est-à-dire qu'il existe un lieu, un endroit abstrait, sur lequel les produits et/ou les services proposés sont substituables, c'est-à-dire interchangeables aux yeux du consommateur, et ce sur un espace géographique donné. Ce n'est qu'une fois le « marché pertinent » déterminé, qu'il devient alors possible de démontrer que la pratique y cause véritablement une atteinte.

Le droit de la concurrence vient donc sanctionner un « **dommage causé à l'économie** », autrement dit au secteur économique concerné dans son ensemble, et non seulement à l'entreprise demanderesse (consommateurs, entreprises).

La preuve de l'effet anticoncurrentiel de l'entente peut être rapportée par **tous moyens** (documents, par ex., ou faisceau d'indices graves, précis et concordants lesquels, une fois réunis, présument la constitution de la pratique). La charge de la preuve incombe à celui qui se prétend victime de l'atteinte, où encore à l'autorité de concurrence lorsqu'elle se saisit d'office de difficultés concurrentielles constatées sur un marché.

## **2 – Les sanctions et exemptions**

Les principales sanctions des pratiques anticoncurrentielles sont d'abord **administratives** : elles sont essentiellement **pécuniaires** (amendes ne pouvant excéder 10% du Chiffre d'affaires mondial) et infligées par l'Autorité de la concurrence. Ces amendes peuvent également s'accompagner d'**injonctions**.

Des **sanctions civiles** peuvent ensuite être encourues, telles que la nullité de l'engagement à l'origine de la pratique (art. L. 420-3 C. Com./ 101 § 2 TFUE) ; alors même qu'une partie ignorait son caractère anticoncurrentiel ; ou la condamnation au paiement de dommages-intérêts sur le fondement de l'article 1240 C. civ.

Des **sanctions pénales**, enfin : pour la personne physique ayant pris part frauduleusement à une pratique, l'article L. 420-6 du Code de commerce prévoit une condamnation à quatre ans d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende. Le tribunal peut également ordonner la publication du jugement.

**Toutefois, dans certains cas, les pratiques, alors même qu'elles créent une atteinte à la concurrence, ne seront pas sanctionnées. En effet, elle peuvent être exemptées dans certaines conditions.**

En dépit du caractère nuisible des **ententes**, droit communautaire et droit interne prévoient ainsi qu'elles peuvent faire l'objet :

- soit d'une exemption dite « individuelle », lorsqu'elles produisent un progrès économique (C. com., art. L. 420-4. - TFUE, art. 101, § 3 – *Le progrès économique désigne la création de gains d'efficacité économique, tels que l'amélioration des circuits de production, l'innovation ou encore la création d'emplois*) ou qu'elles résultent de l'application d'un texte législatif ou d'un texte réglementaire pris pour son application (C. com., art. L. 420-4, 1°)
- soit d'une exemption prévue par un « règlement d'exemption », c'est-à-dire d'un texte spécifique régissant certains accords présumés inoffensifs pour le fonctionnement de la concurrence.

Certaines ententes, appelées aussi « cartels », sont en revanche difficilement justifiables en raison de leur extrême gravité. Il s'agit d'ententes horizontales, ayant souvent un caractère secret et consistant à fixer des prix, à répartir des marchés ou à limiter la production, dans l'unique but de fausser le jeu de la concurrence. Ces cartels sont des restrictions de concurrence dites « par objet ».

Pour les **abus de domination**, l'articulation des textes communautaires et internes est moins aisée.

- En droit interne, la règle de l'exemption individuelle est commune à l'appréciation des restrictions de concurrence s'inférant des ententes et des abus de position.
- Le droit communautaire, en revanche, ne prévoit pas d'exemption des pratiques abusives. Toutefois, dans sa pratique décisionnelle, la Commission reconnaît qu'un comportement abusif d'éviction peut être justifié par des considérations objectives ou par la démonstration qu'il produit des gains d'efficacité substantiels qui l'emportent sur ses effets anticoncurrentiels.

## **II- La prévention des pratiques anticoncurrentielles : les programmes de conformité**

Les entreprises et organismes sont encouragés à se doter de programmes de conformité aux règles de concurrence.

L'Autorité de la concurrence a publié en 2012 un document relatif aux programmes de conformité aux règles de concurrence. Ce document est régulièrement mis à jour.

**= ces programmes visent essentiellement à développer une culture de concurrence au sein des entreprises et auprès de l'ensemble du personnel de façon à éviter les sanctions.**

L'adoption de programmes de conformité est ainsi recommandée **pour tout type d'entreprise et dans tous les secteurs d'activité.**

**Pour être efficaces**, ces programmes doivent poursuivre deux objectifs :

- prévenir les risques d'infraction (aspect préventif)
- donner les moyens de détecter et de traiter les cas d'infractions qui n'ont pas pu être évités (aspect curatif)

Pour cela, il s'agit de prendre des **mesures concrètes** permettant de détecter de possibles manquements au droit de la concurrence, d'y mettre fin et d'en prévenir la réitération.

**Attention : il n'existe pas de programme de conformité type.**

Ils convient, pour l'entreprise, de s'organiser autour de grands axes qui doivent être formalisés dans une documentation actualisée et accessible à tous.

- **Axe 1** : l'engagement clair, ferme et public des organes de direction à respecter les règles de concurrence et à soutenir le programme de conformité de l'entreprise

Il faut donc rappeler dans le document que le respect des règles de concurrence est une obligation légale et un élément de la responsabilité économique de l'entreprise et que

l'entreprise s'engage à mettre en œuvre toute mesure destinée à prévenir tout manquement à ces règles et à les traiter.

- **Axe 2** : la désignation d'une ou plusieurs personnes responsables de la mise en œuvre du programme de conformité dotées des pouvoirs et moyens nécessaires

La personne désignée doit pouvoir se consacrer de manière effective à la mise en place du programme et avoir les pouvoirs de rendre le respect du programme effectif.

Il doit s'agir d'une personne qui est en mesure d'accéder directement aux organes de direction afin de pouvoir poser toute question en lien avec ce programme.

C'est une personne qui bénéficie de moyens matériels et humains lui permettant de le rendre efficace.

- **Axe 3** : l'engagement de mettre en place des mesures d'information et de sensibilisation (dans le respect du droit du travail).

Communication interne : Cela suppose de diffuser de la documentation expliquant la teneur des règles de concurrence, faisant état de l'importance de les respecter (sanctions), et informant des mécanismes interne d'alerte.

L'organisation de sessions de formation.

Information des actionnaires sur l'existence du programme

Communication externe : information des partenaires sur l'adoption du programme

- **Axe 4** : le déploiement de mesures effectives de contrôle, d'audit et d'alerte interne.

Mise en place de mesures destinées à assurer et évaluer le respect individuel du programme (clauses dans les contrats de travail par exemple, dans un règlement intérieur)

Mise en place d'un dispositif permettant aux salariés de demander conseil au responsable du programme et/ou de l'alerter de façon confidentielle

La mise en place d'audits juridiques ou commerciaux réguliers (notamment en cas de développement de nouveaux projets, etc.)

## **Paragraphe 2 : Le contrôle des opérations de concentration**

Les textes communautaire et interne encadrent le rapprochement des entreprises (Rt 139/2004 du 20 janvier 2004 et art. L. 430-1 et s. c. com.) : en effet, ces stratégies de regroupement peuvent avoir un effet néfaste pour le marché du fait de l'augmentation de la taille des entreprises concernées et de leur pouvoir de marché.

Afin d'éviter l'altération des structures des marchés, le droit de la concurrence, de manière préventive, régule ces rapprochements au travers d'un contrôle des opérations de concentration.

Quel est le champ d'application du contrôle ?

Selon quelles modalités est-il mis en œuvre ?

### **I – Champ d'application du contrôle**

**Qu'est-ce qu'une opération de concentration ?** : selon les articles L. 430-1 du Code de commerce et 3 du Règlement n°139/2004 du 20 janvier 2004, une opération de concentration vise trois situations : la prise de contrôle, la création d'une entreprise commune ou la fusion.

La notion de fusion est d'abord juridique et vise la fusion dite « acquisition » (plusieurs entreprises fusionnent pour n'en former qu'une) ou la fusion dite « absorption » (une entreprise disparaît et transmet son patrimoine à une autre). Cette notion est aussi économique et renvoie à la fusion de fait, c'est-à-dire la création d'une unité économique (combinaison d'activités d'entreprises antérieurement indépendantes qui aboutit à la création d'un seul et même ensemble économique (direction économique en commun unique et permanente)).

La prise de contrôle désigne la possibilité qu'a une entreprise d'exercer une influence déterminante sur l'activité d'une autre, peu importe les modalités de cette prise de contrôle (c'est le cas, par ex., lorsque l'entreprise détient la majorité ou une part prépondérante du capital d'une autre entreprise, ou lorsqu'elle détient des droits etc.).

L'entreprise commune (ou *joint venture*) : il s'agit d'une entreprise commune dite de plein exercice, c'est-à-dire qui exerce de manière durable les fonctions d'une entité économique autonome.

## **II – Mise en œuvre du contrôle**

Une « opération de concentration » ne fera l'objet d'un contrôle dans le but de préserver l'existence de la concurrence que lorsqu'elle franchit certains **seuils** calculés en Chiffre d'Affaires (c'est-à-dire le montant des ventes du dernier exercice, dont on déduit certains impôts et taxes).

Au-delà de ces seuils, en effet, les parties à l'opération seront tenues de saisir l'autorité interne (Autorité de la concurrence) ou communautaire (Commission européenne) de marché afin d'obtenir une **autorisation**. Il s'agira, ainsi, de « notifier » l'opération. C'est à cette occasion que l'autorité saisie vérifiera la compatibilité de l'opération avec les exigences concurrentielles. Si les seuils ne sont pas franchis, l'opération ne nécessitera pas de notification.

Les seuils diffèrent, en raison de la différence des marchés visés, selon qu'il s'agit d'une opération de dimension communautaire ou de dimension interne.

- En droit communautaire, pour que l'opération soit contrôlable, les textes prévoient que le chiffre d'affaires total mondial hors taxes de toutes les entreprises parties à l'opération doit être d'au moins 5 milliards d'euros.  
Par ailleurs, le chiffre d'affaires de deux au moins de ces entreprises doit être de 250 millions d'euros dans l'ensemble de l'UE.  
En revanche, si l'entreprise réalise plus des 2/3 de son chiffre d'affaires dans un état membre, l'opération n'est plus de dimension communautaire.  
Lorsque ces seuils sont franchis, l'opération doit être notifiée à la **Commission européenne** par l'entreprise qui joue le rôle d'acquéreur, et ce au plus tard avant la réalisation de l'opération. La Commission, qui a 25 jours pour se prononcer, peut alors : soit considérer que l'opération relève du droit interne, soit rendre une décision d'incompatibilité (atteinte à la concurrence) et demander à ce que les entreprises la rendent compatible, soit, enfin, considérer qu'il y a doute quant à sa compatibilité avec la concurrence et engager alors une procédure d'examen approfondi. Si la concentration a lieu alors qu'elle a été déclarée incompatible, la Commission peut exiger la dissolution de la concentration et infliger une amende aux entreprises défailtantes.



- En droit interne, l'opération est contrôlable par l'**Autorité de la concurrence** si le chiffre d'affaires mondial hors taxes de l'ensemble des entreprises qui en sont parties est supérieur à 150 millions d'euros ; et si le chiffre d'affaires mondial hors taxes réalisé en France par deux au moins des entreprises est supérieur à 50 millions d'euros.  
Dans ce cas, l'opération n'entre pas dans le champ d'application du droit communautaire et l'Autorité dispose de 25 jours pour se prononcer (à cette occasion, les entreprises peuvent prendre des engagements pour rendre l'opération compatible avec la concurrence). Elle peut, soit constater que l'opération n'entre pas dans le champ d'application des règles relatives au contrôle (l'opération dépend du droit communautaire ou ne dépasse pas les seuils), soit autoriser (voire en la subordonnant à la réalisation effective des engagements), soit, enfin, mettre en place une phase d'examen approfondi, si elle estime qu'il existe des doutes sérieux d'atteinte à la concurrence. Dans ce cas, elle doit prendre une décision dans les 65 jours qui suivent l'ouverture de la procédure. Elle peut imposer une sanction pécuniaire aux entreprises, notamment en cas d'omission, de fausse déclaration, ou de réalisation de l'opération avant la décision d'autorisation.  
Lors de la phase d'examen, le ministre de l'économie peut intervenir pour « **évoquer l'affaire** » = cela signifie qu'il peut se prononcer sur l'impact de l'opération sur l'intérêt général.