**Droit communautaire de la concurrence**

**Semaine1 cours 1**

INTRO

Trois sens du mot concurrence: Commun, éco, juridique.

La Df juridique suit la définition éco.

Eco: “Mode d’organisation fondé sur l’autonomie, l’indep ds opérateurs et leur resp”.

Ce mode d’org° éco est la base du système d’éco libérale (opposé de l’économie planifiée).

La concurrence est avant tout un CHOIX POLITIQUE.

1. Un choix politique

**EN FRANCE**

Fce = système mixte, pas de culture de la concurrence.

- Ancien régime = antithèse de la concurrence (corporations, privilèges...).

- Révolution = Lib du cce et de l’ind et interdiction des coalitions.

- Napoléon = Propriété pvée et liberté de contracter (Cciv) + coalition éco érigée en délit (CP)

- 20è siècle = Renouveau de l’intervention étatique (“éco administrée”) cause guerres: contrôle des prix possible par l’E (ord 30 juin 1945).

- Evolution en 86: ppe de liberté des prix et de la concurrence.

**CONTEXTE COMMUNAUTAIRE**

- 1951 (CECA) = sa mission est d’assurer ds cond° normales de concurrence pr charbon/acier.

Interdiction des ententes entre entreprises, contrôle des concentrations, abus de position >.

- 1957 = l’objectif est généralisé, les règles touchent les Etats et les entreprises.

La concurrence est un corollaire du ppe de libre circulation (base du marché commun).

- 1992 = Maastricht, ppe d’1 éco de marché ouvert ou la concurrence est libre.

Auj, on pense que la concurrence est le meilleur mode d’org°: C’est 1 nvelle cond° d’adhés°.

2.Justification du choix

- La concurrence serait le mode optimal pour l’allocation des ressources.

- Le choix est politique mais il s’asseoit sur la théorie éco évolutive (le dt est la remorque).

**Résumé: La concurrence est un mode d’organisation économique, c’est donc un choix politique.**

**En france, peu de culture de la concurrence: AR = non, Napoléon = un peu, 20èS = non cause guerres, évolution en 1986 seulement avec le principe de liberté des prix et de la concurrence.**

**Contexte européen: apparition de la concurrence en 51 dans les seuls domaines du Charbon et de l’acier, généralisation en 57 (traité de Rome), évolution avec Maastricht: la concurrence est un corollaire de la libre circulation des biens, services et personnes (elle est devenue une condition d’adhésion).**

**Ce choix, politique, mais qui suit les évolutions économiques est considéré comme le meilleur mode d’organisation en ce qu’il permet la meilleure option de distribution des ressources.**

SECTION1: La concurrence est une branche du droit.

La nécessité de ce dt n’a pas tjrs été admise. Selon la prof: la crc doit être encadrée (la concurrence tue la concurrence). C’est aux US qu’est née cette notion de “droit” de la crc.

Aux US, concurrence = ANTI TRUST (lutte contre les concentrations, monopoles, ententes).

Le droit US influence le droit communautaire et l’ébauche de DI de la concurrence.

Par.1: Le droit de la concurrence.

A.Son objet.

**Définition étroite:** “Ens des règles qui visent a préserver l’existence et l’efficacité de la crc sur ls marchés”.

Selon cette df, 2 nécessités: un contrôle a postériori des ententes et monopolisat°, et 1 contrôle ds structures.

C’est la DF du droit anti trust, du DC (sauf disp° relatives aux aides d’Etats), et des Institut°s int° (OMC...).

**DF à la française:** On y ajoute les autres règles ayant pour objet la crc (PLA, dt de la concurrence déloyale...).

Dt de la concurrence déloyale = Sanctionnerles détournements de clientèle...

Dumping = Vendre à l’étranger en dessous du cout de fabrication pour gagner un marché.

B.Caractères du droit de la concurrence.

CARACTERE N°1: Le dt/crc constitue la branche la plus importante du droit économique (not° contestée).

CSQ1: C’est un droit considéré comme un droit mixte (acteurs et juridictions).

CSQ2: Ce droit bouleverse les autres branches du droit (un crt ou acte valable peut être qualifié d’entente...).

CARACTERE N°2: Le dt/crc est dit prohibitif.

Sanctions: Interdictions de comportement et amendes administratives (quasi-pénales: A6 CEDH). On tente en france de les repénaliser pour faire comme aux US et emprisonner les dirigeants.

Prévention: Syst de vérification préalable de compatibilité des actes (aides des Etats, fusions...), poss annulat°.

Par.2: Le droit de la concurrence en europe.

A.Dispositif communautaire.

1.Les sources du droit communautaire de la concurrence.

On distingue 3 branches qui ont chacune des sources propres.

DROIT DES PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES

**Règles de fond**: A81 et A82CE: concernent les ententes et abus de position dominante.

Ils sont complétés par des règlements qui se renouvellent régulièrement.

**Règles de mise en oeuvre**: A83 à 85CE: réglements de mise en oeuvre complétés par des communications...

LE CONTROLE DES CONCENTRATIONS

Seul texte, le réglement 4064-89 de 1989, modifié en 1997, qui comprend les regles de fond et procédure.

Complété par un réglement de 1998, par des communications...

LE CONTROLE DES AIDES ETATIQUES

**Regles de fond**: A87CE (ppes d’appréciation des aides), complété en 2001 par le mécanisme des réglements d’exemption et par de très nombreuses communications de la commission.

**Règles de mise en oeuvre**: Pendant 40 ans, seul l’art 88CE les traitait, il est complété depuis 99 par 1 reglt.

2.Evolution de la politique communautaire de concurrence.

La politique est “mure”, elle a 40 ans, elle a toujours suivi 2 objectifs: Intégration des marchés et régularisation de ceux-ci. Plus on avance dans l’europe, plus l’objectif de régularisation prend une place importante.

Il y a eu diverses évolutions:

EXTENSION DES FORMES DE CONTRÔLE

Au départ, aucun contrôle! 1970: apparition di contrôle des ententes, 1990: contrôle des aides.

EXTENSION DE DOMAINES

Dans les 60’: surtout le secteur industriel, 80’: extension aux services, récemment: contrôle des SP et HI-tech.

EXTENSION GEOGRAPHIQUE

Due aux élargissements successifs. Les accords de coopération avec les E 1/3 contiennent ds clauses de crc.

EXTENSION DES PROBLEMES

Problèmes d’articulation avec la libre circulation.

Problèmes entre les règles de concurrence et les directives européennes.

Problèmes d’articulation avec la politique d’environnement, la politique sociale...

**Résumé: La définition du droit de la concurrence pose pb: celon les US, cela se limite aux lois anti trust, selon la france, il faudrait y ajouter la PLA et la concurrence déloyale mais la 1ere définition est plus répandue et elle est celle du DC.**

**Le Dt/crc constitue la branche la plus importante du droit économique, il est mixte et peut toucher les autres branches du dt pc ou pv.**

**C’est un droit prohibitif, il sert a prévenir et sanctionner les atteintes à la concurrence (les amendes sont administratives).**

**Niveau européen, on distingue 3 branches qui ont leurs sources propres: dt des pratiques anticoncurrentielles, contrôle des concentrations et contrôle des aides d’état. CETTE DISTINCTION EST PRIMORDIALE.**

**La politique communautaire s’est étendue sur divers points: formes de contrôle, domaines, géographie.**

**Les problèmes techniques se sont eux aussi étendus.**

B.Dispositifs nationaux relatifs à la concurrence

14/15 etats euro ont 1 législ interne sur la crc (lux = non) Certain depuis longtps (Agne et GB).

Les autres s’alignent toutes depuis 90 sur le système communautaire.

GRANDE BRETAGNE

Alignement depuis 1998 seulement (réforme) mais celle-ci est en cours de discussions.

ALLEMAGNE

Mbre le + actif au niveau de la pol de crc! Doctrine, influence sur le DC...

FRANCE AVANT 1986

1953: premier texte, décret sur l’interdiction ds ententes et mise en place d’1 organe consultatif: la commission technique des ententes.

1963: Loi interdisant les abus de position dominante(totalement ineffective)!

1977: première réforme d’ampleur, pvrs donnés au min/éco et mise en place d’1 contrôle des concentrations.

C’est en 1977 seult qu’on commence a vraiment s’intéresser au dt de la concurrence.

1985: réforme partielle du système de courte durée (1 an)!!

FRANCE: L’ORDONNANCE DE 1986

1986: ordonnance sur la “liberté des prix et de la concurrence”:

- Dt des pratiques anticoncurrentielles (ententes, abus de position dominante, abus de dépendance éco)

- Contrôle des concentrations (reprend essentiellement la réforme de 1977).

- Droit des pratiques restrictives (refus de vente, revente a perte...: ttes provenaient de l’ord de 1945).

La réforme de 1986 a totalement modifié le système de mise en oeuvre de chacune de ces 3 branches:

- Pratiques anticoncurrentielles: création d’1 conseil de la concurrence.

- Contrôle des concentrations: Pvr du ministre de l’économie.

- Pratiques restrictives: Syst de sanctions pénales ET resp civile pour certaines infr° dépénalisées!

FRANCE: LES REFORMES DE L’ORDONNANCE DE 1986

1996: Interdiction de la revente a perte, interdiction déguisée des refus de vente, renforcement du contrôle des pratiques restrictives en ajoutant de nouvelles interdictions.

Qd on a lancé la réforme, on espérait la suppression du titre 4 de l’ord sur les pratiques restrictives mais CJCE KRECK 1993: l’interdiction de revente a perte n’est pas contraire à la libre circulation des marchandises.

2000: ordonnance de recodification du code de cce, l’ord de 1986 est transformée en livre 4 du NCCce.

2001: Réforme NRE:

- Pratiques anti-crc: règles de mise en oeuvre por renforcer l’efficacité (sanctions lourdes, délation...)

- Contrôle des concentrations: Avt, mélange contrôle préalable et postériori avec notification facultative des concentrations. Depuis, généralisation du contrôle préalable et notification obligatoire.

- Pratiques restrictives (L442-6): Multiplication ds interdictions, pouvoir accru du min/éco (amendes, intervention ds les actions en resp civile...). Prof: c’est du n’importe quoi, ls raisons st politiques seulement!

C’est pour la prof un retour en force de l’intervention étatique dans les relations commerciales.

SECTION2: Institutions chargées de la mise en oeuvre du droit de la concurrence.

En dehors des pratiques restrictives, il y a des jurid° spécialisées et ds jurid° de droit commun qui interviennent de manière subordonnée. (c la vision européenne, différente des US!!).

Par1: Les autorités spécialisées.

A. Au niveau communautaire.

**1. La commission.**

a) Système actuel.

L’ORGANISATION

La commission (20 commissaires) est un organe collégial. L’1 des commissaires est spécialisé dans les questions de concurrence. Les décisions de la commission peuvent être annulées (**Affaire BASF 1988**) par le tribunal de 1ere instance.

Le commissaire est a la tete d’une direction Gale (ex DG4) regroupant 300 fonctionnaires et un directeur général subordonné au commissaire de la concurrence. Au sein de la DGC, il y a 4 directions pour les PAC, une pour le contrôle des concentrations (control task force) et 2 pour le contrôle des aides d’Etat.

La commission en tant qu’organe collégial ne voit en fait que les décisions les plus importantes (interdictions n mat de PAC, interdictions formelles d’exemption, incompatibilitéd’aides d’etat), le reste est pour les fonctionnaires eux mê.

LES POUVOIRS

La commission cumule tous les pouvoirs des 3 branches du DC/crc:

- PAC: Pouvoir d’enquête + pouvoir d’investigation + projet de décision st élaborés par les mê fonctionnaires.

Si c’est une décision d’interdiction, elle devra être approuvée par l’organe collégial qui approuvera a 99%.

- Concentrations: La commission (DirectionB de la DGC)instruit le dossier et adopte la décision.

- Aides d’Etat: La commission instruit et prend les décisions.

Nuances a ce pvr absolu:

- En mat de PAC, la commission n’a pas de cptce exclusive, elle partage avec les autorités nationales.

- La commission ne dispose d’1 cptce exclu qu’en matière d’exemptions individuelles mais réforme: cela ne sera plus vrai dans un mois!

Cependant, la commission reste le leader des autorités en charge de la politique de concurrence.

- Ds les 2 autres branches, la commission a une cptce exclusive totale pr les aides (logique) et atténuée en mat de concentrations car poss de renvoi aux autorités nationales.

b.Points débattus.

PREMIER DEBAT

Concerne le dt de la PAC: ce syst de confusion des pouvoirs n’est il pas contraire aux exigeances de la CEDH?

Débat apparu ds les 70’: contestations de la confusion des pouvoirs (la Ccass pense que c’est contraire).

**CJCE 83 affaire pioneer:** La commission n’est pas un tribunal au sens de l’art 6 de la CEDH. 2 conditions doivent cependant être réunies: le juge qui contrôle la commission doit respecter l’impartialité et l’indépendance de l’A6 de la CEDH et la commission doit respecter dans le déroulement de la procédure les exigeances de la CEDH.

**1998 affaire du carton:** Le tribunal, auquel on reprochait de n’exercer qu’un contrôle partiel (recours en annulation = REP) a répondu qu’il exerçait 1 véritable contrôle compatible à l’article 6.

Conséquences pratiques de ce débat:

Avt, ds le cadre de l’instruction de la PAC, les auditions se déroulaient devant les mê fonctionnaires qui enquêtaient, instruisaient et sanctionnaient.

Depuis 1982, il y a un onseillé auditeur, qui d’abord chargé de veiller au bon déroulement des auditions, a vu ses pvrs étendus en 1994 a la surveillance du bon déroulement de la procédure puis, en 2001, on l’a fait dépendre non plus du directeur général mais du commissaire pour accroitre son indépendance.

SECOND DEBAT

Il s’agit d’un débat plus politique: certains ont demandé qu’on retire a la comission ses pvrs de décision en matière de concurrence et qu’on les confie a une magistrature européenne (office euro des cartels/de la crc).

Le commissaire de la crc de l’époque s’y est opposé car selon lui, la pol de concurrence s’insère dans l’ensemble des autres politiques et il est important que ce soit la commission qui mette en balance ces différentes politiques (sociale, écologique...).

**2. Le juge communautaire**.

FONCTIONNEMENT

La commission exerce ses pleins pvrs sous contrôle constant du juge communautaire.

Avant, il y avait seulement la CJCE, c’était simple. Mais en 1988, création d’un tribunal de 1ere instance.

Répartition actuelle:

- Trib de 1e instance compétent pour: Les recours directs intentés par les entreprises (en annulat° ou carence).

Les arrêts de ce tribunal peuvent faire l’objet d’1 pourvoi devant la CJCE.

- CJCE exclusivt compétente pour les Q préjudicielles et les recours directs émanant des Etats.

Depuis qq années, explosion du contentieux de la concurrence (surtout pour les aides d’Etat).

LES PROBLEMES

- 1er problème: la longueur des procédures qui peut poser des pb surtout en mat de concentration: on a instauré la procédure de fast track 3 fois plus rapide (mais 1 an tout de même!!).

- 2nd problème: La complexité du système ds les cas ou il y a des recours joints Etats/entreprises car devant quelle cour va se dérouler la procédure? On a considéré qu’en cas de dualité, on joint ls affaires dvt la CJCE.

NATURE DES DECISIONS

Les décisions de la commission sont exécutoires immédiatement.

Le recours en annulation n’etant pas un appel, il n’a pas d’effet suspensif (mais poss de sursis a exécution).

Le sursis est recevable en matière d’amendes pour PAC (ms ness caution) ou de décisions positives.

B. Au niveau national.

En europe, on avait le choix entre 2 modèles: confier la pol au ministre de l’éco ou a une autorité adm indep.

L’Agne, a l’origine, est le seul a avoir opté pour 1 autorité indépendante.

Ds les 60’, ds les autres E, c’était surtout le min/éco qui en était chargé.

Récemment, ça a changé et la plupart des Etats ont un système hybride (Fce, espagne, belgique...).

L’E qui se rapproche le plus de l’allemagne aujourd’hui est l’Italie. La GB est la grande inclassable!!!

En Fce, on peut distinguer 2 niveaux:

**1. Le premier niveau**

a.Présentation des autorités

MINISTRE DE L’ECO ET DES FINANCES

Le min lui même n’a pas pour activité ppale la concurrence. C’est une DG de son bureau qui s’en charge: la DGCCRF (qui ne se charge de la crc que depuis 70).

Il y a un des services a Paris et d’autres déconcentrés (qui ont moins d’inflience car les pb de crc sont svt nat°).

Les services déconcentrés se chargent surtout des enquêtes.

LE CONSEIL DE LA CONCURRENCE

C’est une AAI (autorité adm indépendante) composée de 17 mbres (peu payés) qui composent l’ensemble collégial. A côté, 38 rapporteurs font la majorité du boulot (c’est un nombre trop faible).

Avant, le pdt avai tous les pvrs (désignation des rapporteurs, signature des actes ...) Mais CEDH!

Cass 1999: réorganisation du conseil: délégation de la fct d’instruction au rapporteur Gal et signature des actes par l’organe collégial.

AUTORITES SECTORIELLES

Autorités de régulation pour la mise n oeuvre des objectifs communautaires.

CSA, ART, CRE (bientôt CREG): ont des moyens plus imp que le conseil lui même.

La Fce est bien un pays sans culture de crc qui a du mal a sortir de l’éco administrée.

b.La répartition des rôles.

ENTRE AUTORITES DE CONCURRENCE ET AUTORITES SECTORIELLES

Doit on déléguer aux autorités sectorielles l’application des règles de concurrence dans leur spécialité?

En angleterre, les autorités sectorielles ont les mêmes pouvoirs que l’autorité de concurrence.

En fce, elles n’ont pas de pouvoir de concurrence mais elles sont consultées ou saisies pour avis.

REPARTITION ENTRE LES 2 AUTORITES DE CONCURRENCE

- En matière de pratiques anticoncurrentielles:

Le conseil de la concurrence exerce le pouvoir de décision et d’instruction (par les rapporteurs).

Le ministre est également présent (nomme les mbres, représenté au conseil par 1 commissaire de gvt, fonctions d'enquête: DGCCRF, et il peut saisir le conseil de la concurrence).

- En matière de concentrations:

L’autorité n°1 est l ministre: on lui notifie les opérations de concentration, la DGCCRF instruit, le min prend les décisions, le conseil de la crc n’est consulté que pour avis a la discrétion du ministre.

Il ne faut pas sous estimer le rôle du conseil: il peut être consulté de façon facultative ou obligatoire pour des avis sur des textes ou projets de textes.

**2. Le 2ème niveau.**

Les 2 autorités de crc sont administratives, pourtant, on a pas unifié le contrôle de leurs décisions (une partie du contrôle a été délégué a une chambre spéciale de la cour d’appel de Paris).

En matière de concentrations, les décisions du ministre sont soumises au contrôle du Jadm et les décisions du conseil sont soumises au contrôle de la CA de paris (susceptibles d’un pourvoi en cassation).

- Ce transfert a soulevé des critiques de la part des publicistes ms on a justifié: le juge judiciaire est plus proche des entreprises, il est leur juge naturel.

- Comment définir sur le plan instit° cette chambre spécialisée de la CA de paris? C un chgt de casquette.

- La distinction est importante cependant car la décision de la chbre spé n’est pas un appel: c’est un recours en annulation ou en réformation sur le modèle du REP et du contentieux de pleine juridiction.

- On a appliqué cet éclatement du contrôle jurid° aux autorités sectorielles (ça dépend de l’objet du recours).

**3. Application du DC par les autorités nationales.**

- En mat de contrôle des concentrations, le ministre n’applique pas le règlement communautaire ms le Ccce.

- En matière de PAC, le ministre et le conseil peuvent appliquer le DC depuis 1992 (art 81 et 82 CE).

Ils appliquent les règles de droit communautaire selon les règles de procédure française:

Importance du ppe d’autonomie procédurale et institutionnelle des etats membres.

Les autorités fcses appliquent les interdictions et les exemptions par catégorie mais pas les individuelles (81-3).

La réforme en cours devrait mettre fin au monopole de la commission en la matière.

En pratique, il est rare que les autorités françaises appliquent le droit communautaire. De plus, seul 8 E reconnaissent aujourd’hui le droit a leurs autorités d’appliquer le DC (ça changera avec la réforme).

C. Les relations entre les différentes autorités au niveau du DC et au niveau national.

**1. Au niveau du droit communautaire.**

Actuellement: mise en place d’une collaboration verticale descendante entre la commission et les AN.

On parle ds les textes de liaison constante entre elles (en PAC et en concentrations).

L’ECA (European competition authorities) = organisme permettantune collaboration horizontale.

L’ECA préfigure le système post-réforme.

Le ppe de cette nouvelle collaboration est expliqué dans les communications déja écrites qui devraient entrer en vigueur en 2003.

**2. Au niveau national.**

On a 2 tendances: En dt positif, jusque récemment, on avait 2 types de collaboration: les conv° multilatérales non contraignantes (ocde) ou accords bilatéraux contraignants.

Le mvt actuel est de généraliser cette tendance à la coopération:

- Création en 2001 de l’ICN: + de 80 autorités de crc sont réunies.

- Ds la cadre de l’OMC, des négociations concernant la crc seront à l’ordre du jour du prochain round.

Par2. Le rôle du juge de droit commun.

Pas de rôle en mat de concentrations (administratif en europe).

Rôle en PAC et aides d’Etat.

A. Fondement et étendue de l’intervention du juge.

**1. Dt des pratiques anticoncurrentielles.**

Le juge de droit commun a un rôle complémentaire a celui des autorités spéciales.

LE ROLE COMPLEMENTAIRE DES JURIDICTIONS NATIONALES.

Les AS (autorités spéciales, nationales et communautaire) n’ont aucun pouvoir en matière civile.

Elles ne peuvent pas se prononcer sur un contrat ou sur des DI.

Le JN a pour mission la protection des droits subjecifs des particuliers (pvr en matière civile).

Seul les JN peuvent prononcer la nullité d’un contrat (81-2 CE ou L420-3) ou attribuer des DI aux victimes.

Le JN a pour mission de tirer les csq civiles de la violation du dt des PAC.

Il attribue des DI en cas de violation de 81 et 82 car cette violation est une faute (il applique 1382).

L’APPLICABILITE DIRECTE DU DC

Le JN ne peut appliquer les règles de DC que si elles ont un effet direct.

**Bosch 1962 CJCE**: Applicabilité directe de 81-1 (ententes).

**SACCHI 1974 CJCE**: Applicabilité directe de 82 (abus de position dominante).

En revanche, en matière d’exemptions, c’est plus compliqué:

Les exemptions par catégorie qui sont des réglements sont toutes directement applicables.

En mat d’exemption individuelles (81-3), le JN n’est pas compétent pour se prononcer (pb si procédures parralèles). La réforme va changer ça.

En pratique, le JN ne traite quasiment que des demandes incidentes et non des actions ppales.

**2. En matière d’aides d’Etat.**

En ppe, c’est une compétence exclusive de la commission.

Le contrôle, longtemps exercé en aval, est depuis peu exercé en amont.

EN AVAL

La commission se prononce sur la compatibilité des aides d’Etat, si elles ne le sont pas, elle ordonne la restitution mais ne peut pas s’en charger matériellement: c’est le JN qui le fait.

C’est son rôle complémentaire traditionnel.

EN AMONT

**Lorenz 1973, Affaire des saumons 1991, SFEI 1996 (postes françaises).**

87-3 in fine a été reconnu d’effet direct: “toute aide qui n’a pas été notifiée à la commision est illégale”.

Aide illégale = non notifiée.

Aide incompatible = Interdite par 88-1 et ne bénéficiant pas des dérogations de 88-2 ou -3.

Le JN peut donc désormais sanctionner l’illégalité d’une aide.

Le rôle en amont devrait s’intensifier car en 2001, la commission a adopté des réglements d’exemption en matière d’aides d’Etat.

B.Les modalités de l’intervention.

Ppe d’autonomie institutionnelle et procédurale (PAIP) des états membres: la JN décide si un juge ou un arbitre va se charger de traiter une affaire.

**1. Le juge étatique.**

Pour déterminer le juge national, on applique les règles procédurales internes (PAIP).

Ainsi, en fce, c’est parfois le juge civil (trib de cce) et parfois le juge administratif.

En mat de cptce territoriale, ce sont les règles du NCPC (si le litige est intercommunautaire, on applique le réglement communautaire de 2002 qui a succédé a la convention de bruxelles).

Le PAIP va aussi s’appliquer aux règles de procédure mais la CJCE a posé des limites:

- **Van schjindel 14.12.95**: Les règles de crc communautaires doivent ê appliquées d’office, mê si les parties ne les avaient pas invoquées.

- **Courage sept 2001**: En raison du caractère d’OP de 81 et 82, un droit national ne saurait faire obstacle à l’action en réparation d’une partie à un contrat illicite.

**2. Le juge arbitral.**

Ils ont les mêmes pvrs que les JN, on retrouve le PAIP.

a.L’arbitrabilité des litiges.

La position est différente selon les Etats, elle est souvent admise, mais ce n’était pas le cas en france.

Evolution (1991-1993): Ok mais il faut que ce soit stipulé dans la convention d’arbitrage.

b.Le contrôle des sentences arbitrales.

**CJCE 1.6.99 Eco-suisse**: Les arbitres ont le devoir d’appliquer les règles de DC en crc si elles sont applicables car si ils ne le faisaient pas, leurs sentences seraient contraires à l’OP et pourraient faire l’objet de recours.

CONCLUSION DE L’INTRO

On peut opposer PAC (contrôle a postériori) et les 2 autres branches (qui tendent a devenir contrôlées a priori).

PARTIE N°1: LE DROIT DES P.A.C.

Le syst du droit des PAC est simple en pratique: certains comportements sont nocifs pour la communauté, il faut les sanctionner.

Mécanisme:

- 1: Se demander si les comportements relèvent du champ d’application du dt des PAC, si oui, lequel?

- 2: Il faut identifier quelles sont les entreprises en cause et quel est la marché pertinent.

- 3: Les comportements relèvent-ils des interdictions, peuvent-ils bénéficier d’exemptions?

- 4: Mise en oeuvre.

**TITRE1: Etapes 1 et 2, Les questions préalables.**

Sous titre 1: La vérification du champ d’application.

Le droit transitoire pose des pb: Les règles de procédure s’appliquent automatiquement mais les règles de font ne sont pas rétroactives car les amendes sont quasi-pénales.

En DC, les questions de droit transitoire surgissent a chaque élargissement:

Le traité d’adhésion prévoit une disposition transitoire (en Gal: application immédiate).

MAIS: lors du dernier élargissement, les art 81 et 82 ont été appliqués par anticipation car ces E étaient déja partie a un accord européen d’association qui reprenait ces articles.

Ainsi, les regles de 81 et 82 sont DEJA appliquées aux Etats candidats du fait des accords d’association.

CHAPITRE1: Champ d’application matériel des PAC.

Dt communautaire: pas de disposition globale déterminant le champ d’application matériel de ces règles.

Dt Français: L’art 53 devenu 410-1 a un champ d’application matériel tres général.

410-1: “Les règles du présent livre s’appliquent a toutes les activités de production, distribution et services y compris celles qui sont le fait de personnes publiques”.

Il s’agit des activités économiques.

En DC, on est arrivés au même résultat, c’est la jp qui a régle le problème.

CJCE: les règles de concurrence s’appliquent aux comportements d’entreprise.

Section1: LA notion d’entreprise en tant que condition d’applicabilité du droit des PAC.

En DC, c’est la CJCE qui a donné la définition de l’entreprise:

- Hofner 91, Poucet 93, eurocontrol 94: “La notion d’entreprise comprend toute entité exerçant une activité économique indépendemment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement”.

L’élement déterminant pour définir l’entreprise est donc l’exercice d’une activité économique et les autres éléments sont indifférents.

Par1: L’élément déterminant: Exercice de l’activité économique.

A. La qualification d’activité économique.

L410-1 est clair pour 95% descas mais il reste 5% dans lesquels le caractère économique de l’activité est discutable: Les caisses de sécu, les syndicats professionnels et les établissements publics.

Il y a eu une évolution de la jp des autorités de crc:

Au début, elles ont surtout défini négativement les activités éco mais elles tentent aujourd’hui de donner une définition positive de l’activité.

**1. L’approche négative.**

La 1ère phase de la jp a été d’exclure certaines ativités du champ d’application de l’ordonnance de 86:

- Lorsque l’entité exerce une fonction exclusivement sociale.

- Lorsque l’entité exerce des prérogatives de puissance publique.

a.Fonction exclusivement sociale.

Le 1er arrêt est Hofner 91: On reprochait a l’organisme allemand de placement des cadres (ANPE) son monopole en la matière. CJCE: le placement des salariés est une activité économique: le droit des PAC s’applique. (Maintien de la Jp: Arrêt JOB 1998).

Autre pb posé dans l’arrêt Poucet 1993: Des commerçants reprochaient le monopole des entreprises d’assurance chargées par l’Etat de gérer le système de sécurité sociale.

CJCE: Les organismes chargés de la sécurité sociale remplissent une fonction exclusivement sociale, ils échappent au droit des PAC. Confirmation, Jan 2002 CISAL.

Le pb s’est posé aussi pour les régimes complémentaires de retraite:

CJCE FFSA 1995: l’organisme chargé des compléments de retraite des agriculteurs sont soumis au dt des PAC car l’objectif de solidarité est amoindri.

Fonds de pension (CJCE jsp Albany 1999 confirmé en 2002 par l’arrêt Pavlov): Il y a bien des éléments de solidarité mais il y a surtout une activité de capitalisation: le dt des PAC est applicable.

b.Les prérogatives typiquement de puissance publique.

Arrêt de ppe: Eurocontrol 1994.

Eurocontrol était chargé de la sécurité du contrôle aérien ds le nord de l’europe et recevait des redevances de la part des compagnies aériennes. Une compagnie lui a reproché son monopole.

CJCE: l’organisme exerce des prérogatives typiquement de puissance publique: pas d’application des regles de crc! (Solution confirmée en 95, RVA , commission, pour l’organisme chargé du ontrôle aérien de l’aéroport de bruxelles).

Autre ex: Diego cardi 1997: La surveillance de la pollution dans le port de genes relève de l’utilisation de P(typiquement)PP.

Ces applications ont été tres limitées au niveau européen car la CJCE a une conception tres restrictive des PPP.

Pour la CJCE, PPP = prérogatives régaliennes.

Pour la Fce: C’est beaucoup plus large, le simple fait de prendre un acte administratif est 1 PPP.

En dt français, il y a a ce sujet une totale incompréhension entre publicistes et communautairistes.

**2. L’approche positive.**

C’est une approche sous jacente ds certaines décisions: Commission 95 RVA, FFSA 95, Ambulances Glockna 2001: Peut on appliquer les règles de crc à la manière dont a été organisé le service d’ambulances des urgences?

L’approche positive a consisté à se demander si l’activité en cause peut être prise en charge par autre chose que le secteur public. Si oui: on considèrera qu’il y a activité économique (csq: appl° des regles de crc).

Ainsi, l’enseignement, qui peut être pris en charge par le secteur privé serait soumis aux règles de concurrence!!!

B. Portée de la qualification.

**1. Conditions d’exercice de l’activité.**

Peut on appliquer les règls de concurrence à des salariés ou syndicats regroupant des salariés?

NON! L’activité économique doit être exercée de façon autonome (or, le salarié est subordoné).

Ce ppe d’autonomie a été rappelé par la cjce: 1999 DECU et 20000 Van der woude:

Des fonds de pension néerlandais mettant en cause des salariés ont échappé aux regles de crc (alors que les fonds de pension de PAVLOV mettant en cause des médecins indépendants y étaient soumis).

En droit français, l’affaire des syndicats du livre est typique:

Le syndicat avait des pratiques de boycott interdites. Le conseil de la concurrence avait considéré que les regles de crc étaient applicables mais la CA paris a dit qu’un syndicat de salariés, agissant dans le cadre de sa mission (car les synd peuvent avoir des activités plutot éco: groupements d’achat pour noel...)n’exerçait pas d’activité éco soumise aux regles de concurrence.

**2. Hypothése de la pluralité d’activités.**

C’est une situation fréquente dans les 5% de cas limites.

Le pb a surgi dans eurocontrol 94: CJCE = Il ne faut prendre en compte que l’activité ppale.

Cette décision n’a pas été maintenue, les autorités communautaires ont inventé le ppe de dissociation.

C’était sous-jacent dans poucet 93 (on dissociait déjà sans le savoir).

Mais RVA commission 95: la régie des voies aériennes comprend deux activités:

- Contrôle aérien (PPP)

- Gestion des infrastructures (activité éco soumise aux règles de concurrence).

Ce ppe de dissociation peut être rapproché de la notion française de détachabilité des actes administratifs.

94/95: le conseil de la crc a introduit le concept de détachabilité en matière de PAC.

Ainsi, une personne publique peut exercer des PPP et se livrer a côté a des pratiques détachables.

Les pratiques détachables se voyant appliquées les règles de concurrence.

Par2: Les éléments indifférents de la notion d’entreprise.

A. La nature de l’activité économique.

Peu importe l’activité éco, tous les secteurs sont soumis au dt de la crc.

Cependant, certainssecteurs sont soumis à des règles particulières de mise en oeuvre.

**1. La généralité des secteurs soumis au droit de la concurrence.**

L410-1 est un bon exemple: Activités de production + Activités de distribution + activités de services.

En mat d’activités de services, tous ont essayé de s’y soustraire: CJCE Zuchner pour les banques, CJCE 87 VDB pour le secteur des assurances...

AUCUN secteur d’activité n’échappe au droit de la concurrence.

Même les professions libérales! CJCE Wouters:

Le barreau hollandais peut il interdire a ses avocats de mettre en place des structures communes avec des experts comptables?

CJCE: Les professions libérales exercent des activités économiques donc on leur applique de dt des PAC.

**2. Règles particulières de mise en oeuvre**.

En droit interne français, ces règles ne sont relatives qu’aux concentrations.

SECTEUR DU CHARBON

En DC, le pb se pose pour les PAC (c’était le cas pour le charbon et l’acier avant Juillet 2002).

Les règles de CECA s’appliquaient indépendemment des droits nationaux.

Depuis le 23.7.2002, les secteurs charbon et acier sont régis par les articles 81 et 82 CE.

Les questions de droit transitoire sont réglés par une communication du 23 Jt 2002.

Les politiques communes signifient l’absence d’un transfert total des E-membres vers la communauté.

POLITIQUE AGRICOLE COMMUNE

Règlement spécial: 26/62

Le txt ne remet pas en cause 81 et 82, il contient seulement qq regles de fonctionnement spécifiques.

(règles d’exemption au droit des ententes...).

Ces règles de fond ont posé 2 pb:

- Quel est leur champ d’application?

1992 DANSK CJCE: Une coopérative agricole danoise regroupant les éleveurs d’animaux a fourrure.

Le TPICE a dit qu’il ne fallait pas intégrer le champ d’application du réglement 26/62 car celui-ci, aligné sur le traité de Rome, ne mentionne pas les animaux a fourrure comme un produit agricole: intermrétation restrictive des dérogations.

- Quelles autorités appliquent ces règles d’exemption spécifiques?

Comme ces règles spé sont justifiées par l’existence d’une politique commune, on en déduit la compétence exclusive de la commission pour accorder ces dérogations. CJCE dec 1995, COBERCO et DJISTRA.

En France, pb d’articulation entre DC et droit Français (Affaire de l’huile d’olive).

Par anticipation, le CC avait appliqué le ppe plus tard confirmé par coberco.

SECTEUR DES TRANSPORTS

C’est la 2eme plus importante politique commune en europe.

En 1962, qd on a adopté le reglt 17/62 (application de 81 et 82) on a aussitôt dit qu’il serait inapplicable aux transports: Il fallait un réglement spécial par secteur de transport (Aérien, Terrestre, maritime).

1968, transports terrestres, reglement 1017/68.

1986, arrêt NOUVELLES FRONTIERES: La CJCE a dit que le secteur des transports était soumis aux règles de concurrence. En l’absence de réglement, les E-mbres appliquent les règles de crc sur la base des dispositions transitoires (Art 84 et 85).

Cet arrêt n’a plus aucun intérêt car aujourd’hui, on a des règlements: 4056/86 pour les transports maritimes et 3975/87 pour les transports aériens.

Ces trois réglements (un par secteur) contiennent des regles de procédures pour pallier l’inapplicabilité de 17/62 et des règles de fond.

Pb de ces règles de fond, ds le réglement de 68, on rappelle les art 81, 82 et 86par.1 en plus des règles spécifiques alors que ds les réglements de 86 et 87 on ne les retrouve pas. Pourquoi??

Car la CJCE en 74 commission c. France a condamné la france qui prévoyait que sur les navires, au moins ½ des marins devaient être de nationalité française! Atteinte à la libre circulation des Wers salariés.

Quel rapport??

En fait, jusqu’en 74, on s’interrogeait sur l’applicabilité des règles générales du traité au secteur des transports.

CJCE: L’ensemble des règles du traité s’applique a ce secteur!!

En 68, on ne savait pas que tout s’appliquait donc on a rappelé inutilement les art du traité.

- L’application des réglements a posé plusieurs pb:

- Le champ d’application territorial.

Pour le secteur maritime, le champ d’application comprend les transports int° entre E-mbres et entre E-mbre et E tiers. Pb: et pour les transports internes? (Fce et DOM-TOM).

Pour le secteur aérien, avant, on excluait les transports internes et les transports vers les pays tiers.

Aujourd’hui, on a toujours pas de réglement pour les transports vers les pays tiers.(Cependant, Jp nouvelle frontière: On applique aux transports aériens les règles de 81 et 82 sur la base des dispositions transitoires de 84 et 85 CE.

- Pb d’articulation entre DC spécial et DC général.

La commission a eu une conception étroite du transport.

Elle a considéré que l’assistance en escale ds les aéroports (fourniture des repas...) Sont soumis au droit commun car ils ne font pas partie du “transport”.

- Pb d’articulation entre les réglements spéciaux.

Ex: le transport en container (Train puis bateau).

La commission confirmée par la CJCE a décidé d’opérer un découpage du transport.

Ds la réforme en cours, ça devrait évoluer.

Déjà en 98 on a commencé à unifier certains textes en matière de transports (le réglement d’application des 3 réglements de base est commun).

Ds la réforme, les réglements seront maintenus mais seulement pour les règles de fond spécifiques.

Sur le plan procédural, le régime sera unique.

B. L’indifférence de la forme juridique.

1ere distinction: personnes physiques/personnes morales.

Inutile! Le plus souvent c’est une personne morale mais les pers phy considérées comme des entreprises sont aussi soumises au droit de la concurrence.

2è distinction: Pers pque/ pers pvée.

Le statut juridique de l’opérateur est indifférent! La CJCE l’a martelé et les txt l’ont confirmé.

En dt fçais, l’art 410-1 précise que les activités cciales qui sont le fait de personnes publiques sont soumises au droit de la concurrence.

En droit communautaire, il n’y a pas de txt, c plus ambigu.

Cependant, il y a un texte qui concerne les pers pques (86 par.1)qui dit que les E-mbres, en ce qui concerne les entreprises publiques ou bénéficiant de droits exclusifs ou spéciaux ne doivent pas édicter ni maintenir des mesures contraires au traité de Rome.

- Définitions:

Entreprise publique: Entreprise dans laquelle l’E exerce une influence déterminante (directive “transparence de 2000).

Droit exclusif: Monopole accordé par l’E (ex: Fce telecom avt l’ouverture a la crc...).

Une entreprise peut être publique ET de droit exclusif.

Droits spéciaux: Plusieurs opérateurs bénéficient d’un avantage dans la concurrence.

En pratique, ce n’est jamais aussi clair.

Ex: Ambulances glockner 2001: Plusieurs opérateurs bénéficiaient d’avantages mais la CJCE a parlé de droits exclusifs. Ca ne change rien de toute façon, les 2 sont soumis au dt de la concurrence.

On peut lire cet article de 2 façons:

- Il s’adresse aux E-mbres.

- Il signifie que le dt de la concurrence s’applique aux entreprises publiques.

Cet article ne peut être appliqué seul, il doit l’être en liaison avec l’art 81 ou 82.

Csq: Tous les opérateurs publics, dès lors qu’ils exercent une activité éco, sont soumis au dt de la crc.

Il s’agit d’entreprises publiques (SNCF...) Ou d’organismes publics (ordres professionnels, Wouters...).

Ex d’organismes publics: CA Paris 93: La direction météo nationale est soumise.

CJCE AANS 86: Organisme gérant la vente du tabac qui a été épinglée non pas sur sa fonction de distribution de licences aux tabacs (PPP) mais pour son activité de P° de tabac.

3ème distinction: Indifférence des distinctions existant en droit privé.

Ex: les groupements (GIE, GEIE, syndicats pro ne regroupant pas des salariés...)

Les sociétés: Cciales, civiles, coopératives... TOUT EST SOUMIS AU DROIT DE LA CRC!!!

Section2: La notion de comportement d’entreprise.

La CJCE a insisté sur ce point: 81 et 82 ne s’appliquent qu’a des comportements d’entreprise.

(Par opposition aux comportements étatiques des qutorités pques qui agissent en tant que régulateur).

Cela parait simple mais on peut aujourd’hui appliquer 81 et 82 a des réglementations nationales.

Par1: Réglementations nationales et articles 81 et 82 CE.

C’est une EXCEPTION au ppe selon lequel 81 et 82 ne s’appliquent qu’aux entreprises et non aux réglementations nationales. Cette exception est importante.

C’est une construction jsp de la CJCE qui a soulevé des Q de fond et des Q de procédure.

A. Les questions de fond.

**1. L’origine des solutions.**

Cette jp surprenante trouve ses origines aux arrêts LECLERC 1985.

Espèce: En fce, avant 86, réglementation des prix.

Les prix du livre étaient fixes (loi lang) ainsi que les prix des carburants depuis 1928.

Les centres leclerc voulaient vendre a un prix plus bas: Ils ont contesté la validité des lois fces aux règles communautaires en ce qu’elles étaient contraires à la libre circulation des marchandises et contraires à l’art 81 car cela aurait conduit a des ententes de fixation des px entre les opérateurs.

CJCE: Les centres leclerc ont raison pour le px du carburant (c’est depuis qu’il varie selon les stations) et partiellement raison pour le px des livres.

La remise en cause des lois fcses a été justifiée par la cour au regard des art 28 mais la CJCE a égalt envisagé la Q de la crc en disant qu’il n’est pas exclu qu’on puisse remettre en cause des réglementtions nationales au regard des règles communautaires (81 et 82).

Art 10 CE fait en effet peser sur les E-Mbres 1 obl° de coop° loyale ds l’appl° des règles du traité.

CJCE: On peut remettre en cause les réglementations nationales SI elles portent atteinte à l’effet utile du traité.

Cette JP leclerc a été confirmée et précisée par des arrêts du 27.11.93 qui constituent les arrêts de ppe en droit positif: MENG, OHRA et REIFF.

**2. L’Etat des solutions.**

Arrêt REIFF: Le syst des px des transports était fixé par une commission composée d’opérateurs et d’experts.

Meng et Ohra: Interdiction de rétrocession pour payer des intermédiaires financiers.

Le débat, a chaque fois se basait sur 81 mais les solutions ont été étendues a 82.

Apports: Il est possible de remettre en cause une réglementation nationale s’il y a un lien étroit et direct entre la réglementation et un comportement d’entreprise prohibé par 81 ou 82.

Ce lien direct est justifié car on ne peut pas appliquer 81 et 82 a des lois mais seult a des entreprises.

Csq pratiques de ces arrêts:

ARTICLE 81

Ces arrêts utilisent la formule du “double test” (sous jacent dans l’aaêt Van-eycke de 1988).

**1er Test:** Si la réglementation aboutit a une entente ou en renforce les effets.

Ex: BNIC: 1 réglementation obligeait les producteurs de cognac a se réunir pour fixer les prix.

Le + svt, on ne peut pas identifier ces pratiques (Meng et Ohra).

Les lois les plus flagrantes sont celles qui instituent des commissions de fixation des prix.

Ex: Commune de Basano: Pour ouvrir un commerce en Italie, il fallait l’autorisation d’une commission composée d’experts et de commerçants déjà installés (Risque!).

Ds ces cas la, il faut se demander s’il y a entente en regardant la composition des commissions:

Nb d’experts > ou < au nb d’opérateurs... En l’espèce, il n’y avait cependant pas entente.

Si on franchit ce test avec succès, il faut franchir le second test.

**2nd Test:** Il ne faut pas de délégation de l’autorité pque au profit des opérateurs économiques.

Ex: Le ministre conserve-t-il la liberté de décision ou est il lié par la commission...?

En Fce, on a un bel exemple: La loi “Royer” ou “Raffarin” sur l’ouverture des grandes surfaces qui est soumise a une commission ds laquelle siègent en partie des opérateurs déjà installés. Il n’y a pas encore eu de litige sur cette loi.

Le contrôle est fréquent mais la CJCE ne remet que rarement en cause les réglementations nationales.

ARTICLE 82

La Jsp Meng, Ohra et Reiff, dvée pour les ententes l’est aussi pour les APD (abus de position dominante).

La réglementation est contraire au DC si elle confère 1 APD à un opérateur.

Les hypothèses de remise en cause de réglementations sont rares car les autorités de concurrence agissent plutôt sur les entreprises commettant des APD.

B. Questions de procédure.

Cette JP s’est dvée ds 1 contexte particulier.

Il y a eu remise en cause indirecte de ces réglementations sur le plan procédural.

Au delà de cette remise en cause indirecte, peut-il y avoir un recours contre l’Etat?

**1. Remise en cause indirecte.**

La plupart des arrêts sont des arrêts a la suite de Q préjudicielles.

On a des contentieux internes initiés par les opérateurs internes.

La Question étant délicate, le JN (Juge national) saisit la CJCE.

Ex: Des transporteurs qui ne respectent pas les règles internes de fixation des prix, qui se défendent en disant que la réglementation est contraire aux règles communautaires.

Ds le cadre de la Q préjudicielle, il n’y aura pas de condamnation mais (Simmenthal 78), le JN sera obligé d’écarter la JP nationale en l’espèce, ce qui, a long terme, poussera le législateur a modifier sa réglementation.

**2. Recours direct contre l’Etat.**

Ces recours ne peuvent émaner que de la commission.

Celle-ci a 2 procédures à sa disposition:

**1ère procédure**: Procédure de 86 al.3 spécifique au dt de la concurrence.

- La commission peut agir par voie de “directive” ou de “décision”.

- Pb: Pour pouvoir utiliser 86 al.3, il faut être ds son champ d’application: Les entreprises visées doivent être des entreprises publiques ou bénéficiant de droits exclusifs ou spéciaux.

- L’usage de ces procédures par la commission s’est développé.

En cas de “décision” de la commission, pas d’amende pour l’Etat.

- Et pour les autres entreprises (non pques)?

La commission a 1 voie de recours: la procédure de recours en manquement.

La CJCE constate un manquement. En dt/crc, la seule décision de ce type est commission c. Italie de 1998.

Par2. Actes administratifs et droit de la concurrence.

Ds le contexte français, ce contrôle ne peut porter que sur des textes réglementaires ou des actes administratifs mais jamais sur des lois.

C’est un sujet controversé, il y a eu deux phases: 86 - 95 et 95 à nos jours.

A. Données initiales du débat

Tout commence en fce avec l’affaire commune de pamiers de 1987.

Cette ville avait traditionnelement recours a un opérateur privé pour la livraison d’eau potable.

A l’expiration du contrat, la commune a décidé de ne pas le renouveler et de l’attribuer a un autre opérateur.

L’opérateur évincé a porté le non renouvellement devant le juge administratif.

L’avocat disait qu’il y avait entente entre le conseil municipal et le nouvel opérateur.

Le conseil crc a été saisi ms il a déclaré la saisine irrecevable.

Recours devant la CA de Paris qui accorde des mesures provisoires (et admet que les faits qui lui étaient présentés étaient éventuellement qualifiables d’entente alors que la municipalité est partie au contrat, ce qui est illogique au sens du droit de la concurrence!!!).

Le TC est finalement saisi en 1989 et il dit:

- Le conseil de la concurrence n’est pas compétent.

- S’il y a en l’espèce un pb de crc, c’est le Jadm seul qui doit en tirer les conséquences.

Ainsi, au lieu de se demander si le dt crc est applicable (la réponse est évidemment NON: CJCE 88 BOTSON), le TC a trouvé marrant de situer le débat sur les règles de compétence des autorités. C’est une erreur (même si après tout, c’est le rôle du TC).

Csq de cet arrêt:

- D’1 côté, le conseil de la crc s’est déclaré systématiquement incompétent dès qu’il y avait un acte administratif en cause dans une affaire.

- Parrallèlement, le juge administratif refusait d’appliquer le droit de la concurrence.

A la suite de l’erreur initiale de la CA de Paris, tout le mécanisme a donc été bloqué en france!!

Les données ont cependant évolué:

B. Depuis 1995, les nouvelles données.

**1. 1995, point de départ d’une nouvelle jurisprudence du juge administratif.**

Des 1995, le E a procédé à l’intégration des règles de crc dans le bloc de légalité (servant de base aux REP).

Il a donc addepté de contrôler les actes adm et les contrats adm au regard du droit de la concurrence.

L’intégration des règles de concurrence s’est faite en 2 temps:

FFSA 95 CJCE répond a une Q préjudicielle du CE, FFSA 1996 CE: Le CE tire les conséquences de la décision de la CJCE et intègre les règles de concurrence communautaires.

Dans FFSA:

Le CE était saisi d’un REP contre un décret attribuant le monopole des régimes conplémentaires de retraite des agriculteurs à un seul opérateur. La CJCE avait dit que l’opérateur était une entreprise au sens du dt de la crc.

Le CE a donc considéré que le décret conférait une position dominante a la caisse qui en abusait.

Il a considéré que le décret, contraire à l’art 82 CE, devait être annulé.

Il a raisonné comme l’a fait le CJCE au niveau communautaire.

Novembre 1997 Millon et Marais: Le CE raisonne ici non seulement par rapport à 81 et 82 mais aussi par rapport à l’ordonnance de 1986 (livre 4 du code de cce). Il s’agissait d’un contrat de concession de pompes funèbres.

Cette Jp s’est développée et il est fréquent aujourd’hui que des opérateurs contestent devant le Jadm des actes administratif des actes adm (contrats ou actes). Le Jadm utilise le même processus que ds la jsp Meng, Ohra et Reiff.

**2. Evolution au niveau de la pratique du conseil de la concurrence.**

Le CC, petit à petit, s’est a nouveau saisi des affaires ou des actes administratifs étaient en cause.

Il a développé la théorie de la détachabilité.

Ex: **Affaire du carburéacteur à la réunion.**

Sur l’aéroport de la réunion. 2 entreprises pétrolières avaient retenu la concession du gestionnaire de l’aéroport pour la fourniture du jet aux avions. Un troisième fournisseur a voulu squatter mais les 2 autres ont tout fait pour que le gestionnaire refuse. Le conseil de la concurrence n’a traité QUE la question des ententes entre les 2 opérateurs et pas l’acte administratif de refus.

Ex2: **Aéroports de Paris**

Air France avait squatté toutes les bonnes places a Orly ouest lors de son réaménagement en 96.

Les concurrents ont porté l’affaire devant le conseil de la concurrence en disant que’il y avait eu une entente entre air france et aéroports de Paris pour entraver la libre concurrence.

Aéroports de paris est une entreprise mais comme l’aéroport fait partie du domaine public, il faut conclure avec aéroports de paris une convention d’occupation du domaine public.

La détachabilité était impossible: Le TC a condamné aéroports de Paris.

L’affaire a été portée devant le TC:

**TC Octobre 1999** (C’est le droit positif en france avec commune de pamiers).

Le CC avait traité du réaménagement et des redevances à payer.

Sur les redevances, le TC a dit que le CC était compétent mais en revanche, il a considéré que sur la question du réaménagement, le CC n’était pas compétent.

A nouveau, le TC raisonne en termes de compétence. Cela dénature le problème!

La question etait de savoir si les règles de concurrence ont vocation ou non a s’appliquer.

Si oui, alors LE CC DOIT ETRE COMPETENT!!

En effet, selon la vieille Idot, le CC est une autorité, elle n’est pas du “côté privé” des juridictions!!!!!

Vieille Idot: “On est englués dans les questions de compétence alors que le vrai problème n’est pas la”.

CHAPITRE2: Champ d’application géographique.

Les droits des PAC n’ont pas de compétence universelle.

En DC, 2 pb particuliers: - Délimitaion du droit européen vis à vis des E-1/3

- Pb dû à la superposition du DC et des règles nationales.

Section1: Le rapport entre les législations communautaires et nationales des E-mbres et les dts des E 1/3.

Question en dt des PAC: A quelles cond° géographiques les art 81 et 82 st ils applicables?

C’est la Q de la “compétence internationale.

2 étapes: - A quelles cond°s la communauté ou un E mbre peut-il revendiquer l’application de ses règles?

- Si cette étape est franchie, comment mettre en oeuvre ces règles?

Par1: L’applicabilité des règles dans les échanges internationaux: La revendication de compétence.

2 questions: - Quels sont les éléments de rattachement?

- Comment ce critère a été utilisé en pratique?

A. Identification de l’élément de rattachement?

81&82 CE et le dt Fçais des PAC utilisent le même élément de rattachement: “Le critère de l’effet”.

Ces règles ont vocation à s’appliquer à toutes les PAC qui sont susceptibles de produire un effet dans la marché commun (pour 81 et 82) ou ds la marché Fçais (Pour 420-1 s.).

L’utilisation du critère de l’effet résulte des textes eux mêmes.

Ce critère a été largement confirmé par la pratique des autorités de crc:

- CJCE: Beguelin 1971.

- Conseil de la concurrence: Phinelec 1989.

**1. Le critère de l’effet.**

Les effets anti-crc n’ont pas à être effectifs pour l’application des règles, il suffit que la pratique soit susceptible de produire des effet.

Il est donc facile d’affirmer sa cptce dansles relations internationales.

**2. Le territoire à prendre en considération.**

- Le territoire communautaire.

Pb spécifique: certains E-mbres ont des territoires hors de l’Europe.

Le champ d’appl° de 81 et 82 est détermoné en l’application des règles Gales (299 CE) selon lesquelles le DC est applicable au territoire des E-mbres (+ règles spéciales pour les territoires situés hors de l’Europe.

Ainsi, 81 et 82 sont applicables aux DOM mais pas aux TOM Fçais.

- Le territoire Français.

La solution est la même: Le code de cce en matière de crc (ex ord de 86) est applicable intégralement aux DOM mais pas aux TOM.

1999 Conseil de la crc: Le dt Fçais ne s’applique pas aux TOM.

- Le territoire US.

Pareil que pour la CE mais en plus, les US appliquent le “shermann act” aux pratiques susceptibles d’avoir un effet sur les échanges extérieurs des US.

Certains appellent ça de l’application extraterritoriale.

Pour Idot, c faux: C’est de l’applicabilité et non de l’application et ce n’est pas extraterritorial.

B. Utilisation en Europe de ce critère de l’effet.

**1. Les conséquences pratiques.**

En dt des PAC, ma nationalité des entreprises auteurs des comportements est indifférente.

Ce qui compte est seulement la potentialité de l’effet sur le marché.

Il y a 2 csq:

- Des entreprises nationales peuvent se livrer a des PAC en dehors du territoire national sans relever du droit national. Commission Grofilx 1964 et Conseil crc D-24 1998 (cependant, ici, les effets étaient localisés ds un autre E-mbre et le conseil a appliqué le DC).

Ces entreprises relèveront cependant des droits de la concurrence du lieu de l’effet.

- Des entreprises étrangères peuvent relever du droit de la concurrence national.

Conseil de la crc: 1992 Brasseler.

CJCE 1972 Matières colorantes.

CJCE Pâtes de bois 1988.

Le cartel des vitamines a été épinglé début 2002 et les entreprises japonaises de jeu vidéo se sont fait serrer la semaine dernière (Octobre 2002).

Les arrêts concernant l’article 82 existent aussi (continental CAN 1973, Zoja 1974, United Brands 1978, Hoffman&Laroche 1979).

Cette revendication de cptce pose un pb théorique.

**2. Le débat théorique**

Cette revendication de cptce est elle conforme qux ppes de DIP?

En DIP, la compétence peut être: Territoriale, nationale, de protection ou universelle.

En DCC, a priori, on utilise le ppe de compétence territoriale.

Pb: Si on dissocie le comportement et les effets, dans les cas ou le comportement a lieu en dehors de la CE, la compétence de l’Etat ou a lieu le comportement sera “subjective” et celle de l’Etat ou ont eu lieu les effets du comportement sera “objective”.

En dt de la crc, le critère de l’effet n’est qu’une application du ppe deterritorialité objective.

Pb: en DIP, la compétence basée sur la territorialité seulement objective est contestée depuis Lotus CIJ 1927.

Ainsi, chaque fois que des entreprises étrangères à la CE ont été poursuivies par la commission, il y a eu une affaire devant la CIJ.

CIJ matières colorantes, 1972: La compétence du DC était contesté. La CIJ a esquivé le pb en disant que la PAC émanait en fait des filiales implantées dans la communauté européenne.

Le comportement ainsi localisé dans la CE, 81 était pleinement applicable.

Elle a éludé le débat en ayant recours à la notion de groupe.

Ce raisonnement a été repris (Continental CAN 1973, Zoja 1974).

Le débat a été relancé en 1988 CIJ Affaire des pâtes de bois.

En l’espèce, Pratiques concertées ayant eu un effet sur le territoire communautaire entre 43 producteurs tous installés à l’étranger et dont qucun ne possédait de filière en europe.

La CIJ a une fois de plus éludé le débat mais elle ne pouvait plus avoir recours a la notion de groupe de soc.

Elle a donc considéré que le comportement en matière d’ententes était composée de la signature des accords et aussi de la mise en oeuvre.

En l’espèce, la mise en oeuvre (et donc le comportement) est réalisée sur le territoire communautaire.

Donc, comportement + effets étant réalisés sur le territoire communautaire, 81 est applicable pleinement en vertu du ppe de conpétence territoriale. (En fait, c’est une grosse esquive).

On retiendra qu’en DIP, on hésite à reconnaitre une compétence exclusivement fondée sur les effets.

Par2. Appréciation effective des règles, exercice de la compétence.

2 pb: Peut-on en pratique effectivement mettre en oeuvre la règle à l’égard des entreprises?

Est-il opportun d’exercer cette compétence?

A. La possibilité d’exercer la compétence.

2 pb pour appliquer ses règles à des entreprises étrangères:

- L’instance chargée des poursuites est elle compétente?

- Peut-elle utiliser les pouvoirs dont elle dispose en dehors de son territoire?

**1. Compétence de l’instance chargée de mettre en oeuvre les règles.**

Il y a types d’instances: les autorités spécialisées et les juridictions.

- Pour les autorités spé, il y a confusion entre compétence législative et compétence personnelle: La commission et le conseil de la concurrence sont compétents si 81 et 82 ou L420-1 & suivants sont applicables.

- Pour les juridictions, il faut justifier de la compétence (règles de cptce internationales de droit commun: droit international privé). Pour le droit communautaire, le règlement 44/2001 reprend les dispositions de la convention de Bruxelles I sur la cptce int°.

**2. La mise en oeuvre des pouvoirs.**

Les autorités spécialisées ont diférents pouvoirs: enquête, amendes, injonctions.....

L’utilisation des pouvoirs peut nécessiter des actes de contraintes.

Pb: en DIP, un E ne peut pas exercer d’actes de contrinte en dehors de son territoire.

En dt crc, au stade de la mise en oeuvre, on va se heurter a la territorialité du pouvoir de contrainte:

- Les agents de la DGC ou DGCCRF ne pourront pas enquêter à l’étranger...

- On ne pourra pas recouvrer les amendes en dehors du territoire fçais ou communautaire.

B. L’opportunité d’exercer la compétence.

CE, les législations anti-crc se sont multipliées.

Plusieurs droits de la concurrence peuvent se reconnaitre compétents (cartels de vitamines, microsoft...).

Parfois, le même comportement pourra donner lieu à des solutions contradictoires.

**1. Réflexions théoriques.**

Existe-t-il en DIP un ppe d’autolimitation (ou self restreinte, ou courtoisie passive)?

Oui: Cela consiste, si une situation relève de plusieurs autorités, pour celle qui a le moins de titres à intervenir, à s’abstenir.

Ex: si les autorités communautaires considèrent que microsoft abuse de sa PD, elles pourront s’abstenir d’agir au profit des US (en l’espèce, NON).

**2. La coopération.**

Il y en a 2 formes: Accords multilatérals non contraignants (OCDE)

Coopération bilatérale reposant sur des accords de coopération (Ex: L’accord US/CE).

- 2Pbs: Mê si le txt est contraignant, rien n’oblige les autorités à trouver un accord même si elles sont en désaccord. Mais en ppe, la coopération marche bien.

Ds les accords bilatéraux, on a repris le ppe de courtoisie passive et on a instauré la courtoisie active: Une autorité de crc demande à une autre autorité d’agir à sa place (car elle ne peut pas agir, obtenir des preuves...).

Section2: Pb des rapports DC/Dts nationaux.

En europe, pour un mê territoire, on peut être confronté aux règles nat° et aux règles CE.

C’est la même situation ds les E fédéraux (US...).

Comme il y a dualité, il faut déterminer ds quels cas la législation CE est applicables et comment s’organisent les rapports avec les législations nationales.

Ds le syst CE, pour le dt des PAC, les art 81 et 82 ne s’appliquent que s’il y a affectation du cce entre E-mbres.

Comment organiser le rapport CE/ dt national au cas ou la pratique affecte le cce entre E mbres?

Par1: Le critère de répartition DC/Dts nationaux: L’affectation du cce entre E mbres.

Cette condition a soulevé 2pb:

Pb théoriques relatifs à son interprétation.

Pb pratiques relatifs à sa mise en oeuvre.

A. Interprétation de la condition d’ACEEM.

Cette condition a bcp perturbé les esprits dans les 60’.

Quelle est sa fonction?

Quelle est sa signification?

**1. La fonction de la condition d’ACEEM**.

A l’origine, une controverse linguistique est née sur la signification du mot affecter.

- Version française du traité de Rome:

Signification neutre, pas de connotation particulière, les auteurs fçais ont donc soutenu (sutrout goldman) que cette condition d’ACEEM était un critère de répartition des compétences DC/Dnat°.

C’est la “thèse française”.

- Version Allemande:

Le verbe, dans la version allemande, avait une connotation péjorative. Il sous-entendait qu’il fallait un incident nuisible sur les échanges pour l’applicabilité du DC.

Les auteurs allds ont soutenu que la condition d’ACEEM n’était pas une condition de répartition de compétences mais une condition de fond de l’interdiction des PAC (un élément constitutif de l’infraction).

Droit positif: la controverse a persisté en raison de l’ambiguité dans la pratique de la com et de la CJCE.

En effet, la logique voudrait qu’on s’interroge toujours en premier sur la condition d’ACEEM!

Pb: La commission ne l’a jamais fait dans la pratique.

La condition d’ACEEM fait toujours l’objet du dernier point.

Est-ce parce que la condition d’ACEEM n’a pas pour objet la détermination de l’applicabilité du DC?

NON! C’est parce que la commission suit la lettre de 81 et 82 qui mentionnent cette condition en dernier.

De plus, si la commission considère que le DC n’est pas applicable, elle n’intervient même pas.

Les autorités nationales ont une démarche + logique: elles commencent tjrs par s’interroger sur l’ACEEM.

Ce n’est donc pas dans la pratique des autorités qu’on trouve la réponse à la controverse!

En fait, on la trouve dans la jsp de la CJCE:

Dès les premiers arrêts, la CJCE a admis que la fonction de la condition d’ACEEM était de répartir ce qui relève du DC et ce qui relève des droits nationaux (conception française).

Grundig, LTM/MBU, tous deux de 1966, réaffirmés par Zoja 1974.

Pourquoi la jsp de la CJCE est-elle alors ambigue??

Parce que parralèlement a cette jsp, il arrive qu’elle ajoute qu’il faut rechercher si la pratique en cause est de nature à rendre plus difficile l’interpénétration économique voulue par le traité. (**Haecht 1967**).

Comment résoudre ce pb?

Selon idot, c’est simple puisque c’est un faux problème, une fausse controverse.

Elle constate que dans le système communautaire, en droit de la concurrence, on est dans une logique fédérale comparable à celle des US. Or, les rédacteurs du traité ont été fortement inspirés par le droit antitrust US.

Et en dt US, le Shermann act (équivalent du DC/crc) ne s’applique que s’il y a ACEEM: Les rédacteurs du traité de Rome n’ont fait que transposer le droit US servant a la répartition entre droits nationaux et droit communautaire!

On ne peut donc contester que la condition d’ACEEM a pour fonction la répartition des droits.

C’est la thèse Française qui l’emporte.

Cependant, cela n’empèche pas qu’on admette l’applicabilité du DC lorsqu’on est en présence de pratiques qui nuisent à la réalisation des buts du traité même si elles n’affectent pas le cce entre E-mbres.

Ex: CA Michel Swiss.

1 petit fabricant de Whisky écossais voulait en vendre en France. Il se heurte à des difficultés.

L’affaire était minime au niveau économique, cependant, dans cet arrêt, la CA a dit qu’une interdiction d’exporter était tellement contraire aux buts du traité qu’on devait appliquer le DC (thèse allemande).

Il n’y a pas tellement de contradictions entre le thèse française et la thèse allemande.

Au fur et a mesure de la progression dans la réalisation du marché commun, cette condition devrait être appréciée de plus en plus rarement. En effet, en US (ils ont 100 d’avance), cette question ne se pose presque plus car le marché est totalement intégré.

**2. La signification de la condition.**

- Qu’est ce que le commerce entre E mbres?

- Le mot Cce doit être entendu dans un sens large: toutes les opérations éco: flux de marchandises, services, biens incorporels...

Commerce = activité éco (cf: notion d’entreprise).

- On ne vise pas forcément l’ensemble des E-mbres, il suffit que 2 d’entre eux puissent ê concernés.

- Qu’est ce que l’affectation?

Ce vocable revêt une double signification (2 interprétations dégageées par la CJCE).

- Dans Grunding et LTM, il y a affectation du cce quand la pratique litigieuse est susceptible de *modifier le courant des echanges entre E-mbres*.

- Dans Zoja 1974, il s’agissait d’un refus de vente qui allait entrainer la faillite d’une société italienne (zoja). Il n’y avait pas de modification du courant des échanges entre E-mbres car zoja exportait 90% de sa production en dehors de l’europe. La CJCE a dit qu’il n’y avait pas modification du courant des échanges mais que le refus de vente portait *atteinte à la structure de la concurrence dans le marché commun* (Le refus alait feire disparaitre une entreprise du marché communautaire et cela aurait des répercussions sur la concurrence).

Cette 2nde interprétation a été réaffirmée dans United brands 1978 et Hoffman Laroche 1979.

- Dans Hugin1979, la CJCE confirme la coexistence des 2 significations et leur complémentarité.

CJCE: l’art 82 est applicable en l’espèce car les pratiques affectent le cce entre E-mbres en cloisonnant les marchés (1ere interprétation) et en modifiant la structure de la concurrence (2è interprétation).

En pratique, les autorités se réfèrent plutôt à l’interprétation n°1 pour l’art 81 et à l’interprétation n°2 pour 82 mais le contraire est vrai, ce n’est qu’une tendance.

B. La mise en oeuvre de la condition d’ACEEM.

**1. Les ppes généraux d’appréciation dégagés par la CJCE.**

- L’ACEEM doit être faite de façon concrète dans chaque cas (Beguelin 1971).

- L’ACEEM peut être potentielle et pas forcément réelle.

C’est la lettre même des textes.

Hugin 1979: Il faut un degré de probabilité suffisant.

- L’ACEEM doit être sensible.

- Cette exigence est aussi exigée de la condition de fond “restriction de la concurrence”. Jusqu’à ces derniers mois, pour l’application de 81, il y avait une confusion car pour apprécier le caractère sensible, on se reportait à la communication de 1997 qui applicati de la même façon le critère de sensibilité à l’ACEEM et à la restriction de la concurrence: Erronné!

La confusion a disparu, communication de 2001 ne s’applique plus qu’à la restriction de concurrence.

Conclusion: l’exigence de caractère sensible de l’affectation est maintenue mais aucune communication sur le caractère sensible n’existe alors en attendant, on apprécie la sensibilité un peu comme on veut...!

- Le caractère sensible peut s’apprécier de différentes manières:

Quantitative (CA ou parts de marché).

Qualitative (Arrêts sur les Whiskies écossais CA paris 1992).

**2. Exemples d’application.**

En pratique, on distngue 3 cas de figure:

- Pratiques qui émanent d’entreprises établies dans des E-mbres différents.

- Pratiques établies dans un seul état membre.

- Pratiques concernant les pays 1/3

1er cas: Entreprises établies dans des E-mbres différents.

A priori, pas de difficultés, la condition d’ACEEM parait remplis. Il restera seulement à vérifier son caractère sensible.

2è cas: Pratiques émanant d’entreprises établies dans un même état membre.

On pourrait penser que le DC n’a pas vocation a s’appliquer mais c’est faux.

Doute pratique doit être replacée dans son contexte et il arrive que des pratiques purement nationales affectent le commerce entre E-bres.

Ex: Entreprises qui veulent fermer le marché national et empêcher son accès aux entreprises étrangères.

La JP est constante: Haecht 67, Publishers 1992.

3è cas: Pratiques internationales affectant le commerce entre E-mbres.

Elles peuvent émaner d’entreprises extérieures à la communauté.

Même si les pratiques produisent leur effet sur le marché, il faut en plus qu’elles affectent le cce entre E-mbres.

Zoja 74, Pates de bois II 1993.

Le DC pourra être applicable s’il y a affectation du cce entre E-mbres.

Conclusion: L’ACEEM est souvent mal comprise non pas par la commission mais au niveau national.

Ex: Le conseil de la concurrence qui a une vision tres restrictive de cette condition!!!

Cela s’explique en partie par la confusion.

Idot espère, en bon gros tas qu’elle est, que la communication de la réforme permettre de lever les ambiguïtés existantes.

P2: Pb des modalités de la répartition DC/Dts Nat°.

81 et 82 ne s’appliquent que s’il y a ACEEM.

En l’absence de cette condition, seuls les droits nationaux ont vocation à s’appliquer (en fait, seul LE droit national du territoire affecté).

Ds l’hypothèse inverse, pb: Si la pratique affecte le cce entre E-mbres, elle relève du DC mais elle relève aussi potentiellement des droits nationaux affectés.

Ds ce cas, comment procéder?

Il y aurait 2 solutions possibles:

- On admet une application cumulative des systèmes juridiques qui revendiquent leur application.

Donc, coexistence du DC et d’au moins 2 droits nationaux.

- On admet une application alternative: dès lors que le DC est applicable, il exclut des droits nationaux.

En dt des PAC, à l’inverse du droit des concentrations, on a opté pour la solution la plus complexe: l’application cumulative!

Ne vaudrait il pas mieux de s’orienter vers l’application alternative?

A. Application cumulative parallèle.

Risque de solutions contradictoires mais en Dt positif, c’est ce système qui a été retenu a une eception près (on verra plus tard).

On s’est attachés à éliminer ce risque mais cette élimination soulève deux séries de Q de nature différente qu’il ne faut pas confondre.

- Des questions de fond (droit substantiel)

- Des questions de procédure (mise en oeuvre).

**1. Les questions de fond (ou de droit substantiel).**

*Hypothèse*: par rapport à une PAC qui relève à la fois d’un ou plusieurs droits nationaux et du DC, on est en présence de solutions contradictoires. Il y a un conflit de normes a ne pas confondre avec un conflit de décisions.

Comment résoudre ce conflit de normes?

Solution, **CJCE 1969, Walt Wilhelm**.

Cet arrêt ne fait qu’appliquer la primauté du DC (solution classique du DC: **Costa/enel 1964**).

En cas de conflit de normes, c’est la solution du DC qui doit l’emporter.

Les applications de ce ppe de primauté sont diverses:

- On part de la solution du DC vis à vis de la pratique:

- Interdiction

- Exemption (il considère cependant que les élts constitutifs de l’infraction sont réunis) de 81-3, reglt   
 par catégorie ou 86-2.

- Pas d’application du dt concurrence à la PAC.

**Si le DC interdit la pratique** (les elts de l’infractions sont réunis):

- Le Dt nat° ne peut pas considérer la pratique comme licite (jamais remis en cause).

- Peut-il y avoir une double interdiction (sur la base du DC et d’2 ou plusieurs DN)?

Ce n’est pas une hyp de conflit car les 2 normes sont d’accord. Donc, pas de problème.

On peut interdire 2 fois.

Seuls pb: les pb de nature procédurale (sanction): La double interdiction va la plupart du tps ê accompagné d’une double sanction.

Cette double sanction éventuelle est elle compatible avec les PGDcommunautaire et les PGDI?

Débat: Doit on dans un tel cas de figure faire jouer le ppe NON BIS IN IDEM?

Ds l’arrêt Wilhelm, la cour a pris position en admettant que le ppe non bis in idem n’avait pas a jouer dans les relations DC/DNat° car il s’agit d’infractions différentes (au DC d’un côté et au DN de l’autre).

La Cour a aussi indiqué qu’un ppe Gal d’équité oblige l’autorité saisie en second à tenir compte de la sanction prononcée par l’autorité saisie en premier.

Ce ppe Gal d’équité a été appliqué a diverses reprises notamment dès les 1eres années d’appl° du DC en 1972 (**CJCE Boehringer 1972** et **CJCE Sotralentz 1995**).

Ds ces 2 affaires, il s’agissait de cartels qui se répartissaient les marchés et les AN étaient intervenues avant la commission.

- Certains auteurs (Mr Walbrook) parlent de “double barrière” pour viser ce qu’idot appelle la “double interdiction”car selon elle, l’expression double barrière ne concerne que le 2è cas de figure:

**Si le DC exempte la pratique** (81-3, 86-2 ou réglement par catégorie).

- La DN peut accorder lui aussi une exemption (L420-4 Code de commerce par exemple).

Ds ce cas, pas de pb: il n’y a pas de conflit.

- Le DN peut il s’avérer moins sévère que le DC et dire que la pratique n’est pas contraire à L420-1 ou L420-2?

La réponse est incontestée: elle est négative car cela va a l’encontre du ppe de primauté du droit communautaire.

- Le pb a surgi ds l’hypothèse inverse: le DN peut il se montrer plus sévère que le droit communautaire?

Peut on interdire sur la base du droit national (L420-1 ou -2) un comportement qui au regard du DC bénéficie d’une exemption?

Ds ce cas de figure SEUL, une controverse est née entre les partisans de l’unique barrière et ceux de la double barrière.

Pourquoi y a t il controverse?

Pour les partisans de l’unique barrière, la thèse consiste a dire que puisque le DC a exempté, en vertu de la primauté, le dt national ne peut se montrer plus sévère.

Donc, il suffit que le comportement franchisse l’unique barrière du droit communautaire.

En revanche, ds la thèse de la double barrière, on admet que le DN peut être plus sévère que le DC.

Pour eux, il faut pour que le comportement puisse produire ses effets, qu’il franchisse les 2 barrières (DC et DN) pour pouvoir produire ses effets.

Il faut donc, selon eux, une double exemption.

En droit positif, on ne peut pas contester le fait que dans Wilhelm, la CJCE a consacré la thèse de l’unique barrière: On ne peut pas interdire en DN une pratique exemptée par le DC.

Cependant, cette solution n’a pas été admise par tout le monde et en particulier par une partie de la doctrine Allemande. Pourquoi? Parce que le Dt alld est le plus développé et celui qui conteste le plus le DC.

Donc, ce sont les juridictions alldes qui en 94/95 ont posé de nouveau le pb a la CJCE (BMW 24.10.95).

Ces affaires sont particulièrement intéressantes: elles replacent le débat de la double barrière.

Les juridictions alldes interrogeaient la Cour pour savoir si les pratiques de BMW étaient compatibles avec les règles de concurrence. Les pratiques en cause étaient contraires au dt alld de la concurrence et ne pouvaient bénéficier d’aucune exemption. Les juges allds ont demandé ou ds l’hypothèse ou ces pratiques étaient couvertes par un réglement par catégorie CE, il était possible de les interdire sur la base du droit allemand.

Unique barrière ou double barrière?

L’avocat Gal s’est longuement expliqué sur ce point dans ses conclusions en indiquant que la CJCE avait clairement pris position pour la thèse de l’unique barrière: On ne peut pas interdire ce qui est exempté par le DC.

Ds les arrêts de 95, la CJCE n’a pas eu a répondre a cette question car elle a considéré que les pratiques n’étaient pas exemptables.

Cependant, ultérieurement, la commission a réafirmé la prévalence de la thèse de l’unique barrière en DC (notamment dans les développements introductifs de la communication de 97 sur la coopération entre AN et commission pour l’application du DCC).

Normalement, cette Q est étrangère au thème de la communication (qui traite de la procédure) mais la communication a trouvé important de le réaffirmer.

Dernier considérant du réglement 2790/99 sur les restrictions verticales: affirmation de la théorie de l’unique barrière.

**Si le DC estime qu’il n’est pas applicable**:

Ds ce cas de figure, la position de la CJCE n’a jamais été remise en cause.

Elle résulte de ce que l’on appelle la jurisprudence “**parfums CJCE 10 Jt 1980**”.

Position adoptée: Puisque le DC n’est pas applicable, le DN retrouve son emprise et on est libre de l’appliquer comme on l’entend.

Idot: Cette jurisprudence est extrèmement criticable:

- Il est normal que le DN retrouve son emprise si le DC n’est pas applicable pour des raisons géographiques (pas d’ACEEM).

Jp parfum cependant: hypothèse ou la commission avait délivré une lettre de classement (lettre de confort est mieux adapté), la CJCE dit que les AN et JN peuvent appliquer leur Dnat° comme elles le veulent dès lors que la commission a délivré une lettre de confort.

(Les entreprise notifient leurs accords pour obtenir une attestation négative (inapplicabilité de 81 ou 82) soit une exemption fondée sur 81-3.

Les lettres de confort ne sont pas prévues par les textes, ce sont des décision informelles pour accélérer la procédure)

Jp criticable car elle confond procédure et fond: on doit raisonner en termes de normes et non de décision!!!

De plus, la CJCE met dans une seule catégorie en utilisant un critère purement procédural (lettre de confort) des situations tout a fait différentes: Les lettres de confort, ds la pratiqe actuelle (condamnées a disparaitre) sont justifiées par 2 types de raisons:

- Lettres de confort - Décisions d’exemption déguisées. (La DGC regarde le dossier et estime que la restriction de concurrence de la pratique n’est pas exagérée et que l’exemption par 81-3 est possible, elle propose une lettre de confort pour aller plus vite).

Ds ce cas, il est choquant que pour des raisons de pure procédure, on ne fasse pas prévaloir le ppe deprimauté du DC comme dns l’hypothèse précedente. Cela peut en plus poser des pb pour les entreprises qui on tle droit de refuser la lettre de confort et demander une décision d’exemption car les csq pratiques sont différentes: *Si l’entreprise est poursuivie sur la base du DN, la lettre de confort ne lui est d’aucune utilité alors que la décision d’exemption lui permet de ne plus être poursuivie sur la base du DN!!!!!*

- Même dans les hypothèse ou la lettre de confort déguise une attestation négative (une lettre dit que les art 81 et 82 ne seront pas applicables) la solution est criticable car il faut distinguer les motifs d’inapplicabilité: Motifs géo (défaut d’ACEEM) ou motifs de fond (pas d’entente en l’espèce ou pas d’APD)?

Dans le 1er cas, la décision est justifiée. Mais c’est le seul cas de figure. *Si on estime qu’un des elts de l’infraction fait défaut en DC, cette solution devrait primer sur celle du droit national*.

CE RAISONNEMENT LOGIQUE NE CORRESPOND PAS A LA CJCE PARFUMS ! ! ! !

**2. Les questions de procédure.**

Cette question est encore plus complexe.

Affirmer le ppe de primauté est bien beau en théorie mais ce n’est pas simple en pratique.

En effet, il se peut que l’instance nationale intervienne avant que le moindre pb de DC ait été examiné.

Ds cette hypothèse, une JN ou AN va être saisie sur la base du DN alors qu’il n’y a pas eu avant cette procédure de décision de la commission indiquant quelle est la position du DC.

Il faut distinguer 2 hypothèses:

- L’AN intervient en premier.

- La JN intervient en premier.

**Si l’AN est saisie sur la base du dt national en premier alors que l’affaire relève du DC** (car ACEEM):

Cette hypothèse est fréquente.

Ds bcp de cas, on constate que le conseil de la concurrence applique le Dt Français sans se poser le pb de savoir si la pratique ne relève pas aussi du DC.

En fait, en France, le problème se pose quand l’applicabilité du DC a été admise.

Hypothèse la plus fréquente: une entreprise est poursuivie devant le conseil de la concurrence et elle invoque en moyen de défense que ses accds ont été notifiés à la commission car ils relèvent du DC et que ce sont de bons accds pour lesquels la commission va prochainement délivrer une décision d’exemption.

L’argumentation en défense est alors la suivante:

- Si vous interdisez tout de suite sur la base du droit français alors que j’ai des chances d’exemption, vous remettez en cause le ppe de primauté du DC, vous allez donner lieu a un conflit de décision qui, si on le laisse se créer, ne pourra plus être résolu (ex: imposs en dt fçais de retirer une décision adm).

Comment faire?

Cette hypothèse n’est pas prévue par les textes (Art 9, 17/62 ne règle que les conflits entre autorités pour l’application du DC!!!).

On évite le conflit de décision en demandant à l’AN de surseoir a statuer dans l’attente de la décision de la commission. Dans ce cas, pour résoudre de manière préventive le conflit de décision, c’est très simple.

C’est une application du ppe de coopération loyale (A10 CE).

C’est pratiqué en France par les autorités de concurrence (**92 Quantel, 1997 Rollex, Ivoclar)**

Cependant, c’est une faculté pour le conseil de surseoir a statuer et non une obligation.

C’est au conseil de décider si ce sursis à statuer est ou non opportun.

Il refusera donc de surseoir a statuer soit s’il n’est pas saisi des memes pratiques que celles examinées par la commission (Ivoclar, Coupe du monde de Football) ou s’il apparaît que les chances d’exemption sont nulles et que l’entreprise n’a saisi la commission qu’a des fins dilatoires pour faire échec a la procédure sur la base du roit national (**Affaire des consignataires de navire, Facam, CA Paris 1993**).

**Si le JN est saisi en premier**:

C’est plus rare (avant c’était fréquent quand on avait une infraction spécifique de refus de vente).

Un producteur avait mis en place un syst de distribution sélective, il était obligé de refuser de vendre a des détaillants qui n’étaient pas agréés.

C’était mal perçu et assez souvent, le détaillant poursuivait sur la base du droit français le fournisseur pour “refus de vente”.

Le fabriquant poursuivi invoquait en Gal le parapluie communautaire en disant que son système de distribution était licite qu regard du dt communautaire, qu’il avait notifié et attendait une décision de la commission.

LE JN avait le choix: appliquer le DN avec le risque que le jugement contredise la décision communautaire.

Ou surseoir a statuer en attendant la prose de décision de la commission.

Dans une affaire **grundig 1983 cass** (ds laquelle le refus de vente était encore un délit pénal: avant 1986), la Cour a admis qu’il était opportun de surseoir à statuer dans l’attente de la décision de la commission pour éviter une contrariété de décision.Ca n’est pas une obligation mais une simple faculté.

Ds certaines affaires, le problème n’est pas identifié: Ds l’affaire Quantel, le conseil de la concurrence avait sursis à statuer mais le JN dans la même affaire n’a pas sursis.

La JN a pris une décision avant la commission. Heureusement, la commission et la JN étaient d’accord. Sinon, c’est un gros pb: on se serait heurté au ppe interne d’autorité de la chose jugée.

Un syst d’appl° cumulative parallèle est extrèmement compliqué.

C’est pourquoi on peut se demander d’abandonner ce système au profit d’un syst d’appl° alternative.

B. L’application alternative.

Ce syst est connu en matière de contrôle des concentrations pour les op° de dimension communautaire.

LE règlement 4064/89 est seul applicable: les DN ne s’appliquent qu’aux concentrations qui ne sont pas d’envergure communautaire: système du guichet unique.

En dehors des concentrations, qu’en est il du dt des PAC?

En PAC, pour 81 et 82, ce syst est utilisé uniquement par l’Italie (art1 de la loi ita de la concurrence de 90).

Le dt italien ne s’applique qu’aux pratiques qui n’affectent pas le commerce entre E-mbres.

Pour ces pratiques, les JN appliquent les art 81 et 82.

Ce syst est bcp plus simple a mettre en oeuvre.

Il évite les risques de conflit.

Il suppose toutefois que le critère de répartition des cptces soit clair (ce qui n’est pas tout a fait vrai: ACEEM).

Ce syst est bcp plus simple, c’est pourquoi la commission l’a proposé dans le futur réglement d’application des art 81 et 82. Ça n’était pas prévu dans le livre blanc mais a été introduit a l’art 3 de la proposition de réglement.

Cette proposition d’art 3 a été très diversement reçue, l’art 3 a été contesté par les allds et les français.

Pour les allds, les raisons sont techniques et juridiques car pb: le dt alld de la concurrence a une histoire propre.

Pour les Français, les raisons sont politiques: On accepte mal la primauté du DC chez les énarques, on a donc dit que le titre 4 du Ccce deviendrait inapplicable (c’est un faux argument).

Compte tenu de cette double opposition franco-Allde, idot a peur que l’art 3 soit déformé.

SOUS-TITRE 2: L’IDENTIFICATION DES NOTIONS CLEF

Il faut revenir sur les notions **d’entreprise** et de **marché**.

S’agissant du chap 1 sur la notion d’entreprise, rappel:

Section1: Les Différentes fonctions de la notion d’entreprise.

On l’a rencontré pour le champ d’application matériel du droit des PAC.

La première fct de la notion d’entreprise est de permettre l’applicabilité du dt des PAC.

Cependant, en Dt des PAC, on peut utiliser cette notion pour d’autres finalités.

Ces autres fct sont nombreuses et peuvent ê classées en 2 catégories:

- L’identification des PAC.

- La mise en oeuvre des sanctions.

Par.1: L’identification des PAC.

MANQUE COURS

X a une part de marché de 30% sur un marché donné.

X dépend d’un gpe de soc au sein duquel, une autre filiale a une part de marché de 30% sur le mê marché.

Doit on les considérer comme une seule entreprise? (= le gpe de soc est -il une entr?).

En Gal, la réponse est oui. La notion d’entr va jouer un *rôle d’aggravation.*

Effet restrictif de concurrence.

Requis pour prohiber les ententes.

Il y a 2 étapes pour les ententes:

- Identifier la restriction de concurrence (de plus en plus liée au “pouvoir de marché” des entreprises).

C pourquoi ds tous les txt CE et surtout dans la communication sur les accords d’importance mineure (dernière version: 2001) on trouve une définition des “entreprises liées”.

Les entreprises liées sont le groupe de société.

Ds tous les txt CE, on indique qu’il faut calculer les parts de marché en tenant compte de toutes les entreprises liées (en raisonnant par rapport au groupe).

- En mat d’exemption, on retrouve la DF d’entreprises liées ds les règlements par catégorie.

C’est pour savoir si un réglement était applicable ou non qu’en 84, la cour a donné une Df de l’entr ds l’arrêt Hydrotherm.

La doctrine kiffe cet arrêt mais ce n’est plus compréhensible aujourd’hui: le but était seult de savoir si un reglt était applicable: ce n’est qu’une définition de l’entr et pas la plus imp de celles données par la cour.

En dehors des exemptions/cat, pour 81§3, l’une des conditions est l’absence d’élimination de la concurrence.

Pour savoir si cette cond° est remplie, on raisonnera en tenant compte des entreprises liées (dc, du gpe de soc).

En ce qui concerne les APD.

Pour la notion d’ “abus”, la notion d’entreprise permet d’identifier l’auteure de l’infraction, on va alors passer a la dernière fonction de l’entreprise:

**§2 La mise en oeuvre des sanctions.**

Besoin pour déterminer le responsable et pour calculer le montant des amendes éventelles.

**A. Identifier le responsable.**

Cela a des csq procédurales (a qui sera adressée la communication/notification des griefs?).

Cela sert au niveau de la décision finale (Qui sera désigné comme auteur du comportement et qui devra assumer les csq pratiques de la décision?).

En Dcrc, on se heurte a un problème classique de dt pénal: l’imputabilité de l’infraction.

Mais comme le Dcrc est une matière éco, 2 hypothèse ont particulièrement posé pb:

- A l’intérieur d’un gpe de soc, qui des filiales ou de la soc mère est responsabilité?

- En cas de restructuration d’entreprise, si celle qui a commis l’infraction a été cédée, est ce que le repreneur doit assumer la responsabilité de l’infraction?

**1. L’imputabilité de l’infraction au sein d’un gpe de soc.**

Hyp: La PAC (entente ou apd) a été commise par une filiale d’un gpe de soc (de + en + fréquent à l’heure actuelle car nbreuses holdings).

Peut on imputer le comportement de la filiale à la soc mère?

En DC: Oui!!! Vieille Jurisprudence mais tjrs rappelée: **CJCE Matières colorantes** (pour 81), **CJCE 73 et 74 Continental et Zoja** (pour 82).

S’il est poss d’imputer le comportement de la filiale à la soc mere, rien n’empèche les AN de poursuivre solidairement la filiale qui a commis le comportement et la soc mère. (En pratique, fréquent pas la commission).

Pratique fcse: Un peu différente.

Les AN Fcses sont plus réticentes à imputer le comportement à la soc mère surtout dans les gds gpes: elles se contentent de poursuivre les filiales fcses.

Pkoi? Pour éviter une appl° extraterritoriale du dt Français.

Ainsi, 39M€ d’amende a une entente. Il y avait un gpe Fçais et un Gpe suédois. Seules les filiales fcses de ces gpes ont été visées par la décision alors qu’on aurait techniquement pu sans aucun problème imputer ce comportement aux soc mères.

**2. Imputabilité en cas de restructuration d’entreprise.**

Problème apparu au début des 90.

Hypothèse: 1 soc commet une infration en 2001, on la découvre qq mois plus tard, une procédure est engagée, pendant la durée de la procédure, la soc qui a commis l’infraction est cédée ou absorbée...

Le TPI a dvpé une jurisprudence qui s’est formalisée il y a 2 ans.

Arrêt de principe **Enichem TPI (affaire du polypropylène) 1991:** Le TPI avait considéré qu’il fallait identifier l’entr qui avait commis l’infraction et suivre celle-ci (approche éco de l’entr).

Cette approche a été remise en cause par la CJCE dans les arrêts de principe sur cette Q de not° d’entr en cas de restructuration: **16.12.2000 Affaire du carton**.

Une entreprise fait l’objet d’une procédure collective.

Que faire en cas de redressement si il y a un plan de cession (et donc un repreneur)?

Quelle responsabilité pour le repreneur? Ca dépendra de la not° d’entr utilisée.

2001: le conseil de la concurrence a rédigé une étude thématique sur cette Q d’imputabilité en cas de restructuration dans le contexte Fçais.

**B. Le montant des sanctions**

Pourquoi a t on besoin de la notion d’entreprise?

Car les amendes en dt fçais sont en fct du chiffre d’affaire de l’entreprise et en DC, si la commission a changé de raisonnement depuis 98, le chiffre d’affaire permet toujours de déterminer le plafond à ne pas dépasser.

Ds L’hyp du gpe de soc, doit on cumuler le CA des entreprise liées ou doit on calculer l’amende uniquement par rappt au chiffre d’affaires de l’auteur formel de l’infraction (Que ce soit pour 81 ou 82).

Conclusion: On est en permanence confrontés à la notion d’entreprise en mat de PAC.

**SECTION2: Les définitions de l’entreprise.**

Cette notion en Dtcrc est fonctionnelle: la Df change selon l’utilité de la notion.

Quels critères peur on utiliser pour définir l’entreprise?

Critère matériel: L’entr est l’entité qui exerce une activité économique (Suivie lorsque la Q a résoudre était la détermination du champ d’application matériel du dt des PAC).

Ce critère ne sert QUE pour la vérification du champ d’application.

Ds les autres hypothèses, on va parfois avoir besoin d’un critère organique.

Q: La notion d’entr se confond-elle ou non avec la personne juridique?

Si on fait le bilan des solutions, il y a un principe assorti d’un tempérament.

Ppe: L’entreprise ne se confond pas nécessairement avec la personne juridique.

Tempérament: Parfois, on revient à la personne.

**§1 Le Principe.**

Normalement on a une approche éco de la notion d’entr. On raisonne par rappt au gpe de soc, l’entr est le gpe.

Q: A partir de quand peut on considérer qu’il y a groupe de soc?

Cf textes CE et Df d’entreprises liées, cf arrêts CJCE ICI, Zoja, Continental...

Pour qu’il y ait gpe de soc, il faut 2 elts:

- Existence d’un lien de dépendance.

- Exercice effectif du pouvoir de direction.

**A. L’existence d’un lien de dépendance.**

Explicité dans la df CE des entreprise liées: Le lien existe qi on détient plus de 50% du K ou si on peut nommer plus de ½ des membres de la direction...

En pratique, le lien résulte le plus souvent d’une participation majoritaire mais on peut démontrer l’existence d’un lien de dépendance en se fondant sur d’autres elts...crt.

C’est une Q de fait.

S’il n’y a pas de lien de dépendance (participation trop faible), il n’y aura pas groupe d’entreprises au sens du DCC. Ex: Ds 1 des **arrêts Treillis soudé avril 95**, La Cour avait jugé qu’une participation de 20% nétait pas suffisant pour démontrer le lien de dépendance.

**B. L’execice effectif d’un pouvoir de direction.**

Débattu: Pb: Peut on admettre qu’il y a gpe si la participation est purement financière et si on a aucune influence sur la marche commerciale de l’entr?

Principe dela jurisprudence DCC: L4exercice efectif du pvr de direction est une cond° d’identification du gpe de soc (**ICI, Mat colorantes, Zoja**).

Mais tempérament: le juge CE fait jouer une présomption qui renverse la charge de la preuve.

Pour lui, l’exercice est présumé si la filiale est détenue à 100% dc: Inversement de la preuve: C’est à la soc mère de démontrer qu’elle n’a aucune influence sur l’activité commerciale de la filiale.

**§2 Le tempérament**

On va revenir aux règles habituelles: l’entr va ds certains cas se confondre avec la personne juridique (abandon de l’approche économique).

Ce tempérament joue dans un cas de figure: Hypothèse de la restructuration d’entreprise.

Pourquoi?

Car on est dans une matière quasi répressive: il faut savoir qui va payer l’amende. On va se heurter en Dcrc au principe de personnalité des peines.

Mais comme on est aussi ds une mat éco, on veut assurer l’efficacité de la sanction.

CJCE Carton 16.11.00: C’est la pers juridique, soc auteur du comportement qui reste responsable de son comportement quel qu’ait été par la suite l’évolution de sa vie juridique.

Ex: Une soc X en 2001 participe à l’entente Elle est alors une soc indep.

Pb: Pdt la procédure, la soc X est rachetée par un gpe.

A l’issue de la procédure, il y a gpe.

Qui doit payer: X ou la soc mère du gpe qui l’a racheté?

CJCE: L’infraction a été commise par X, X reste responsable de son comportement.

Ex2: Une filiale du gpe A commet l’infraction en 2001.

Procédure, 10 ans plus tard, la filiale dépend non plus du gpe A mais du gpe B.

La filiale reste responsabilité de son comportement.

Q: Va-t-on pouvoir se retourner contre le 1er gpe ou le 2è?

Normalement, on a tenu cpte de la valeur de la sanction dans le rachat de la filiale.

Si le repreneur craint la procédure, il doit se prémunir en précisant que c’est le 1er gpe qui assumera la responsabilité des actes.

C’est possible (**TPI Dec 2001 ACERINOX**).

Si la personne juridique disparaît totalement, ce qui est le cas ds les hypothèse de fusion ou ds les hypothèse de cession d’entreprise consécutifs à des procédures collectives, c’est la nouvelle entité (issue de la fusion ou repreneur) qui sera tenue responsabilité.

Obj: On veut a tout prix un responsabilité et comme celui-ci a disparu sut le plan juridique, il faut en trouver 1.

**CHAPITRE 2: LE MARCHE**

Notion au coeur du Dcrc: Sans elle, on ne peut pas appliquer le dtcrc.

Marché = notion économique.

Df donnée par la commission (communication de 1997 sur la Df du marché aux fins du DCC).

Cettec ommunication est un elt de référence à toutes les AN.

Le marché sert à identifier et à définir le périmètre à l’intérieur duquel s’exerce la concurrence entre les entreprises.

Ce périmètre va permettre d’établir le cadre ds lequel on va appliquer les règles de concurrence.

La notion de marché est svt étudiée ds les manuels ds la partie sur les APD. Pkoi?

Car c’est dans 82 qu’on a découvert le rôle du marché.

Cette approche ne correspond plus à la réalité.

La notion de marché est omniprésente en droit des PAC d’ou l’intérêt de délimiter ce périmètre avec précision.

**Section 1: Différentes fonctions de la délimitation du marché.**

Le marché en dt des PAC a 2 fct: - Une fct subsidiaire de rattachement terr.

- Une fct ppale: permet d’apprécier la licéité des comportements.

**§1 La fonction subsidiaire de rattachement.**

Cf champ d’application géo.

Le critère de l’effet est le critère de rattachement, il faut localiser ces effets sur un marché (national ou communautaire). Mais la notion de marché ne joue pas que pour l’appréciation de l’effet.

La notion de marché a aussi été utilisée pour l’appréciation de l’ACEEM.

Ds le cas de l’APD, en DC, la PD doit exister dans une partie substantielle du marché commun de mê en dt fçais, la PD doit exister sur le marché fçais.

Csq de cette fct: Ds la délimitation du marchén on doit nécessairement intégrer une dimension géogrphique.

Cette fct de ratachement terr reste subsidiaire.

**§2 La fct ppale: Permettre l’appréciation des comportements des entreprise.**

Ds un gd nbre de cas et en dehors de l’hyp des “restrictions caractérisées”, le jugt porté sur l’entr va dépendre de la place qu’occupent ces entreprise sur le marché en cause.

Le jugt que l’on va porter va dépendre du “pvr de marché” des entreprise.

L’existence du pvr de marché dépend simplement des parts détenues par l’entr sur le marché.

A l’origine, on ne se préoccupait des parts de marché des entreprise que dans les hypothèse extrèmes:

Cela n’est plus vrai aujourd’hui. La notion de pvr de marché a gagné tous les domaines du DC.

**A. Le rôle initialement limité de la notion de parts de marché aux situations extrèmes**

A l’origine du DC, on ne prenait en considération dans le raisonnement que 2 cas de figure:

- Cas ou les entreprise avaient des parts de marché tres faibles.

- “ “ “ “ “ “ jugées trop fortes.

Ds le cas ou les entreprise en cause avaient des parts tres faibles, elles n’avaient pas de pvr de marché et donc il n’y avait pas lieu d’intervenir à leur égard: on considérait qu’il n’y avait pas infraction (Pour les APD); Voir aussi communication de 2001 sur les acords mineurs.

Si les entreprise st concurrentes, 81 est inapplicable si leurs parts de marché cumulées sont < à 10%.

Pour des non concurrentes, Le seuil est porté à 5%.

Restrictions caractérisées (Swiss): pas de seuil!

Dès l’origine, on a dit que des parts de marché trop élevées était suspect.

2 cas de figure en DC: Art 82: Une P/M imp suppose un pvr de marché, elle suppose d’identifier une PD.

Si PD: Certains comportements qui étaient licites deviennent prohibés (ex: refus de vente).

Aussi, des l’origine, la commission a dit que certains reglts/exemption étaient inapplicables dès lors que les PM des entreprise dépassaient un certain seuil.

Ce raisonnement était tenu dans les reglts par catégorie pour les accords de rech/dvt...

Mais à l’origine, on ne se préoccupait pas des situations intermédiaires.

Ce n’est plus vrai: le pvr de marché à un rôle nouveau et Galisé.

**B. Le rôle nouveau et Galisé du pvr de marché.**

En DC (c’est moins vrai en dt interne), pour toutes les appl° de 81, on a besoin d’identifier le pvr de marché des entreprise et donc de calculer leurs parts de marché.

Cette G° a été introduite d’abord pour les accords verticaux (Reglt 27/90/99 a retenu un seuil de 30% au dessous duquel on peut faire bcp de choses sauf les restrictions caractérisées).

Relations verticales en DC: <15%, on échappe à 81§1, 15 à 30%; il peut y avoir restriction mais on est couvert par le réglement d’exemption par catégorie 27/90/99.

Doit on étendre à la distribution auto?

Commission 2002 a transposé le raisonnement de la directive à la distribution auto: On a un seuil a 30% et un à 40% dans le cas de la distribution sélective quantitative.

Cette démarche a été introduite pour les relations horizontales dans les 2 règlts d’exemption par catégorie adoptés en nov 2001 (sur les accds de rech/dvt et celui sur les accds de spécialisation): Les seuils sont + bas (20-25%) + exception des restrictions caractéristiques.

En DC on savait qu’il fallait calculer les parts de marché pour 82 et 81 (accorsds d’importance mineure...).

Aujourd’hui, on a dans tous les cas de figure besoin d’identifier le marché pertinent puisque tout va dépendre ds une large mesure du pvr de marché des entrep et donc des parts de marché.

Cela rend d’autant plus indispensable une Df précise du/des marché(s) en cause dans les affaires.

**Section2: La délimitation du marché.**

En mat de PAC le + souvent, ce que l’on appelle les marchés pertinents ( sur lesquels interviennent les pratiques en cause) sont limités.

Ds bcp d’affaires, il y a un seul marché mais parfois, plusieurs sont ceoncernés.

Cela mérite d’être relevé car si on compare avec ce qui se passe en mat de contrôle des concentrations, il y a une diff.

Contrôle des concentrations: On est en présence de gds gpes qui ont souvent des activités ds des secteurs multiples. Il n’est pas rare qu’on ait à identifier plus de 10 marchés affectés par 1 opérat° de concentration.

On a dc bcp réfléchi a la délimitation des marchés surtout depuis la Galisat° du contrôle des concentrations.

La communication de 97 sur la délimitation a été rédigée à l’origine par des fonctionnaires pratiquant le contrôle des concentrations pour le contrôle des concentrations.

Comme la délimitation repose sur une démarche intellectuelle identique quelle que soit la branche du DCC en cause, on a étendu cette communication à l’application des art 81 et 82.

Cela explique quelques bizzareries de la communication (rédigée par des économistes et non des juristes).

Cela explique aussi sur d’autres Q purement juridique (prauve...) Des passages qui peuvent paraître bizzarres!

On comprend mieux cette communication dès lors qu’on se souvient qu’au départ, elle a été rédigée par des économistes ds le cadre du contrôle des concentrations.

Au delà du DC, la communication sert de références auc autorités nationales.

Que peut on retenir de la communication en tant que juristes?

- Des critères permettant de procéder à la délimitation des marchés concernés par l’affaire.

- La mise en oeuvre des critères.

**§1 Les critères de délimitation du marché.**

1er constat fondamental: Il peut y avoir dsans une affaire quelle qu’elle soit plusieurs marchés concernés. (Minimum = 1 en tous les cas).

Les critères doivent s’appliquer marché par marché.

Si on raisonne sur l’hyp d’1 marché pris isolément, il y a un 2eme constat:

Le marché pertinent (celui dont on aura besoin ds l’affaire) doit toujours être doublement délimité: Sur le plan matériel (on doit identifier le marché des produits/services en cause) et ensuite sur le plan géographique (indispensable car le marché a une fonction subsidiaire de rattachement).

RM: cette délimitation doit être opérée dans cet ordre.

Techniquement, on commence tjrs par identifier le/les marché(s) de produits/services en cause et ce n’et que dans un 2e temps qu’on s’intéresse au marché géo.

Pourquoi?

Logique: Le marché géo peut être influencé par le marché des produits/services.

Ce principe n’est plus remis en cause aujourd’hui!!

A. La délimitation du marché de produits/services (délimitation matérielle du marché).

*Produits/services*: le raisonnement est identique en théorie mais d’un pt de vue pratique, il est parfois plus difficile de délimiter les marchés de service (surtout les nouvelles technologies).

Ex: L’un des arrêts de principe sur la délimitation du marché date de **1978, affaire United Brands** sur les APD. Ds cette affaire, on a bcp réfléchi sur le marché.

La Q était de savoir s’il fallait raisonner sur le marché des fruits frais en hiver ou seult sur le marché de la banane. Idot: c’était assez simple!!

Aujourd’hui, les arrêts sur les nouvelles technologies, les télécom ou l’audiovisuel, sont BEAUCOUP plus complexes!!! Les autorités de concurrence sont confrontés a des problème de délimitation extrèmement plus compliqués.

L’analyse conceptuelle est néanmoins identique.

Comment délimiter le marché des produits (ou services)?

La position communautaire est la même depuis le reglt 17/62: Donne une définition du critère permettant la délimitation.

Le critère fondamental est le **critère de la substituabilité**.

Utilisé pour la 1ere fois dans le formulaire “A/B” (condamné à disparaitre) qui était le formulaire de notification utilisé pour obtenir des exemptions individuelles (1962).

La DF donnée est la suivante, elle a été reprise constamment depuis (mê ds la communication de 97).

“Un marché de produits comprend tous les produits que le consommateur considère comme interchangeables ou substituables en raison de leurs caractéristiques, de leur prix et de l’usage auxquels ils sont destinés”.

- On considère que relèvent du mê marché de produits tous les produits conssidérés comme substituables entre eux. Le critère est simple mais pas la mise en oeuvre.

On doit mélanger l’analyse éco et l’analyse juridique.

Pkoi? Car la substituabilité s’apprécie d’abord par rappt à la D (par rapport au consommateur/utilisateur).Mais

la substituabilité va aussi s’apprécier par rappt à l’offre (au producteurs susceptibles d’offrir sur le marché ces produits).

1er constat: LA substituabilité est appréciée à titre ppal par rapport à la demande.

2è constat: la substituabilité doit à titre subsidiaire etre appréciée par rappt à l’offre.

**1. L’appréciation de la substituabilité par rappt à la demande.**

Il n’a jamais été contesté qu’il fallait commencer par là (communication de 97 fait le pt sur cette question).

Si on se place du côté de la demande, quels sont les critères à retenir?

- Critère ppal: ***La nature et l’utilisation du produit***.(= a quoi ça sert?)

Permet de procéder a une première approche grossière du marché.

Cette premiere approche n’est pas suffisante. Il va falloir introduire des critères en plus pour identifier ce que l’on appelle des sous marchés (ou “segments” de marché).

Ex: Un véhicule quel qu’il soit sert a transporter les personnes, un meuble sert à ranger des objets.

Donc, il y a 2 marchés distincts entre véhicules et meubles.

Si on reste sur le marché des véhicules, on voit qu’il y en a différents types:

- Véhicules pas chers à trois portes, Véhicules 5 portes plus chers et plus rapides, véhicules de luxe...

Une fois qu’on a déterminé que le marché est celui des véhicules, on se demande si au sein de ce marché global, on peut identifier des sous marchés.

Il faut introduire d’autres critères!!!

Il y a des critères obj et subj.

CRITERES OBJECTIFS

- ***Le prix***.

Les économistes aident le juristes, on a recours à la théorie des élasticités croisées (appliquée dans différentes affaires). Ex: Les boissons gazeuses non alcoolisées. Les boissons a base de cola sont elles substituables aux autres boissons gazeuses??

Le critère pal ne suffit pas: selon lui, ce sont toutes des boissons gazeuses non alcoolisées.

Technique des élasticités croisées.

On a 2 produits, A et B:

Si j’augmente le prix de A, vais-je renoncer a le boire pour me reporter sur le produit B dont le prix n’a pas varié! La variation du prix de A va-t-elle entrainer une modification du prix de la demande vers B?

Si on constate un fort déplacement de la demande de A vers B, pour moi consommateur, les produits sont substituables. En revanche, si malgré l’augmentation, je reste sur A, on considère que les 2 produits ne sont pas substituables.

En mat de véhicules auto, on distingue plusieurs gammes de voitures.

Bas de gamme (<10000€) , moyenne gamme et luxe.

On va aussi isoler le segment des véhicules de sport et des monospace car qualités particulières.

Au sein du segment des monospaces, on pourrait isoler les chères et les pas chères...

Le critère du prix est donc fondamental, la communication de 97 s’y attache beaucoup en analysant les variations de 5% du prix (pt17 communication).

Q: Les clients se retournent-ils vers une autre production en cas d’augmentation légère du prix?

Ce §17 est une application de la théorie de l’élasticité (bcp plus développée parfois, ex: aux US en mat de concentrations).

Les économètres ont élaboré le SNIPP test qui sert à calculer les conséquences d’un chgt de prix de 5-10%

Le facteur du prix a une gde importance chez les autorités de concurrence.

Pb: les modèles économétriques ne sont des modèles, pas tjrs proches de la réalité.

Ainsi, les calculs d’élasticité marchent bien pour les produits d’utilisation courante. En revanche, qd on applique ces modèles a des produits plus sophistiqués ou a des services nouveaux, les résultats ne sont pas nécessairement probants.

En dehors du critère du prix, il faut réintroduire d’autres critères.

*-* ***Les qualités particulières du produit.***

Ds United brands 78, la CJCE avat retenu ce critère.

Elle avait considéré qu’il y avait un marché distinct de la banane qui avait des qualités particulières (maniement facile, consistance, absence de pépins...).

En mat de produits plus sophistiqués:

Ds le marché des imprimantes, on a le problème des compatibilités et des problème de prix.

A segment équivalent en mat de prix, on va chercher d’autres éléments que le prix (rapidité, économies sur les cartouches, service apres vente proposé...) Il y a tout un ensemble de qualités qui s’attachent au produit.

On passe ici insensiblement a des critères plus subjectifs.

On a résumé ces critères en parlant de la “perception qu’a le consommateur” du produit.

Il est admis également qu’il faut tenir compte du critère subjectif.

Ex: Dermopharmacie: Le marché des produits dermopharmaceutiques vendus en officines doit être distingué de celui des produits vendus par la grande distribution.

Au niveau de la composition, c’était quasiment la même chose mais on a pris en cpte la perception du consommateur.

Subjectif et objectif sont donc un peu liés.

Les professionnels qui vendent les produits ont svt la perception la plus raisonnable de ce que sont les marchés.

**2. La substituabilité du côté de l’offre.**

La CJCE a rappelé cette nécessité dès l’arrêt **continental can de 1973**.

C’est le 2ème temps de l’analyse.

La communication de 97 distingue substitution du côté de la demande et de l’offre.

En ce qui concerne les critères d’appréciation, on ne trouve plus de référence à la substituabilité du côté de l’offre.

Il s’agit en fait de déterminer si ds un laps de temps réduit, il est possible à un concurrent potentiel (qui ne fabrique pas encore le produit) de modifier sa gamme de produits pour entrer effectivement sur le marché.

Si la substituabilité du côté de l’offre est faible (si il est tres difficile de venir du jour au lendemain sur le marché pour offrir un produit différent), c’est une contrainte qui conduira a une délimitation étroite du marché.

En revanche, s’il est tres facile de transformer sa P° (un producteur de papier journal qui peut tres facilement se mettre a produire du papier blanc A4), ce sera un élément en faveur d’une délimitation plus large du marché en cause.

Une fois procédé à la délimitation du marché de produits/services, il faut introduire la dimension géo.

**B. Critères d’appréciation du marché géo.**

Le formulaire “A/B” dit que le marché géo en cause comprend le **territoire** sur lequel les entreprises concernées sont engagées dans l’offre/service en cause **sur lequel les conditions de concurrence sont suffisamment homogènes.**

Le critère de l’homogénéité des conditions de concurrence est au marché géo ce qu’est la substituabilité au marché matériel.

Si on raisonne par rappt à la demande, qui doit être la considération ppale, on constate qu’on prend en considération un certain nbre de critères:

CRITERES OBJECTIFS

- ***Le prix***

Ex: Faut il raisonner sur l’ens du marché commun ou doit on considérer que sur le plan géo les marchés sont des marchés nationaux.

Si il ya une forte différence de prix pour le mê produit ds les E-mbres, on considèrera que cette diff de prix en fct de la zone géo conduit à identifier des marchés nationaux et non pas un marché communaitaire.

Ex simple: Actuellt, la commission considère que les différents segments du marché automobile sont les marchés nationaux car il y a de trop grandes différences de prix sur un produit identique entre les différents e-nmres.

- ***Les réglementations***

Elles peuvent conduire a distinguer des marchés nationaux.

Si les normes applicables au produit ne st pas les mê ds les E-mbres, on considère que les marchés ne st pas homogènes.

**- *La nature du produit.***

Il y a des produits qui peuvent ê exportés facilement (on identifiera par ex un marché au moins européen).

D’autres, par leur nature, ne peuvent pas être exportés, on sera alors conduits a identifier des marchés locaux.

Ex: Ds les affaires nationales, le béton prêt à l’emploi:

Lourd, peu onéreux, le cout du transport représente autant que le prix du produit.

Dc, dans ce cas, on ne va pas vendre ce produit ds le monde entier!!!

Ds ces types de produits, le marché géographique sera local, voire régional.

Qd on raisonne sur les marchés de la grande distribution, (au départ, pb: on voulait raisonner produit par produit = + de 5000 produits différents par hypermarché!!!) On distingue en fonction de la surface des marchés (supérettes = différent d’hypermarché).

Les services proposés par les hypermarchés sont étendus sur la zone géographique qui correspond au nb de Km qu’un consommateur est prêt à faire pour s’approvisionner (a peu pres 30-50km en pratique).

CRITERE SUBJECTIF

Perception du consommateur.

Il faut ajouter quelques précisions sur la notion de territoire.

Dans la majorité des hypothèses, on raisonne par rappt à un territoire au sens propre.

En DC, on se demandera si on est en présence d’un marché européen, de marchés nationaux, d’un espace recouvrant 2 ou plus marchés nationaux (parfois, on distingue les E-mbres continentaux du marché britannique), d’un marché régional, local...

Ds les affaires examinées par les AN, on descend d’un cran: On s’interroge sur le pt de savoir si le marché est national, régional ou local.

La plupart du temps, le marché est un Etat, une région, une commune.

Il faut noter 2 cas particuliers:

- Les affaires de transport: On prend en cpte les axes (ou gpes d’axes) et non sur un territoire géo (cf: **1989 Ahmed Saed** sur le transport aérien, cf toutes les décisions en mat de transport ferroviaire **TPI 98 European nights Services**: Une filiale commune).

Problèmes de délimitation:

Pour les services de transports, il faut distinguer les voyages d’affaires et les voyages de service destinés au voyageur de base.

L’objectif d’ENS était d’offrir sur l’eurostar un service de train de nuit de tres haute qualité.

On a considéré que le marché était celui des voyages d’affaires, en concurrence avec les avions.

Une fois identifié le marché des services, on a voulu analyser le marché géo en matière d’axe.

2é pb: Problème des appels d’offre:

Comment délimite-t-on les marchés en mat de marchés pcs?

Jusque récemment, le conseil de la concurrence disait que chaque marché pc était lui même un marché.

Ds une affaire récente, **conseil de la concurrence 2002** a examiné la situation dans la distribution de l’eau potable en france. Il a considéré qu’il ne fallait plus raisonner marché par marché (donc commune par commune car c’est elles qui déterminent le régime administratif de la distribution: régie, concessionnaire...).

Il a considéré qu’il y avait au niveau national a un marché de distribution de l’eau potable et que sur ce marché, il y avait un oligopole restreint avec 3 opérateurs (aix Gale des eaux = vivendi environnement, Lyonnaise des eaux et la filiale eau de Bouigues) et les 2 1ers gpes y tiennent une position dominante collective.

Donc en mat de marché pc au sens large (appels d’offre de toutes sortes) la tendance de délimiter marché par marché est remplacé par na détermination au niveau nationale.

**§2 Mise en oeuvre des critères.**

1ere Q: Les preuves et méthodes.

2è Q: Le contrôle du juge sur la délimitation des marchés.

**A. Les questions de preuves et de méthodes.**

Dans ses différents rappts annuels, le conseil de la concurrence a essayé de conceptualiser les Q relatives a la délimitation des marchés.

Il a identifié 3 types de méthodes.

1: La méthode descriptive

“Consiste a analyser les similarités ou différences techniques de 2 biens, elle peut parfois être utile pour déterminer la substituabilité: Une paire de chaussette et un avion!”.

2: La méthode d’investigation

“On va questionner les consommateurs en faisant des sondages (Après coup ds l’affaire dermopharmacie: les conclusions des sondages démontraient exactement le contraire de ce qui avait été jugé par les AN)”.

3: La méthode économétrique

Recours à des modèles avec utilisation de la th des élasticités, du SNIPP test...

Le cumul de l’ensemble permet d’aboutir aux meilleurs résultats.

On combine donc les métodes et les critères.

Pb: Sur qui pèse la charge de la preuve???

Ds la publication de 97, la commission dit comment elle procède elle mê:

Elle part des dossiers de notification pour voir comment les parties analysent les marchés et dit ensuite si elle est ou non d’accord.

Idot: C’est une méthode qui s’applique particulièrement bien au cas des concentrations car quand on la notifie, on a une partie “délimitaion des marchés” à remplir.

Ds bcp d’affaires, les autorités de concurrence sont donc en accord avec les parties.

Cependant, en matière de PAC, les données sont différentes!

Les notifications vont totalement disparaître, on va être ds un syst uniquement a posteriori!!

Comment faire?

C’est a l’autorité de concurrence ou au demandeur (devant une JN) de proposer une lélimitaion des marchés.

Soit celle ci est acceptée par tous, ds ce cas, OK.

Soit (fréquent en mat de PAC), il y a contestation de la délimitation proposée et chacun arrivera avec ses arguments. Celui qui conteste devra le prouver.

En mat de PAC, la Q de la délimitation est tres souvent âprement débattue, tous les modes de preuve sont admissibles (sondages, enquêtes, recours à des expertises économiques = pas bon selon idot car on ne trouve jamais d’accord).

Donc, en définitive, c’est l’autorité de concurrence qui décide avec plus ou moins de bonheur quel est le marché pertinent. Sachant que les marchés ne sont pas figés et que la délimitation peut évoluer.

Ex: Evolution des marchés de services car évolutions technologiques, évolution de la dimension géo des marchés (un marché national peut devenir européen avec l’intégration des marchés...).

**B. La question du contrôle du juge en mat de délimitation des marchés**

Contrôle du juge: on distingue le 1er et le 2nd.

Le TPI et la CA paris d’un côté.

La cour de cassation et la CJCE de l’autre.

Le 1er juge (CA ou TPI) peuvent apprécier pleinement la délimitation du marché.

Pas de restriction a leur pvr. Ils ne s’en privent d’ailleurs pas!!

Le TPI a récemment (**Kish Glass 2000**) contrôlé pleinement.

La Q s’est posé ds les hypothèse de pourvoi en cour de cassation devant la cour de cassation en France et devant la CJCE (depuis que le TPI existe uniquement).

La délimitation du marché est elle une Q de fait ou de droit?

Si Q de fait, ça échappe au contrôle de la CJCE et cour de cassation.

Réponse en 2 temps:

- C’est une Q de fait: plus de contrôle au stade ultime.

C’était la position de la cour de cassation en 89 dermopharmacie.

Les données ont depuis évolué:

- Cour de cassation et CJCE admettent que la question des critères de délimitation est une question de droit qui peut faire l’objet d’un contrôle.

C’est un domaine ou il est difficile de distinguer ce qui relève de la Q de dt et de la pure appréciation.

**TITRE 2: Les règles de fond.**

**Sous-titre 1: Les interdictions.**

Il y a essentiellement 2 gds types d’interdiction.

On commence toujours par interdire les ententes puis les pratiques abusives (cela recouvre abus de position dominante et autres pratiques abusives).

**Chapitre 1: L’interdiction des ententes.**

Elle repose sur 2 éléments constitutifs de l’infraction (aussi bien pour 81, L420-1 et section 1 Sherman act):

- Concours de volonté.

- Restriction de concurrence.

La présence de ces 2 eltss est indispensable pour que l’on puisse conclure à l’interdiction (car on est en matière quasi répressive).

Cependant, si les 2 elts sont identiques dans les 3 syst juridiques, leur interprétation pourra varier de l’un à l’autre.

**Section1: Le concours de volonté.**

A la différence des pratiques abusives qui, la plupart du temps, sont des comportements unilatéraux, l’entente suppose au moins 2 parties (il peut y avoir des ententes en impliquant plus).

**§1. Les parties au concours de volonté.**

Il ne suffit pas qu’il y ait 2 personnes, il y a des cond° préalables.

**A. Nature des parties**

Ds la majorité des hypothèse, les ententes interviennent entre au moins 2 entreprises.

Il n’y a dc pas de difficulté particulière et la notion d’entreprise est définie selon les critères du champ d’application matériel du droit des PAC.

Mais on rencontre certains problèmes:

- En DC, par ex, l’art 81§1 vise les associations d’entreprises en plus des entreprises.

- Cette qualité d’entreprise doit elle être remplie par les 2 parties à l’entente ou une seule suffit?

**1. Le faux problème d’une catégorie spécifique: l’association d’entreprises.**

La notion d’association d’entreprises, utilisée à titre accessoire en DC doit être entendue dans un sens large.

Cela ne recouvre pas seult des associations au sens du droit français (loi 1901...).

L’asso d’entreprise vise tout regroupement quel que soit sa forme juridique.

Si on raisonne sur des asso d’entr dans le contexte fçais, on trouve svt des asso 1901 tout simplement car c’est une forme pratique pour les org° pro.

Cependant, l’asso d’entreprises peut être un syndicat ou même un organisme de droit public (un ordre professionnel...).

Ex récents en DC: **Affaire de l’IMA**: Institut ds mandataires agréés. **TPI 28.3.2001**

**Mars 2000 TPI Affaire CNSD** sur le Conseil national des expéditeurs en douane Italiens.

**Fevrier 2002**, Wouters sur un Barreau d’avocats.

Il n’est pas nécessaire que le groupement ait une PM pour appréhender l’association d’entreprises.

Encore, on constate qu’on hésite pas à qualifier d’association des associations d’associations.

(ex: Gpts regroupant certains secteurs au niveau régional, eux mê regroupés...).

Ces asso d’asso sont elles aussi des asso d’entr (**TPI 2000 affaire du ciment** ou **2001 UEFA** sur la retransmission des droits de football).

Au delà de la forme juridique, cette notion d’asso d’entreprise et le fait qu’on l’identifie à 81§1 n’est nullement indispensable car ces associations sont des gpts d’entreprises.

En Dt Fçais, dans 420-1, on ne vise pas spécifiquement l’asso d’entreprise alors pourtant que dans la pratique décisionnelle, souvent, des asso d’entreprises sont visées.

Pourquoi n’a t on pas besoin de cette catégorie spé?

Car qd on appréhende leurs comportements, il y a bien précisément un concours de volontés entre 2 entreprises.

Il s’agit donc là d’une fausse difficulté et on pourrait supprimer cette partie inutile de l’art 81.

Le groupement n’est qu’un voile qu’on lève pour aller rechercher les opérateurs éco qui sont derrière.

**2. Le vrai pb: l’entente suppose-t-elle nécessairement un concours de volonté entre 2 entreprises?**

Les txt sont applicables si les 2 parties sont des entreprises et sont innaplicables si aucune partie au concours n’est une entreprise.

Mais qu’en est il lorsque l’une des parties est une entreprise alors que l’autre ne l’est pas?

Il est intéressant de comparer 81§1 et L420-1:

- En DC, le txt est clair, le concours de colontés ne peut émaner que d’au moins 2 entreprises et les autorités de contrôle en ont déduit des csq tres claires:

- Si Concours entre une entreprise et une ppque qui agit en tant que régulateur (non-entr), celui ci ne peut être appréhrendé par l’art 81 (**Bodson 1988 CJCE**)

- Si le concours intervient entre des salariés, l’art 81 est inapplicable car les salariés ne sont pas des entreprises.

- Le débat est né en Dt Fçais car L420-1 ne spécifie pas que l’entente ne lie que des entreprises.

Cela explique le débat connu a la suite de l’affaire **TC commune de pamiers 1988**.

Ce débat a été relancé récemment dans l’affaire du syndicat du livre 98 qd le conseil de la concurrence a voulu appliquer l’interdiction des ententes aux comportements de ce synd de salariés.

Objection: Les salariés ne sont pas des entreprises, pas de Dtcrc! (argument balayé par le ccrc)

Devant la CA (2000 confirmé en 2002 cass), le juge a dit qu’on ne peut pas appliquer L420-1 dès lors que les parties au concours de volonté n’exercent pas d’activité éco au sens de L410-1.

Cpdt, le débat n’est pas totalement clos car la Q se pose en ce moment de savoir dans quelles mesureson peut appliquer le principe d’interdiction des ententes à des conventions collectives quisont conclues d’un côté par des représentants des entrprises et de l’autre côté par des salariés et leurs représentants.

Etant donné qu’il n’y a pas entreprise des 2 côtés, on ne devrait pas se poser de Question mais malgré tout, il y a débat. (On cite **1990 Artistes interprêtes** en France mais pas d’analogie car le conseil de la concurrence avait vu des pratiques détachables).

En DC, dans certains des arrêts concernant les fonds de pension NL (**Van der Woude 2000**), au lieu de dire qu’une convention collective échappait à 81 car non conclue entre 2 entreprises, la cour a admis qu’il pourrait y avoir une possibilité d’appliquer 81§1 à une convention d’entreprise.

La solution a été confirmée ds un autre arrêt concernant les médecins: **Pavlov 2000**

**B. Les conditions requises des parties (entreprises forcément!)**

2 problème sont apparus:

- La place de l’entreprise dans le processus éco.

- L’autonomie dont doit disposer l’ntreprise pour que l’on puisse appliquer le principe d’interdiction.

**1. La place de l’entreprise dans le processus éco.**

Il y a un vieux débat qui montre que cette Q n’est pas terminée d’ê débattue:

Le principe d’interdiction des ententes s’applique-t-il seult aux ententes horizontales ou aussi les ententes verticles?

Que recouvre cette distinction?

- Entente horizontale: Entre entreprises situées au mê stade du processus éco (entente entre fabricants, entre distributeurs...).

- Entente verticale: Entre entreprises situées a des stades différents du processus économique.

(accds de distribution entre producteur, grossiste et détaillant par ex).

Autre poss d’entente verticale: en mat de transfert de technologie.

En Dt des PAC, au départ (entre 2 guerres), on ne s’est occupé que des ententes horizontales qui concernaient les producteurs (on les a appelées à l’époque des cartels).

Cartel = entente horizontale entre producteurs.

Cette origine explique qu’en DC, qd on a commencé a rédigé 81, on s’est demandé si le principe d’interdiction qu’il contenait s’apliquaot uniquement aux ententes horizontales ou aussi aux ententes verticales?

Les 1ères affaires de 1964 portaient sur des ententes verticales (accds de distribution).

**Commission Grundig 64**: 81 est applicable aux ententes verticales.

La CJCE a ensuite confirmé dans tous ses gds arrêts de 66 (grundig, LTM...).

La cour a considéré que 81 ne distinguait pas entre verticales et horizontales et comme il n’y avait pas de distinction, il ne fallait pas distinguer.

Dans certains droits nationaux, l’assimilation des ententes verticales aux ententes hrizontales a été bcp plus longue. En dt Fçais, en 45, on a considéré que les ententes verticales n’était pas comprise.

En 74, l’ancienne commission technique commençait a remettre en cause ce principe (mais elle n’avait qu’un rôle consultatif). Il a fallu attendre **1982** pour que la **chambre crim de la cour de cassation** admette dans l’affaire des Parfums, **arrêt Lanvin**, la poss d’appliquer les txt sur les ententes a des relations verticlales.

Le débat, a partir de là, a été clos.

On peut constater que lors de la réforme de 86, ce point n’a plus été débattu.

Les 1ères gdes décisions du conseil de la concurrence de 87 portent comme par hazard sur des ententes verticales!

Mais cette assimilation n’est pas faite dans tous les syst juridiques européens.

Il y a encore de vives résistances en particulier en droit alld mais aussi en dt anglais.

Par ailleurs, il ne faut pas oublier que si en DC et en Et Fçais, l’art 81§1 couvre les relations horizontales et verticales, pour l’appréciqtion de la restriction de concurrence, on a des règles diversifiées car on considère, à la suite des économistes, que ce que l’on appelle des restrictions verticales sont moins nocives sur le terrain de la concurrence que les restrictions horizontales.

Mais un nouveau problème est en train d’apparaître ds la mesure ou on constate que les autorités de concurrence appréhendent de nouvelles formes d’ententes qui ne rentrent ni dans la catégorie des ententes horizontales, ni dans la catégorie des ententes verticales.

On trouve ces applications extensives essentiellement en droit français dan la pratique décisionnelle.

Le conseil de la concurrence n’hésita pas a intervenir des lors qu’il y a un concours de volonté entre 2 entreprises qui jouent un rôle différent sur le marché.

Ex: Accds entre les fédérations sportives et une ou plusieurs entreprises qui peuvent avoir par ailleurs des effets anticrc. (accd entre un fabriquant de chaussures de sport et une fédération d’escrime selon lequel seul ce fabriquant pourra avoir un stand lors de compétitions).

Ce type d’accd pourra avoir un effet restrictif sur la concurrence.

Quel est le problème ici? La fédération semble être une entreprise, le fabricant aussi...

Le problème est que la relation n’est ni verticale, ni horizontale, pourtant, on applique les textes.

On commence a touver cette tendance extensive dans la pratique communautaire (ex: Fédération danoise de Tennis avait conclu un accord d’exclusivité avec un fabricant de balles, ce fabricant était le seul autorisé à fournir les balles pour les compétitions officielles. La commission est intervenue).

Idot a du mal a ranger ces accords dans la typologie classique horizontale/verticale.

**2. L’autonomie des parties**

Poir qu’il y ait concours de volontés, il ne suffit pas que celui ci intervienne entre au moins 2 entreprises, il faut que chacune des parties soit autonome sur le plan économique.

Il y a 2 hypothèses que l’on a bcp discuté:

- La question des agents.

- La question des accords intragroupes.

- **La question des Agents er représentants**

Les contrat d’intermédiation sont extrèmement fréquents dans la vie des affaires. Il y a toute une série d’agents qui interviennent dans la conclusion des contrats d’affaires.

La Q s’est vite posée de savoir s’il était poss d’appliquer le principe d’interdiction des entestes aux relations entre le fabriquant et l’intermédiaire qu’il utilise pour écouler ses produits.

Sur le terrain du dt civil, ces contrat d’intermédiation font souvent appel a la technique du mandat (mécanisme de la représentation). Csq: Qd le processus est terminé, seul le mandant est lié avec l’acquéreur final.

Le mandatatire, l’intermédiaire ne fait que représenter le mandant (fabricant/fournisseur en Gal).

1962, 1ère communication sur l’interprétation de 85 (81) que dans ces contrat, l’art 81-1 ne s’appliquait pas aux relations entre les fabricants et les mandataires, agents commerciaux et autres intermédiaires...

Ds cette communication, la commission mettait dans le mê panier des catégories différentes (VRP, Agents au sens du dt Fçais, courtiers qui ne font que rapprocher les parties...).

Par la suite, la position de la **commission** a évoluée et a partir des 70’, LA commission a considéré qu’il n’était pas imposs d’appliquer 81§1 a des relations fournisseur/intermédiaire si l’intermédiaire (l’agent) était autonome sur le plan éco par rappt au fournisseur (**Pittsburg 1972**).

Cette analyse a été confirmée par la **CJCE:** **1975, industrie européenne du sucre** mais SURTOUT en **1987, arrêt VVR** sur les agents de voyage.

Les agences de voyage fonctionnent sur la base de contrat de mandats. L’agent est en principe mandataire du tour-opérator. Peut on appliquer 81§1 aux relations entre Agents de voyage et tour-operators?

CJCE: Oui, on peut léappliquer car mê si les agences de voyage interviennent comme des mandataires, elles sont autonomes sur le plan éco car elles représentent une multiplicité d’entreprises, ce qui leur permet d’avoir une indépendance sur le marché.

Il faut donc raisonner au cas d’espèce et voir si l’intermédiaire est ou non totalement dépendant de son mandant. Pour les agents de voyage, sauf cas particulier, on peut l’admettre.

-Bouygues utilise des commerçants indépendants pour vendre ses téléphones mobiles mais dans ce ca particulier, ce sont des commerçants indépendants qui interviennent en tant que mandataires. Ils n’achètent pas pour revendre, en réalité, ils sont mandataires et le contrat est en fait conclu directement avec bouygues telecom)-

Confirmation de **VVR** en **1995 BMW** (leasing automobile) mais l’élément le plus récent est la prise de position de la commission en **2000 dans les lignes directrices** sur les relations verticales.

La communication de 62 était devenue obsolète et in y avait un projet en cours.

En 1999, la commission adopte le nouveau règlement d’exemption sur les relations verticales (ne comportant rien sur les contrat d’intermédiation) mais pour expliciter ce nouveau droit des relations verticales, la commission a ensuite publié des lignes directrices sur les restrictions verticales en 2000. C’est au début de ces lignes directrices (§12-20) qu’on trouve explicités les ppes gouvernant l’application de 81 aux contrats d’agence.

*RM*: En DCI (DCC y compris), on emploi tres fréquemment le qualificatif d’agent pour recouvrir tous les intermédiaires alors qu’en Dccial Fçais, l’agent est une catégorie partculière qui obéit a un statut bien précis du décret de 58 modifié en 89 pour intégrer la directive communautaire de 86 sur les agents cciaux.

Mais en Dt concurrence, il faut utiliser le sens LARGE d’agent.

Les lignes directrices reprennent en fait les anciennes jp:

- Il faudra s’interroger sur le degré d’autonomie éco dont dispose l’intermédiaire.

Si il n’est pas autonome, l’art 81 ne doit pas s’appliquer car sous l’angle éco, il n’y aura pas véritablement concours de volontés.

En dehors de la Q des agents, l’autonomie a été débattue dans un 2eme cas de figure: les accords intragroupe.

**- Les accords intra-groupes**

Qd on regarde 81, il faut bien distinguer les relation externes du gpe et la Q des relations intra-groupes qui sont les seules qui nous intéressent ici.

Peut on admettre l’applicabilité de 81§1 (ou L420-1) lorsqu’on est en présence d’accords entre une soc mère et ses filiales? Ou d’accords entre filiales dépendant d’un même groupe?

C’est une Q hyperclassique qui a donné lieu a des milliers de comentaires.

Cette Q se pose dans tous les systèmes juridiques.

- En DC, Il y a eu toute une évolution jurisprudentielle:

La **commission** avait admis en **70 Kodak** l’inapplicabilité de 81 aux accds intragroupes (confirmé par **CJCE** **Beguelin 1971** puis surtout en **1974 dans les 2 affaires centrfarm**).

Dans les affaires centrafarm, qui étaient les arrêts de ppes, la cour avait posé des conditions assez strictes:

Elle ne raisonnait que sur les relations soc mère- filiale et elle exigeait que 2 cond° soient remplies:

- Que les filiales forment avec la soc mère une unité éco (détention à 100%) et qu’elles ne disposent d’aucune autonomie dans leur action commerciale.

- Que les accds ou pratiques visent à une répartition interne des tâches à l’intérieur du groupe.

Cette formule avait été reprise par la suite dans les arrêts **Bodson 1988** ou **Ahmed Saed 1989** sans trop s’interroger. De plus, la commission était assez rigoureuse (**Gosme 91**: Le fait que la filiale était détenue à 50% n’était pas suffisant pour rendre inapplicable l’art 81).

Finalement, l’affaire VIHO a donné 2 arrêts de ppe: TPI 95 et sur pourvoi CJCE 96 (Idot préfère l’arrêt du TPI).

Viho se heurtait a ce que l’entreprise de stylos parker avait cloisonné des marchs.

Ds certains Embres, Parker avait des filiales pour vendre mais ds d’autres, elle faisait appel a des indépendants.

La commission n’a appréhendé que les relations entre Parker et les indépendants et a condamné.

Mais la commission a rejeté la moitié de la plainte de viho (celle qui concernait les relations Parker/filiales à 100%) et a déclaré l’art 81 inapplicable car Centrafarm.

Viho a alors dit que la 2ème condition de centrafarm n’était pas remplie!

Réponse du trib confirmée par la Cour:

- La filiale est sous la dépendance totale de la soc mère, cela suffit pour déclarer inapplicable 81.

Depuis les arrêts Viho, on a abandonné la 2ème condition de centrafarm et on ne se préoccupe plus que de savoir si la filiale peut prendre ses décisions de manière autonome.

LA Q des accds entre filiales demeure débattue et par ailleurs, la solution n’a été adoptée que pour une filiale à 100%!

Qu’en est il en dt Fçais?

On a pas de gds arrêts de principe mais une multitude de petites décisions.

On reprend normalement la jurisprudence Viho (ccrc: certaines affaires font directement à l’arrêt de la Cour).

Particularité du Dt fçais cependant: On a une *solution spécifique* pour les ententes en matière de marchés publics:

Les gds gpes de Travaux pcs Fçais ont de multiples filiales sur l’ensemble du territoire et il arrive fréquemment que pour un appel d’offre donné, plusieurs filiales d’un mê gpe soumissionnent.

A l’appui de leur défense, qd poursuivis pour pratiques concertées, ces gpes disent qu’il s’agit d’accds intragpes.

Le conseil de la concurrence refuse de faire jouer la jurisprudence Viho!! Il applique L420-1 en utilisant comme justification de la théorie de l’apparence.

Les filiales ont fait croire qu’elles présentaient des offres distinctes alors qu’en réalité elles s’étaient concertées: elles doivent assumer les csq de ces concertations et seront condamnées pour violation de L420-1.

**§2 La manifestation du concours de volonté.**

2 questions se posent:

- La forme du concours de volontés.

- La preuve du concours de volontés.

**A. La forme du concours de volontés.**

C’est une Q classique qui fait l’objet de dvts approfondis dans les ouvrages.

Ici, on ne parlera que des Q contrversées.

Qd on raisonne sur la forme du concours de vol, on constate une différence sensible entre la précision du DC (81§1) et la généralité du droit Français à l’art L420-1.

En DC, l’art 81§1 distingue clairement les accords, les décisions d’asso d’entreprises et les pratiques concertées.

De manière un peu pêle mêle, le Dt Fçais vise ds un ordre illogique les actions concertées, les conventions, les ententes expreses ou tacites et les coalitions.

La comparaison est intéresssante car au dela de l’aspect formel, on constate qu’aucun des 2 n’est satisfaisant.

On tentera de démontrer que le concours de volonté revêt seult deux formes en réalité.

Ces 2 formes se complètent: L’accord (au sens du Dcrc d’une part et les pratiques concertées d’autre part).

**1. La notion d’accord**

Il faut préciser “accord au sens du dt de la concurrence” car la notion d’accord est connue en dt civil et ne revêt pas nécessairement la même signification.

C’est ds la jurisprudence communautaire qu’on trouve la DF la plus claire de l’accord.

Le juge communautaire ne cesse de répéter que pour qu’il y ait accord au sens de 81, *il suffit que les entreprises en cause aient exprimé leur volonté commune de se comporter sur le marché d’une manière déterminée.*

Cette DF classique de l’accord, on la trouve ds une jurisprudence abondante (récemment, par ex: **TPI Jt 2000 Volkswagen, Mars 2000 TPI affaire du ciment, Koupp Dec 2001)** et fait partie du droit positif communautaire.

Cette DF emporte plusieurs séries de csq:

1. L’accord au sens du dt de la concurrence englobe la notion de convention au sens du droit civil au sens de l’art 1108 Cciv pour les français.

Lorsqu’on raisonne sur la conv°, on constate que son *objet est indifférent*, tous les contrats répondent a cette DF de l’accord même si leur objet est bien éloigné à priori du dt concurrence (ex: contrat de transaction).

*Indifférence aussi de la forme écrite ou verbale* de la convention (**1978 Tepea**, **Newitt TPI**...).

*Le nb de parties au contrat est indifférent* dès lors qu’il y a au moins 2 parties.

- 2 parties = fréquant en cas d’accords verticaux.

- Plusieurs parties = plutôt ententes horizontales.

Comme la notion d’accord au sens de 81 englobe la notion de conv° au sens du dt civil, a fortiori, les contrats qui aboutissent à la création de nvelles personnes juridiques répondent à cette qualification d’accord:

- Contrat de société (**Dansk 1992**).

- GIE...

C’est essentiellement ds la pratique décisionnelle fcse que l’on s’interroge sur la licéité de gpts entre entreprises (débat sur les gpts constitués pour répondre a des appels d’offres: mais le débat porte sur le caractère restrictif du gpt, cependant, personne n’a jamais affirmé que le 1er elt était rempli).

Y-a-t il une spécificité de la notion d’accord en Dt concurrence ?

Oui: Elle a vocation a dépasser la notion de contrat au sens du dt civil.

La notion est plus large que la notion civiliste car en dt concurrence on exige pas que l’accord produise des effets juridiques obligatoires (lie les parties): la force obligatoire nécessaire ne se retrouve pas en Dt concurrence.

Csq pratique: Des accds nuls ou expirés demeurent des accds au sens du dt de la concurrence (**Binon 1985**)

Autre csq pratique: Les engagements d’honneur (Gentlemens’ agreements) sont sans contestation des accords au sens du droit de la concurrence.

Position adoptée dès **1970 Entente int° de la Quinine** confirmé en **1995 Treillis soudés** et on peut trouver, ds une décision **FEG de la commission**, **affaire des acides aminés**.....

Cette position n’est pas remise en cause.

Cette définition d’accord est tellement implantée ds les esprits qu’elle est reprise sans aucune distinction par les droits nationaux (en tout cas le dt Fçais).

Qd on raisonne sur l’accord au sens du dt de la concurrence, la difficulté que l’on rencontre (commune au syst communautaire et nationaux) est de faire la différence entre volonté commune et comportement unilatéral.

Qd on aborde le problème de cette distinction, il faut éliminer un faux pb:

- La décision d’association d’entreprises, en DC du moins, semble faire l’objet d’une catégorie spé.

La décision d’asso d’entr pourrait se présenter comme un comportement unilatéral (une seule décision émanant d’un seul organe). Tel n’est pas le cas car compte tenu de la DF d’asso d’entreprise vue un peu plus haut dans le cours, la décision d’asso d’entreprises n’est jamais que *l’expresion d’une volonté commune*.

En DC, on écarte toutes les autres conditions qui poirraient être posées, peu importe l’objet de cette décision (elts commerciaux: les barêmes de prix, codes de déontologie **TPI IMA**...).

Peu importe le caractère obligatoire ou non obligatoire de la décision d’association d’entreprise.

Ex: La proposition d’un barême de prix manifeste une volonté commune d’agir ensemble.

Le 1er elt constitutif (le concours de volonté) est rempli dans tous les cas.

Les décision d’asso d’entreprises sont de véritables accords au sens du droit de la concurrence.

Cette catégorie autonome n’est pas nécessaire (ainsi, cette catégorie n’existe pas en droit français et ça n’empêche pas 1/3 des décisions du conseil de la concurrence qui porte sur ce que l’on aurait appelé en DC des décisions d’asso d’entr!!).

De +, dans les décisions les + récentes qui portent sur des associations d’entreprises, dans le dispositif de la décision, la commission vise de manière groupée ces comportements qu’elle qualifie d’ “accords et/ou décisions d’associations d’entreprises”.

Le problème de la distinction accord/comportement unilatéral se trouve a un autre niveau.

C’est essentiellement en mat de relations verticales que l’on a été confrontés au comportement des fabricants.

Hypothèse pratique: Un producteur, dans le cadre de sa pol commerciale, décide d’une action qu’il va suggérer ou imposer à ses distributeurs.

Q: Cette action q-t-elle des effets restrictifs de concurrence?

Peut on admettre qu’il y a concours de volontés.

Doit on considérer qu’on est en présence d’un comportement unilatéral du fabricant qui a ce titre va échapper à l’interdiction de 81?

Cette qualification des comportements a donné lieu a une jurisprudence abondante aussi bien en DC qu’en Dt Fçais. En fct des hypothèse pratiques, on peut distinguer un premier cas de figure contesté par Idot:

- *Les conditions générales de vente* qui lient le fabricant à ses distributeurs.

Qd un fabricant met en place un syst de distribution, il choisit les distributeurs et ceux ci sont liés à lui par un contrat cadre (contenant des conditions générales de ventes).

Peut on appréhender ces cond° Gales de vente au regard de 81§1 ou L420-1?

Oui: On a sur ce point une jurisprudence constante en DC (**AEG 1983** et bien d’autres)et en Dt Fçais (**Cass 10.3.98 JVC** et bien d’autres).

Ce n’est pas ce 1er cas de figure qui a posé problème!

On trouve rarement ds les Cond° Gales de vente des restrictions de concurrence mais d’autres choses.

Le problème est apparu quand les fabricants, en dehors des cond° Gales de vente, ont envoyé des *circulaires* aux distributeurs.

L’hyp classique, on l’a vu en dt communautaire: Constructeur auto qui envoie une circulaire a des distributeurs ds un E mbre pour leur demander de ne pas vendre a des clients qui ne sont pas établis dans cet E, ou circulaires leur disant de ne pas vendre a des mandataires professionnels qui travaillent au nom d’un client établi dans un autre E-mbre.

La position de la cour a été claire: De telles circulaires peuvent ê qualifiées d’accord car on présume qu’il y a une adhésion du distributeur à son contenu.

Il y a toute une série d’arrêts: **1985 Ford CJCE**, **Peugeot Ecosystem TPI 1991**, **CJCE BMW, VW oct 1995**).

Enfin, le *cas particulier des factures.*

**Affaire Sandoz 1987**: Il s’agissait du gpe pharmaceutique qui avait vendu ses produits à des acheteurs.

Sur la facture (uniquement), on trouvait une mention d’interdiction d’exporter vers un autre E-mbre de la communauté, ce qui aboutit a un cloisonnement des marchés.

Le 2è elt constitutif ne faisait aucun doute: restriction.

Pb: le concours de volonté existe-t-il ici?

Sandoz: Le comportement est unilatéral: il n’y a pas adhésion de l’acheteur: il n’y a pas accord!

La Cour ne s’est pas faite avoir: “Ce n’est pas un comportement unilatéral mais un accord au sens du dt de la concurrence car on peut présumer l’adhésion de celui qui reçoit la facture à son contenu”.

Pdt + de 10 ans, cette conception extensive de l’accord a été admise sans discussion mais depuis 4 ans, il y a un mvt de contestation qui s’est élevé contre cette conception jugée trop extensive de l’accord.

Ce mvt de contestation est né en France à la suite du mvt qui a provoqué de arrêtsde la cour de cassation qui sont revenus un peu en arrière en considérant que certains comportements devaient être considérés comme des actes unilatéraux et non accords faute d’adhésion du partenaire (**cass rallye**, **cour de cassation 1999 OFUP**).

Depuis ces arrêts de la cour de cassation, en France, ds l’hyp de relations verticales, les autorités de concurrence sont plus sensibles à la Q de la preuve de l’adhésion au comportement prescrit par le fabricant/producteur(...). Illustrations récentes: **CA PARIS dec 2001 Gamver** ou la cour a considéré que la preuve de l’adhésion des détaillants n’était pas remplie.

En Dt Fçais on déplace la difficulté sur le terrain de la preuve et on peut êtr plus exigeant quant a la preuve de l’adhésion. On ne remet cependant pas en cause la DF de l’accord.

Ce mouvement a été rejoint par le DC.

Les choses ont été bouleversées ces derniers mois en DC par une affaire importante: Affaire Adalat (médicament fabriqué par Bayer).**Commision 1998 Adalat** et **TPI oct 2000 Bayer**.

Faits: Bayer était confronté au problème des importations parallèles.

Le fabricant a des couts de fabrication et détermine le prix en fonction de ses couts mais le prix du médicament va varier en fct des syst de sécu des E-mbres. Comme ils sont tres variables, il y avait de gdes diff de prix entre les E pour un mê médicament.

Ainsi, le prix de l’adalat est + élevé en Ang qu’en France ou en Espagne: Il y avait des importations parralèles. (Les grossistes de produits pharmaceutiques préféraient acheter l’adalat auprès des grossistes et des filiales Fcaises et esp de Bayer). Bayer voyait ça d’un mauvais oeil car la filiale britannique ne vendait plus rien.

Bayer a envoyé des circulaires aux filiales fcses et esp (c’est une forme de restriction de concurrence contraire au DC: pas de discussion quant au 2è elt constitutif de l’entente!).

Le problème venait du 1er elt car les grossistes Fçais et esp n’avaient pas suivi les consignes de Bayer et ils avaient fait tout leur possible pour contourner les circulaires pour continuer a vendre au RU.

Malgré ces circonstances de fait, la commission avait considéré qu’il y avait un accord en application de la jurisprudence classique (**AEG**...).

Devant le tribunal, Bayer a contesté l’existence de l’accord car en l’espèce, les grossistes avaient tout fait pour ne pas appliquer les circulaires.

Le TPI a considéré qu’en l’espèce, la commission n’avait pas apporté la preuve d’une concordance de volonté entre les parties. Il y avait preuve de la volonté du fabricant mais pas de l’adhésion des distributeurs: Il n’y avait pas de rencontre des volontés: Annulation de la décision de la commission.

Csq de l’arrêt Bayer:

Il ne remet pas en cause la notion d’accord au sens du droit de la concurrence!

Comme dans les affaires Fces, on déplace la difficulté sur le terrain de la preuve.

Csq pratiques: Bayer a t il modifié la pratique de la commission?

Il ne semble pas car si on prend les décisions postérieures, on constate que la commission est assez sereine

(ex: **VW 29.6.2001**, la commission se réfère à la jurisprudence traditionnelle et considère que l’existence des contrat de distribution (= existence d’une relation d’affaire continues) fait présumer l’adhésion des distributeurs à la politique commerciale du fabricant).

En fait, le distributeur doit apporter la preuve qu’il n’a pas adhéré au comportement préconisé par le fabricant!

**2. La notion de pratiques concertées (appelées actions concertées en Dfçais)**

Les PC ont retenu l’attention dès l’origine car pour les accds, on avait la référence du dt civil mais les PC étaient ignorées des autres branches du dt.

*La jurisprudence a créé cette notion de PC* (surtout la jurisprudence communautaire).

En France, dès avt l’ord de 86, les autorités Fcses ont pris l’habitude de se référer strictement aux solutions communautaires.

Cette construction jurisprudentielle explique qu’il faut raisonner de manière chronologique.

On peut essentiellement distinguer 3 états dans l’élaboration de la notion:

**1er état:**

**Affaire ICI 1972**: Ds cette affaire, la commission avait constaté en europe a occasions des hausses de prix parallèles sur certaines matières colorantes.

Constatant ces hausses parallèles, la commission avait fait une enquête et conclu qu’il y avait eu des prises de contact (échanges de télex + qq réunions) entre les chimistes et les producteurs .

En 68, la commission avait condamné les entreprises qui avaient naturellement formé un recours en annulation devant la cour de justice (seule à l’époque).

En 1972, la CJCE a été appelée à se prononcer sur la notion de pratiques concertées.

DF de la PC par la CJCE qui n’a jamais été remise en cause (mê reprise par certaines autorités nationales):

“*La notion de PC vise les formes de coordination entre entreprises qui, sans avoir été poussées jusqu’à la réalisation d’une conv° substitue sciemment une coopération pratique entre elles aux risques de la concurrence*”.

1er constat de cet arrêt: La PC se distingue de l’accord et cela se situe en deçà de l’accord.

La PC est qq chose qui va moins loin que l’accord.

Quand peut on considérer qu’il y a PC???

On a considéré que la PC nécessitait 2 élts: Un élément matériel (coordination entre entreprises) et un élément intellectuel (il faut que tout cela soit conscient, cela est déduit de la formule: *“ sciemment...”).*

**2ème état**

Par la suite, cette définition a été constamment reprise (récemment: **Pâtes de bois 93**, **Treillis soudés 1995**, **Carbonate de soude 1995**, **Carton 1998**: **TPI Mai 1998**, **Affaire du ciment 15 mars 2001**).

Cependant, si par la suite, la Df a été reprise, cette jurisprudence a permis d’apporter *2 précisions*:

- **1975 affaire Industrie euro du sucre**: Il n’est pas nécessaire qu’il y ait un plan préétabli pour qu’il y ait PC.

- **Arrêts récents précités**: L’elt matériel, la forme de coordination, résulte en pratique le plus souvent d’échanges d’info entre les entreprises. Les entreprises (leurs représentants) se rencontrent et à l’occasion de ces prises de contact, ils échangent des elts sur leur pol commerciale.

De plus, ils savent qu’ils ne devraient pas échanger ces informations.

La PC est donc, dans la majorité des cas, des chefs d’entreprises concurrentes qui se voient ou s’appellent ou se mailent et se dévoilent ce que demain ils vont faire sur le marché sachant que leur interlocuteur va utiliser ses info pour adapter lui mê sa stratégie sur le marché.

Ex: Un fabricant de montres rencontre un autre fabricant de montres, ils dinent et au cours de la conversation, lui dit que demain, il va augmenter ses prix de 10% sur les montres de sport.

L’autre ne dit rien (sinon, ce serait un accord) mais il a parfaitement compris le message: Il doit profiter de cette aumentation pour récupérer les parts de marché mais étant donné les couts de fabrication, il faut augmenter les prix: En fait, le premier lui disait indirectement d’augmenter aussi ses prix.

En fait, ça consiste a dévoiler ses prix en sachant bien que l’autre va s’adapter.

Pourquoi condamner ces pratiques concertées???

*Car chaque opérateur doit se déterminer de manière autonome sur le marché, ce qui interdit les prises de contact entre les concurrents.*

Dès qu’on voit un concurrent, il faut être très prudent sur la nature des propos tenus pour ne pas être accusé!!!

**3ème état de la jurisprudence (correspondant en fait un peu au 2ème)**

Il y a des problème nouveaux qui sont apparus essentiellement a partir de l’affaire du **polypropynène**.

**Arrêts du TPI d’oct, dec 91 et mars 92.**

**Arrêts de la CJCE du 8 Jt 99**

Ces affaires traitent de toutes les questions nouvelles.

Il y en a 2 ppales:

*- La PC nécessite-t-elle une action sur le marché pour être interdite?*

Pour comprendre le problème, on doit savoir que dans les affaires antérieures, les contacts entre entreprises étaient suivies d’effets sur le marché.

Jusqu’à l’affaire du polypropylène, on avait des effets identifiables.

Or, ds polyprop, rien de tel! Il y avait eu des réunions entre entreprises, on savait ce qu’elles s’étaient dit mais rien d’anormal n’avait été identifié sur le marché.

Dans leur recours, les entreprise ont fait valoir que l’on ne pouvait pas condamner une pratique en l’absence d’effet sur le marché!!!

On ne peut pas condamner des réunions sur le seul principe de leur objet.

Le TPI a écarté l’argumentation, il a admis que l’on pouvait condamner des PC en l’abs d’effets constatés sur le marché.

Lors du pourvoi, la Q a été de nouveau débattue et la CJCE ds les arrêts de 1999 a adopté une position un peu différente en disant qu’il faut des effets sur les marchés mais ces effets peuvent être divers. Ils ne consisteront pas nécessairement en une hausse de prix. On va présumer ces effets du fait que le concurrent à été informé de la stratégie de l’autre entreprise.

Ex: On se réunit, on discute de tout et de rien, et on glisse au cours de la discussion qu’on va augmenter les prix.

L’autre peut décider d’augmenter ses prix ou d’être plus malin en n’augmentant que de 3%, récupérant sa part de marché. La cour présume que l’adaptation de la stratégie est condamnable même si l’adaptation n’est pas identique avec celle du concurrent.

*- L’infraction unique et continue.*

Ces problème de PC st souvent des affaires complexes et longues.

Ds certains milieux pro, les opérateurs ont de mauvaises habitudes (réunions périodiques pour discuter des pol cciales).

Parfois, lors de réunions, ils se mettent d’accord. Parfois non (mais ils ont quand mê évchangé des info).

Les autorités de concurrence se retrouvent devent une masse de comportements et on sent bien que parfois il y a acord et parfois, il y a PC.

Ds ces cas la, la commission met tout dans un fond commun en disant qu’il y a une infraction unique de telle à telle date. L’infrction est unique et continue! Elle est “complexe”et la commission la qualifie d’ “accord et/ou PC”.

Le TPI a admis cette double qualification (“accd et/ou PC”). Les arrêts de référence sont les arrêts **polyprop**.

Mais on retrouve cette double qualification dans toutes les gdes affaires récentes (**Carton, ciment**).

Sur ces Q de manifestation du concours, ce ne st pas les problème de notions qui sont difficiles, ce sont les problème de preuve!!!

**B. Le Problème de la preuve**

**1. La charge de la preuve.**

Les solutions sont différentes selon le type d’action (devant un juge de dt commun, une procédure adm devant une autorité spécialisée...).

- Procédure adm devant les autorités spécialisées.

Elles disposent de pouvoirs d’enquête au cours desquelles elles vont rassembler les preuves.

On est ds des systèmes quasi répressifs et au sein de ces autorités spé, c’est la personne chargée de l’instruction qui va apprécier les preuves qui lui ont été fournies.

Ds le syst Fçais, cette mission incombe aux rapporteurs.

Ds le syst communautaire, c’est le fonctionnaire en charge du dossier qui va faire ce travail.

Normalement, la pers qui dirige l’instruction doit inscrira à la fois à charge et à décharge (pas tjrs respecté cependant). Si les preuves sont finalement insuffisantes, l’autorité spé devra abandonner les poursuites.

(= Décision de non lieu: Dt Fçais, ou classement du dossier: DC).

L’autorité spé ne peut condamner que si des preuves suffisantes lui ont été apportées.

Sur qui pèse la charge de la preuve? (En principe, pas sur l’AS mais en pratique, sur l’AS).

- Procédures de droit commun.

Qd le problème se pose à un juge de dt commun, celui ci est tenu de respecter les ppes du dt national.

Ds le syst Fçais: 1315 Cciv reprend une solution communément admise: “*La charge de la preuve pèse sur l’auteur de la prétention*”: Dc, si la Q de l’entente est invoquée par le demandeur, la charge de la preuve pèsera sur le demandeur.

Mais souvent, c’est le défendeur qui invoque l’existence d’une entente comme moyen de défense. Ds ce cas, la preuve pèsera sur le défendeur.

La partie qui doit prouver l’entente peut avoir des difficultés car elle ne dispose pas des moyens d’enquête des autorités spécialisées. Finalement, il y a peu de contentieux en réparation devant le juge de droit commun.

**2/ L’objet de la preuve.**

Qd on est en matière d’entente et qu’on veut prouver le concours de volontés, il faut prouver 2 choses:

- L’existence d’un concours de volontés (qq soit sa forme: Accd ou PC).

*En présence d’un accd*:

On peut penser qu’il n’y a pas trop de problème si il prend la forme d’une convention.

Cpdt, problème si l’accord n’est pas écrit et problème en cas de relations verticales qd on est à la limite de l’accord et du comportement unilatéral.

Ces difficultés sont apparues surtout au cours des derniers mois car les autorités sont de + en + exigeantes: Il faut apporter la preuve de l’adhésion du distributeur au comportement préconisé par le fabricant (**Bayer** **00**, **CA 01 Gamm.vert**: Relations fabricant/grossistes pour des engrais. Plusieurs distributeurs étaient en cause. Ds certains cas, le juge a dit qu’il y avait preuve de l’adhésion mais pour d’autres, comme Gamm.vert, NON!).

*En mat de PC:*

Il faudra établir l’existence de prises de contact, de réunions. IL faudra montrer qu’au cours de ces réunions, les entreprises ont échangé des info stratégiques.

- La participation concrète de chaque entreprise à l’ensemble des PC.

Le problème se pose surtout ds les cas d’ententes complexes lorsque pendant des années, des producteurs se sont réunis pour échanger des info.

On peut établir facilement globalement des PC mais ensuite, il faudra déterminer le rôle de chacune des entreprises ds les ententes complexes.

Il suffit de lire les arrêts récents (**Polyprop 91,92,99, Treillis soudés 95, Carton 98, Ciment TPI 00**) pour constater que plus de la moitié des discussions portent sur les Q de preuve de l’adhésion de l’entreprise requerrante au comportement dénoncé.

Bcp de discussions portent sur la durée de participation à l’infraction:

Svt, pour ces ententes complexes, l’entreprise X a pu assister a qq réunions mais pas forcément à toutes.

Certaines autres entreprises peuvent quitter le mouvement en route....

La Q qui a été débattue dans **Carton** et **Polyprop** a été de savoir si on peut imputer la participation globale a une entreprise qui n’avait participé que partiellement à la PC?

Ex: Des PC via des réunions régulières pendant 3 ans de 97 à 2001.

L’entr a participé à 2 réunions sur 3. Peut on considérer qu’elle a participé aux pratiques concertées pendant toute la période? Le TPI s’est expliqué sur ce pt (**Carton**: ): “On peut vous imputer la responsabilité de la totalité des PC si vous avez participé directement à l’ensemble des réunions mais vous serez responsable aussi globalement mê si votre participation était partielle dès lors que vous saviez que votre participation s’inscrivait dans un plan global”.

Concrètement: On ne peut échapper à la condamnation que si à un moment donné, on se distance clairement par rappt aux PC. Pour prouver la distanciation, il ne suffira pas d’arrêter d’aller aux réunions, il faudra de manière positive, montrer une cessation d’adhésion à ces PC (ex: Faire acter ds le PV d’une réunion qu’on la quitte en raison de son objet anticoncurrentiel).

**3. Les modes de preuve**

D’1 pt de vue juridique, le principe est simple: Tous les modes de preuve sont admissibles (car on est en présence d’une “infraction”, dc d’un fait juridique). On peut avoir un écrit (preuve royale! Ex: accds de distribution ou de coopération) mais ds les relations verticales et les PC, que faire?

On peut utiliser des preuves documentaires (= ensemble d’éléments qui ne répondent pas à la notion d’écruit de dt civil mê si ça peut emprunter un support écrit).

Ces différentes preuves documentaires sont variées: PV, Agendas des directeurs cciaux...

Aucune de ces pruves, prise isolément, n’est dterminante. Mais groupées, elles permettent d’établir les prises de contact, pratiques concertées ou accord. C’est la technique du faisceau d’indices.

Difficulté: Il y a 20 ans, les entreprises laissaient trainer des tas de doc mais maintenant, elles sont bcp plus méfiantes. Des avocats sont employés pour éliminer tous les éléments douteux.

En dehors de ces preuves documentaires, un problème est apparu en mat de PC: Peut on prouver une PC par le simple constat d’un *parallélisme de comportements*?

Cette Q est classique, elle a été débattue en **1972 ICI**.

Réponse: En principe, le parallélisme de comportements n’est pas une preuve en soi de l’existence de PC.

Ce principe a été repris par la suite par la CJCE et adopté en Dt Fçais.

Pkoi n’est ce pas une preuve? Cart il n’est pas interdit aux entreprises d’aligner leurs comportements sur ceux de leurs concurrents. Il peut y avoir un alignement intelligent (si on voit qu’un concurrent direct baisse son prix, on a le droit de faire la même chose le lendemain!).Ex: CA 01: Prix de l’essence ds les centres Leclerc.

Mais ce principe est assorti de tempéraments: Le parallélisme de comportements peut apporter la preuve d’une PC. Il y a ds ce cas 2 situations différentes:

1: Le parallélisme conforte des preuves documentaires démontrant l’existence de réunions/échanges.

C’est ce qui s’est passé dans ISI: La commission s’était d’abord fondé sur les télex (annonçant les hausses de px) échangés entre les concurrents. En plus de ces télex, la commission a constaté des hausses de prix parallèles.

2: Cas de figure ou l’on ne dispose que de parallélisme de comportement. Comme ce n’est pas une preuve en soi, il faut alors s’interroger sur le pt de savoir s’il s’explique par une concertation en amont dont on a pas la preuve ou si ce parallélisme s’explique simplement par le fonctionnement/structure du marché.

Ex: Si on est en présence d’un oligopole étroit avec une entreprise leader, il y a de fortes chances pour que les autres entreprises s’alignent spontanément sur le copmportement du leader.

En revanche, si le marché est extrèmement concurrentiel avec bcp d’opérateurs de même force, on a du mal a expliquer le parallélisme qui devient suspect.

Ds ce cas de figure, c’est aux économistes de démontrer si le parallélisme est justifié par la structure et les caractéristiques du marché en cause.

Sur ce pt, tt le monde est d’accord mais problème juridique: Sur qui pèse la preuve négative de l’absence d’autre explication deu parallélisme que par la concertation.

Est ce à l’autorité de contrôle de montrer que la structure du marché est telle que le parallélisme ne peut être justifié que par une PPC ou la charge de la preuve doit elle peser sur les entreprises.

L’arrêt de principe sur cette Q est **Pâtes de Bois 1993**: La CJCE a considéré que la commission n’avait pas apporté la preuve que le parallélisme de comportements ne pouvait s’expliquer que par une concertation.

Il y avait en réalité des doutes: Les analyses d’expert étaient contradictoires...

Cette solution logique a été réaffirmée dans TPI Sotralentz 95 (treillis soudés) mais n’est pas toujours suivie (ainsi, les autorités Fcses sont svt bcp plus souples). Cependant, ces derniers mois, il y a une évolution: Le conseil de la concurrence se montre bcp plus sévère quant à l’explication du parallélisme de comportement.

Cela se traduit par le développement de décisions de non lieu.

**SECTION 2: 2è élt constitutif de l’entente: existence d’une restriction de concurrence.**

Difficulté: Il faut identifier la restriction mais il faut en plus démontrer que cette restriction est imputable au concours de volontés (= problème de lien de causalité).

**§1 L’identification de la restriction de concurrence.**

C’est un sujet soit tres difficile, soit trrès facile.

Il faut revenir sue des PG avant de voir leur mise en oeuvre.

**A. Les Ppes généraux**

**1. La détermination du cadre dans lequel est apprécié la restriction de concurrence.**

Il faut revenir sur la notion de marché et la notion de concurrence.

LA NOTION DE MARCHE

C’est le périmètre à l’intérieur duquel on va apprécier les restrictions de concurrence. Cela vaut en mat d’APD et d’Ententes. (Tout dépend maintenant du pvr de marché des entreprises).

LA NOTION DE CONCURRENCE

Quel modèle retient-on en PAC?

Quels sont les ppaux types de concurrence?

*- Modèle de concurrence (3 RM):*

Il a tjrs été admis qu’il ne fallait pas raisonner sur le modèle abstrait de la concurrence pure et parfaite mais qu’il fallait se contenter d’une concurrence praticable (= concurrence possible en fct de l’ensemble du contexte). La CJCE l’a affirmé dès 1966 LTM MBU et l’a redit avec vigueur en 1977 dans l’affaire Metro I.

Dès 1987 (= dès qu’il a été mis en place), Le conseil de la concurrence l’a rappelé

On raisonne sur la concurrence par les prix mais comme on est réalistes, on ne s’intéresse pas qu’à celle là et on prend en compte d’autres données: Qualité du service...

La concurrence peut être appréciée par rappt à l’utilisateur final (pas nécessairement un consommateur: peut être un pro) ou appréciée par rappt aux entreprises concurrentes. Si on se place du 1er côté, la concurrence est synonyme de liberté de choix. Si on se place de l’autre côté, concurrence est synonyme de liberté d’accès aux marchés.

En Europe, on raisonne sur les 2: Liberté de choix + liberté d’accès aux marchés.

On a donc retenu le modèle de la concurrence praticable, pas exclusivement basée sur les prix, et qui prens en compte les attentes du consommateur et des entreprises.

*- Ppaux types de concurrence.*

Concurrence actuelle/ concurrence potentielle.

C’est inclure le facteur temporel dans l’appréciation de la concurrence.

Concurrence actuelle = qui eciste effectivement à un moment donné sur un marché. C’est une concurrence qui n’existe pas encore mais qui pourrait se développer.

Cette distinction est tres utilisée en mat de contrôle des concentrations mais cette distinction est aussi utilisée en mat d’ententes, en particulier ds le cadre des accds de coopération.

En dt positif, c’est dans les lignes directrices de 2001 sur les accds de coopération qu’on peut trouver les dvpts les + récents sur la notion de concurrence potentielle.

Concurrence interne / concurrence externe.

Vieille distinction (Grundig 1966) qui signifie qu’ l’on va évaluer les effets du concours de volontés non seulement entre les mbres de l’accord ou PC (interne) mais que l’on va s’intéresser aux effets du concours de volonté à l’égard des tiers.

Grundig: La concurrence visée a 85§1 n’est pas seulement celle qui pourrait s’exercer entre les parties à l’accord.

Ex: Lors de l’appréciation des entreprises communes coopératives.

Concurrence intra-brand (intra-marques) / concurrence extra-brand (inter-marques).

Cette distinction a un champ d’application limité car on ne l’utilise qu’en mat de distribution pour apprécier l’impact concurrentiel des réseaux de distribution qui reposent sur l’ens des accds passés par un fabricant avec des grossistes ou détaillants qui revendent des produits.

Qd on analyse l’impact d’un réseau de distribution, il peut y avoir des restrictions de concurrence entre les distributeurs d’un mê réseau (intra-brand). Ex: Je suis constructeur auto et j’ai un syst de concession exclusive: Chaque concessionnaire a un territoire en exclusivité. Cette exclusivirté territoriale va limiter la concurrence intra-brand puisque les distributeurs se limiteront entre eux.

Concurrence extra-brand: Ds ce cas, on ne raisonne plus par rappt a un seul réseau mais on va mettre en concurrence les différents réseaux. C’est la concurrence qui va s’exercer entre les différentes marques pour les produits qui relèvent d’un mê marché.

En Dt de la concurrence, on raisonne sur ces 2 types.

**2. La méthode d’appréciation**

Il y a 2 séries d’oppositions qui peuvent être faites.

Va-t-on raisonner au cas par cas ou identifier ds pratiques qui par principe seront considérées comme nocives?

Va t on procéder a une approche juridique ou a une approche économique?

*Cas par cas ou listes prédéfinies?*

Les données ont évolué et on est arrivés a un système mixte.

A l’origine, le principe a été celui d’une identification au cas par cas des restrictions de concurrence.

La CJCE n’a cessé de répéter pdt des années (**LTM 66, Grundig 66, Haecht I 67, Delimitis 91**) qu’il fallait apprécier la restriction de concurrence dans l’ens du contexte économique et juridique (= procéder au cas par cas en fct du marché identifié et de l’ens des autres éléments).

Cette approche au cas par cas avait pour csq que l’on opposait la méthode communautaire à la solution américaine sur le pt suivant: En dt US, on admet l’existence d’interdictions PER SE (= en elles mê).

Il y a des restrictions considérées comme automatiquement nocives indépendemment du contexte dans lequel elles s’inscrivent.

En DC, compte tenu des prises de position de la CJCE sur la nécessité de prendre en considération en toutes circonstances le contexte, on a tjrs affirmé que les interdictions per se n’existaint pas en DC.

On pouvait déjà mettre en doute l’existence de cette affirmation car on constataient qu’en pratique, certaines pratiques étaient automatiquement condamnées (ex: Fixation ds prix: vertical ou horizontal, Boycott...).

Cette affirmation ne correspond plus au dt positif car depuis 3 ans maintenant, la commission a généralisé le recours aux restrictions caractérisées (sans les appeler “per se” pour ne pas faire comme les US).

Ces Restrictions caractérisées sont clairement identifiées et automatiquement condamnées.

1ère liste: Communication de 97 sur les accds d’importance mineure.

Liste reprise et élargie ds la communication de 2001 sur les accds d’importance mineure.

Pourquoi élargie? Car on a introduit les restrictions caractérisées par la commission dans les règlements d’exemption par catégorie. L’ens du DCC a été revu au cours des 3 dernières années.

On trouve une liste des restrictions caractérisées en mat de relations verticales : Art 4, Règlement 2790/99

On trouve d’autres listes ds les 2 règlements d’exemption par catégorie de nov 2000 (accds de R&D + accds de spécialisation). Une autre liste se trouve ds le dernier règlement adopté (juillet 2002: Accords automobiles).

Cela facilite la tâche du juriste car quel que soit l’accord, la première chose a vérifié sera que l’accd ne contient pas une des clauses qualifiées de restriction caractérisée (= répartition des marchés, fixation des px...).

Une fois éliminées ces restrictions caractérisées, il faudra évaluer les autres éventuelles restrictions de concurrence.

Pb: Pour ces autres restrictions, va-t-on avoir une approche juridique ou économique?

*- Approche juridique ou économique?*

Jusqu’ a ces dernières années, approche juridique: On avait tendance a considérer qu’il y avait atteinte à la concurrence dès lors qu’il y avait restriction a la liberté contractuelle des parties.

Ex: Une clause d’exclusivité (territoriale ou de fourniture...) Est restrictive de concurrence car elle limite la liberté d’action des parties.

Dès qu’il y avait atteinte à la liberté de choix des consommateurs ou à la liberté d’accès des entreprises au marché: restriction!

Les données sont en train de changer. Si cette approche juridique n’a pas totalement disparue, elle est remplacée par une approche éco fondée sur la notion de pouvoir de marché.

On s’intéresse moins au contenu des accds et des clauses qu’au pvr de marché dont disposent les entreprises.

Ce pvr de marché étant évalué ppalement par rappt à la part de marché de l’entreprise.

Une même clause (d’exclusivité) sera considérée comme ayant aucun impact concurrentiel si elle lie des parties qui ont un très faible pouvoir de marché (- d’1%) En revanche, si les entreprises parties au concours disposent d’un pouvoir de marché important (35% par ex), la clause d’exclusivité commencera a devenir suspecte. On se demandera alors si dans le contexte particulier, elle restreint ou non la concurrence.

Cette généralisation de l’utilisation de la notion de pvr de marché a commencé en DCC en 1999 (reglementation sur les restrictions verticales) et confirmé en jt 2002 distribution automobile.

Cette nouvelle approche n’a pas encore été formellement retenue dans la pratique décisionnelle fcse ou l’approche juridique classique domine encore. Cpdt, dans les affaires de distribution, le conseil de la concurrence fait référence au reglt de 99 et a la notion de pvr de marché alors mê qu’il considère que ce règlement n’est pas formellement applicable.

Le DCC en la matière semble déteindre sur le Dt Fçais.

Le phénomène va s’accélérer quand la réforme entrera en vigueur en mai 2004.

**B. Mise en oeuvre de ces ppes**

On est ds une période de transition car on est en train de changer de mode de raisonnement.

- Quelles sont les théories caractéristiques de l’ancienne approche (cas par cas et approche juridique).

- Quelles st les csq de la nouvelle approche sur les anciennes théories.

L’approche communautaire en ce qui concerne la restriction de concurrence (approche juridique) était tempérée par un certain nbre de théories (règle de raison, effet cumulatif, seuil de sensibilité, effet de raison).

Il y a des théories qui ont joué comme des facteurs d’atténuation de restriction de concurrence et d’autres qui ont joué comme des facteurs d’aggravation du jugement que l’on peut avoir sur une restriction de concurrence.

Sur ces 4 th, 2 illustrent la 1ère tendance (règle de raison et seuil de sensibilité) et 2 illustrent la seconde (théorie de l’effet cumulatif, théorie de l’effet de raison).

**1. Théories permettant d’atténuer le jugement porté sur la restriction de concurrence.**

*- Théorie de la règle de raison*

2 séries de Q se posent:

- Quelle est la signification de cette théorie?

- Quelle est l’utilisation de cette théorie en dt positif?

SIGNIFICATION/ORIGINE DE LA THEORIE

Cette expression qui n’a pas bcp de sens en Fçais n’est que la traduction de l’expression anglaise “rule of reason”. Cette th est née aux US en Dt Anti trust dans un contexte très différent du contexte communautaire.

En effet, la section 1 du Sherman act ne connait pas de mécanisme d’exemption pour les ententes (on ne retrouve dc pas l’approche dualiste: interdiction/exemption).

En dt US, toutes les ententes sont prohibées et le txt est rédigée de manière très large, faisant référence a des notions vagues et imprécises.

C’est ds ce contexte particulier que dès 1911, la cour suprême US a introduit la théorie de la règle de raison.

La Cour sup a simplement indiqué qu’il fallait procéder a une application “raisonnable” du principe d’interdiction et en csq, il ne fallait pas intervenir à l’encontre de pratiques qui pouvaient restreindre la lib ctractuelle mais par ailleurs présentaient des avantages.

DE manière + conceptuelle, cette th s’est ensuite dvpée sous 2 formes différentes exposées en Fçais par M.Covard: - Sous la forme de la théorie des restrictions accessoires.

- Sous la forme du bilan concurrentiel.

*Théorie des restrictions accessoires*: Lorsqu’on fait jouer cette th, on qonsidère que ne doivent pas être condamnées des restrictions de concurrence accessoires car ces restrictions de concurrence sont nécessaires à la réalisation du contrat ppal, contrat ppal qui n’est pas lui mê restrictif de concurrence.

Parallèle avec le dt civil: c’est une application de l’adage selon lequel “l’accessoire suit le ppal”.

Pb: Comment sacoir ce qui est accessoire et ce qui ne l’est pas?

*Le bilan concurrentiel:* En présence de ce qui a priori est une restriction de concurrence, on va procéder a un bilan des avantages et des inconvénients.

Ex: Une clause d’exclusivité territoriale dans un réseau de distribution.

La clause est restrictive de concurrence car elle empêche d’autres détaillants potentiels de vendre sur le territoire couvert par l’exclusivité les mêmes produits.

Ainsi, un distributeur a un contrat d’exclu avec Renault pour le 5è arrondissement. A priori, ça empêche les autres distributeurs du 5è de vendre cette marque. Cependant, une telle clause peut avoir des effets bénéfiques en ce qu’elle va obliger le concessionnaire bénéficiaire de l’exclusivité à se concentrer sur la vente des produits de cette marque.

Dc, tres souvent, on est en présence de pratiques qui d’un côté ont des effets négatifs sur la concurrence et de l’autre peuvent avoir des efets positifs.

Regle de raison: Il faut procéder a un bilan concurrentiel et voir si les effets négatifs sur la concurrence l’emportent ou non sur les effets positifs.

Si le bilan est finalement positif, on ne fera pas jouer l’interdiction.

Cette th de la règle de raison se comprend dans le contexte US qui avait un principe d’interdiction des ententes extrèmement large.

La réception de cette th est elle justifiée en europe?

Avant, en DC et en Dt Fçais, les données étaient différentes pour des raisons procédurales.

- En DC, Il faut partir de la structure de 81 avec un principe d’interdiction calquée sur le sherman act mais différence fondamentale: le principe d’interdiction est tempéré par une poss d’exemption pour les pratiques relevant du §3.

En DC, le schema de 81 est tel que logiquement, on devrait distinguer le 1er niveau du raisonnement (bilan concurrentiel fait au titre du §1) et bilan économique (fait au titre du §3).

Si le bilan crciel du §1 est négatif, il est encore possible de sauver l’accd si par ailleurs celui ci participe au progrès économique (condition du §3 rempli): si le bilan éco est favorable.

Conclusion logique: On avait pas besoin de cette théorie en dt communautaire!!

- En Dt Fçais, les règles de fond sont identiques car on a un principe d’interdiction (L420-1).

De plus, on a un mécanisme d’exemption inspiré de 81§3 prévu à l’article L420-4.2.

En Dt fçais, pas besoin de la règle de raison non plus. Pkoi les données sont elles différentes? Car en DC, jusqu’à 2004 (entrée en vigueur de la réforme), la commission dispose d’une compétence exclusive pour accorder les exemptions individuelles de 81§3.

Cptce exclu de la commission = JN et AN, cptes pour appliquer les interdictions de 81 et 82 ne peuvent pas mettre en oauvre le mécanisme de 81§3.

C’est imp car on voit le *détournement de la regle de raison*: On a utilisé ce mécanisme en dt communautaire pour des raisons procédurales pour permettre aux AN et JN de faire un bilan global des pratiques dont elles étaient saisies alors que si on avait respecté la stricte logique du traité, il aurait fallu saisir la commission.

L’utilisation de la règle de raison a joué comme un mécanisme de décentralisation des règles de 81 et 82.

Ds le syst Fçais, le conseil de la concurrence n’a pas de cptce exclu pour appliquer les exemptions.

Tout juge devant lequel on discute d’un problème d’ententes peut appliquer les interdictions de L420-1 et les exemptions de L420-4 (syst d’exception légale). Tout ça pour dire que la raison procédurale de DC ne se retrouve pas en dt Fçais.

UTILISATION DE CETTE THEORIE EN DT POSITIF

En Dt communautaire:

A l’origine, c’est essentiellement la CJCE qui a fait usage de cette th mais elle n’y a recouru que dans certains domaines bien précis.

Les interrogations remontent à l’arrêt **Métro I de 1977**.

Par la suite, la cour a de nouveau utilisé un raisonnement comparable. On cite traditionnellement **Nungesser 82** (Licences exclusives de droits de la prop intellecuelle) **Renia 85** (Clauses de non concurrence accessoires a des accs de cession d’entreprise) **Pronuptia 86** (Sur l’appréhension des systèmes de franchise).

Ce sont les 4 arrêts de principe.

2 remarques: Suivant les hypothèses, la CJCE met l’accent soit sur la théorie du bilan concurrentiel, soit sur la théorie des restrictions accessoires. (**Renia** applique la th des restrictions accessoires).

Si la CJCE est considérée comme ayant consacré une règle de raison, la commission s’est montrée + réticente (ex: Juste après **Pronuptia**, un règlement d’exemption sur la franchise a été pris par la commission). En effet, la commission se voyait marronner l’application de 81§3 par le biais de la règle de raison et ça na lui plaisait pas.

Cependant, les données ont évolué en DC et il y a eu un renversement de tendance:

***La commission*** qui était hostile à la règle de raison a commencé à faire jouer cette théorie dans des nouveaux domaines (ex: Le traitement des entreprises communes coopératives). La commission s’est expliquée sur ce point dans une communication de 93.

On trouve ds les 90’, toute une série de décisions fondées sur la règle de raison.

Ex: Ds l’affaire Iridium (téléphones portables par satellite), la commission explique que la création de l’entreprise commune va entrainer des restrictions mais les investissements étaient si importants qu’aucun opérateur isolé n’aurait pu lancer ce produit: Il n’y avait donc paas restriction de concurrence. La création de l’entreprise commune ne relève pas de 81§1.

***Le juge communautaire*** était traditionnellement favorable a la Regle de raison mais en **2001, arrêt Métropole TV**, le TPI a dit clairement que la th de la regle de raison n’existe pas et n’a jamais existé en DC car ce que la doctrine a appelé la regle de raison n’est jamais que l’un des ppes de base lancé par la cour selon lequel toute pratique doit être identifiée dans l’ensemble de son *contexte juridique et économique.*

Cet arrêt est intéressant en ce qu’il relance la controverse à un moment de pleine transition puisque si la th de la regle de raison avait une légitimité dans le cadre de l’ancienne approche juridique, on peut se demander ce qu’il reste de cette théorie dans la nouvelle approche fondée sur le pouvoir de marché.

2è limite à l’arrêt Métropole: C’est un recours en annulation. Or, la technique de rédaction des arrêts du tribunal est spé car elle reprend point par point l’argument des parties et y répond point par point.

Si on reprend les faits, on voit que le rejet du recours en paraissait justifié mais comme il devait répondre sur chaque question, il a répondu a la Q de la regle de raison alors que ce n’était pas nécessaire.

Il ne faut dc pas attacher trop d’importance à la règle de raison.

En Dt Fçais, paradoxe: On a absolument pas besoin de la regle de raison aussi bien pour des raison substantielles (on a 420-4) que procédurales (tt le monde peut appliquer les exemptions).

Pourtant, elle est largement appliquée en France!

En +, si on regarde la pratique du conseil de la concurrence, on voit qu’il y a un amalgame entre le bilan concurrentiel et le bilan économique.

On mélange un peu tout par paresse (idot), par économie de raisonnement.

En fait, si on estime globalement que la pratique n’est pas si mauvaise, on dit que 420-1 n’est pas applicable mais on ne fait pas la démarche de différencier ce qui relève de l’interdiction et ce qui relève de l’exemption.

C’est intéressant pour le DC car avec la réforme, on va passer en DC a un syst d’exception légal identique a celui du dt Fçais. Il sera intéressant de voir si les JN et AN distingueront exemption et souplesse dans l’interdiction.

*Théorie du seuil de sensibilité*

ORIGINE DE LA REGLE

Cette théorie est apparue indéniablement en DC, celui ci s’étant inspiré du dt alld de la concurrence qui connait la notion d’accords de bagatelle (= accds d’importance mineure).

Cela correspond a l’idée qu’il n’est pas nécessaire d’intervenir à l’encontre des accds et PC qui n’ont pas d’effet sensible sur le marché.

Le débat sur la nécessité ou non d’introduire un seuil de sensibilité en DC est apparu assez vite (1969).

La CJCE a pris position dans un arrêt de principe (Völk Vervaecke 1969: Il faut une restriction sensible. Pourtant, dans cet arrêt, on était en présence d’une interdiction per se!!).

Dès 70, 1ère communication sur les accds d’importance mineure ds laquelle elle utilisait des critères chiffrés permettant d’apprécier si la restriction pouvait ou non être considérée comme sensible.

UTILISATION EN DT POSITIF

**En droit communautaire**

Pas de remise en cause de cette théorie depuis les 70’. Simplement, la commission a été obligée de réévaluer périodiquement les seuils chiffrés qu’elle proposait.

Il y a eu par ex une réévaluation des seuils en 86, puis en 97, et enfin en 2001.

Les ppaux changements étaient intervenus en 1997.

Jusqu’en 2001, l’évaluation du seuil se faisait de la même manière pour l’ACEEM et la restriction de concurrence. Cela a été origine de confusion dans les esprits (y compris du juge communautaire).

Pour l’ACEEM, les critères ne peuvent en effet pas être les mêmes!!

Jusqu’en 97, la commission utilisait 2 seuils cumulatifs:

- Un seuil en CA - Un seuil en Parts de marchés.

Le seuil en CA est logique si on raisonne en matière d’ACEEM pour savoir si la pratique est de dimension communautaire. En revanche, ces seuils sont inadaptés pour évaluer l’impact de la restriction de concurrence. Logiquement, en 1997, la commission a abandonné l’ancien syst des seuils cumulatifs pour ne raisonner que sur un seuil en parts de marché.

Pkoi seult en parts de marché? Car l’objectif est d’évaluer le pouvoir de marché des entreprises: Si pas de pvr de marché, il n’y a pas de raison d’appliquer le principe d’interdiction.

La communication de 2001 a modifié les seuils en parts de marché mis en place en 1997.

En 1997, on avait 2 seuils: 5% (accds horizontaux) et 10% (accds verticaux).

Double changement en 2001:

- Chgt quantitatif: On passe à 10% et 15%.

- Chgt quand aux accds couverts: On substitue a la distinction accds verticaux/horizontaux la distinction accds entre concurrents (y compris potentiels) / accds entre non concurrents.

Les seuils ne sont pas calculés de la mê manière:

- Entre concurrents: Le seuil est calculé globalement (en aditionnant les parts de marché des parties à l’accord)

- Entre non concurrents: Le seuil est apprécié par rappt à chacune des parties.

CONCLUSION

En DC, le principe de la th du seuil n’a pas été remise en cause depuis sa création.

Les communications n’ont pas de valeur obligatoire mais la communication de 70 est une de celles a avoir le moins été remise en cause.

**En dt Fçais**

On s’est interrogés sur la pertinence d’un seuil de sensibilité.

Cela a été à l’origine d’une vaste controverse qui n’est pas totalement close.

Avt 1986, l’ancienne commission de la concurrence avait montrée qu’elle n’était pas hostile à l’introduction d’un seuil de sensibilité en dt Fçais.

1986: Mise en place du conseil de la concurrence et assez rapidement, des autorités du conseil de la concurrence ont affirmé qu’il était hors de question d’introduire une telle théorie en dt Fçais.

1er coup de tonnerre en 1993: Rocamat Cour de cassation va a l’encontre du conseil de la concurrence (= il faut un seuil). On pouvait dc penser que le débat était clos.

Entre le cour de cassation et le conseil de la concurrence, la CA ne savait plus bien quoi faire.

1995: La CA paris a voulu appliquer la th du seuil de sensibilité au niveau des sanctions (restriction faible = sanctions faibles): C’est n’importe quoi! La th sert non pas aux amendes mais à la qualification de la pratique.

1999 Zannier cass: Réaffirmation de la nécessité pour l’interprétation de L420-1 d’introduire un seuil de sensibilité.

Depuis lors, il semblerait que le conseil de la concurrence ait compris et qu’il admette qu’il n’y a pas d’infraction car la restriction n’est pas suffisamment sensible.

La th a donc pénétré les esprits mais en dt Fçais, on a pas les critères chiffrés dont on dispose en DC!

Ex: Ds Zannier, la part de marché de l’entreprise en cause était de 4% et la Cour de cassation a dit qu’il y avait restriction sensible!! (très différent du DC).

**2/ Th qui jouent en tant que facteurs d’aggravation**

*Théorie de l’effet cumulatif*

ORIGINES

Remonte a la première vague d’arrêts de la CJCE: **Haecht I 1967.**

Ds cette affaire, la cour était confrontée à l’évaluation de contrats d’approvisionement exclusif dans le secteur de la bière.

Le exploitants de débits de boisson sont en Gal liés par des contrat d’approvisionnement exclusifs auprès d’un brasseur. Ce syst d’approvisionnement empêche les nouveaux brasseurs d’accéder au marché car il n’y a plus d’exploitants libres d’exclusivité.

Pour apprécier la licéité d’une clause ou d’un contrat, on ne va pas raisonner uniquement sur un contrat isolé (ex: Le contrat onclu par le brasseur X avec le bar d’en face) mais on va raisonner sur l’ensemble des contrat similaires passés par le même brasseur et l’ensemble des contrats de mê type conclus par les concurrents.

On va évaluer l’impact de la pratique en raisonnant au regard des pratiques similaires des contractants et de l’ensemble des concurrents.

Pourquoi raisonner sur l’effet cumulatif? Car ces contrat pris ensemble peuvent avoir un effet de verrouillage du marché, ce qui empêche l’appaition de nouveaux opérateurs.

Trouvent son origine ds l’arrêt **Haecht**, la th a été confirmée ds l’arrêt **Délimitis 91** qui concernait à nouveau des contrat de bière.

Pb: Jusqu’en 91, la th de l’effet cumulatif ne jouait que pour les contrat de bière!

Et puis est arrivé en 1995 Langnese Scholler (affaire Mars): Ds les arrêts du TPI, celui ci a confirmé la th de l’effet cumulatif et il est apparu clairement que cette th avait vocation a s’appliquer à *l’ensemble des contrat d’approvisionnement exclusif.*

MISE EN OEUVRE

Mais dans l’arrêt Delimitis, la CJCE a apporté des précisions essentielles sur la manière dont il fallait apprécier l’effet cumulatif: En présence d’un type de contrat qui se répète, il faut procéder en utilisant un raisonnement en 2 tps:

- Calculer l’effet de verrouillage du marché (= raisonner globalement sur les crts).

- Calculer la contribution de chacun des fournisseurs à cet effet de verrouillage.

Dans delimitis, la cour dit qu’il faut dostinguer ces 2 étapes avec pour csq que si la contribution a l’effet de verrouillage est faible, on échappera a l’interdiction. Alors que si la contribution personnelle du fournisseur est forte, il tombera sous le coup de l’interdiction.

Communication de 1992: Donnait une certaine quantité de bière en dessous de laquelle la contribution était considérée comme faible.

Cette th a été confirmée de nbreuses faois récemment (règlements d’exemption mais surtout communication de 2001 sur les accords d’importance mineure dans laquelle la commission donne des critères chiffrés).

Commission: 1er seuil = 30% (c’est faible!!!): On considère qu’il y a effet cumulatif.

2nd Seuil = Part individuelle: 5%.

En Dt Fçais, on admet leppe de l’effet cumulatif.

Jamais discuté.

Mais on se heurte au mê problème que le seuil de sensibilité: On a pas de ligne d’appréciation, d’indications chiffrées!!

*- L’effet de réseau*

Idée: dans certains secteurs d’activité, on constate que les même sociétés mères peuvent créer entre elles diff entreprises communes, ce qui conduit à ce que la commission appelle un effet de réseau.

Ex: Le transport ferroviaire: On a des entreprises historiques dans la plupart des Etats mbres (SNCF, SNCB...). Dans ce secteur, on constate que ces entreprises participent a des entreprises communes (Thalys, Eurostar...).

La commission part de l’idée qu’il faut être plus sévère dans l’appréciation des restrictions quand on constate que ce sont toujours les mê qui mettent en place ces entreprises.

Après la communication de 93, la commission a eu recours à cette th a propos d’une filiale commune qui par la suite n’a jamais vu jour entre SNCF, SNCB et Brittish Railwais.

L’objet était d’exploiter un eurostar de Nuit entre Paris, Bruxelles, Amsterdam et Londres.

La commission a dit qu’il y avait effet de réseau mais l’a exempté.

Cette décision d’exemption a fait l’objet d’un appel. Le TPI, 98 ENS (seul arrêt sur l’effet de réseau): N’a pas nié la possibilité de faire jouer cet effet de réseau mais il se montre sévère quant à ses conditions de mise en oeuvre et considère que le simple fait que les soc mères soient identiques n’est pas suffisant des lors que les entreprises communes opèrent dans des secteurs d’activité différents.

La logique est identique a celle de l’effet cumulatif.

LA NOUVELLE APPROCHE

Prise en compte du pouvoir de marché des entreprises.

C’est en matière de relations verticales que laa commission a introduit cette démarche qui a été consacrée par le règlement de 99 sur les restrictions verticales.

Cette démarche a été dvée dans un document à lire: Les lignes directrice sur les restrictions verticales de 2000.

On y trouve les dvt sur les contrat d’agence, un commentaire détaillé du règlement de 99 et surtout, on a des explications détaillées sur la manière dont la commission interprète 81.

Cette nvelle approche a été appliquée aux accords de coopération (Communication de 2000 sur les accds de spécialisation et R&D complétée par des lignes directrices sur les accds de coopération horizontale de 2001).

En quoi consiste la nouvelle approche?

Consiste a fixer un seuil d’évaluation du pvr de marché et en deçà de ce seuil, les entreprises ne risquent plus rien car, à supposer qu’il y ait des restrictions, elles sont couvertes par les règlements d’exemption.

La Q qui s’est posée a été de savoir quelles ont été les csq de cette généralisation du pvr de marché sur les th traditionnelles (regle de raison, effet cumulatif, seuil, effet de réseau).

*La réponse est double:*

- Les Th quantitatives ont été maintenues, généralisées et confirmées à la suite de cette nouvelle approche

Ainsi, la th du seuil de sensibilité a été renforcée (cf communication de 2001 sur ls accds d’imp mineure).

Aussi, la th de l’effet cumulatif est confirmée non seulement il y est fait référence dans la communication de 2001 mais il y est fait eglalement référence dans le règlement 2790/99.

Non seult l’effet cumulatif est un facteur d’identification de la restriction mais il peut entrainer la perte du bénéfice du règlement en application de l’art 6 lorsque la commission constate cet effet, de même, il peut y avoir un effet collectif à l’initiative de la commission en application de l’art 8 du règlement qui dispose que la commission peut déclarer le règlement inapplicable en cas d’accds parallèles couvrant plus de 50% du marché en cause.

- L’effet de réseau: A la suite de la réforme du reglement 4064/89 sur le contrôle des concentrations, de plus en plus d’entreprises communes tombent sous le coup de 82.

- La th de la règle de raison, fondée sur une approche qualitative de la restriction de concurrence doit elle être maintenue dans cette nouvelle approche?

C’est un débat différent de celui lancé par le TPI en 2001 Métropole (qui consistait à dire que cette th n’existe pas en DC).

Les avis ont été très partagés depuis qq mois.

C’est surtout en mat de restrictions verticales qu’on s’est interrogés. Certains ont dit que le reglt 2790/99 condamnait la Règle de raison et la rendait inutile. D’autres (dont idot), ont considéré que la nouvelle approche n’entrainait pas automatiquement une disparition de la regle de raison. Pourquoi? Car il faut partir de 2790/99: L’art 2§1 al2 de ce règlement dit que l’exemption prévue par le règlement s’applique dans la mesure ou les accds contiennent des restrictions de concurrence tombant sous le coup de 81§1. Cela veut dire que s’il n’y a pas de restriction, on a pas besoin d’exemption: La règle de raison qui consiste à dire qu’une restriction n’est pas forcément une restriction de concurrence peut continuer a avoir sa place même dans cette nouvelle approche.

Comme la réponse est controversée, on a attendu les lignes verticales, surtout dans le domaine qui a été le ppal terrain d’application de la regle de raison: La distribution sélective.

Distribution sélective = Le fabricant se contente de choisir des détaillants et les agrée pour pouvoir vendre les produits. Ce type de distribution a été bcp utilisé pour les produits de luxe ou de marque. **Métro I 77**: “Un syst de distribution sélective avec critères qualitatifs appliqués de manière non discriminatoire = pas restrictif de concurrence car le bilan concurrentiel est positif”.

Enjeu pratique: On ss’est demandé après l’adoption du règlement si des fabricants détenant plus de 30% des parts de marché pouvaient ou non mettre en place des syst de distribution sélective.

Si on considère que la regle de raison doit s’appliquer, il n’y a pas de restriction de crc: pas de problème.

Par contre, si on considère que la th de la regle de raison n’existe plus, comme on a + de 30% des parts de marché, il faudra vérifier si les conditions d’une exemption individuelle peuvent être remplies.

Dans les lignes directrices sur les relations verticales, la commission donne un ex de distribution sélective mais ne parle pas seulement des distributions qualitétives (seules couvertes par la regle de raison). Elle prend un ex de distribution sélective quantitative (= On décide de limiter le nbre de détaillants en disant qu’on aura qu’un distributeur par ville, quartier, pour 20000 hab...). A la différence de la qualitative, la distribution quantitative n’a jamais bénéficié de la regle de raison et a tjrs été considérée comme restrictive de concurrence.

Conclusion: Les passages de la commission dans les lignes directives portant sur une distribution sélective quantitative ne permet pas de répondre à la Q de la regle de raison.

Element nouveau: Juilleet 2002: Règlement d’exemption en matière automobile: La commission a pris clairement position. La distribution sélective purement qualitative n’est pas couverte par l’art 81§1, on estime qu’il n’y apas de restriction de concurrence. Cela signifie par conséquent que ce que l’on appelle a tort ou a raison la regle de raison n’est pas morte, en tout cas, pas dans le domaine des restrictions verticales.

Cela se traduit dans le réglement automobile par le fait que le seuil est plus élevé pour la distribution quantitative (On passe de 30 à 40%) et la distribution qualitative échappe à 81§1.

En matière de relations horizontales, la commission va tres loi en mat de parts de marché: Elle ne se contente pas de calculer la part de marché des concurrents mais qu’il faut aussi calculer l’IHH.

L’IHH se calcule de la façon suivante: On prend les parts de marché des 2 entreprises parties à l’accord de coopération. Pour chacune de ces parts de marché, on calcule le carré et on additionne les sommes ainsi obtenues.

Cet indice est la somme des carrés des parts de marché des entreprises parties à l’accd de coopération.

Le chiffre permet de calculer le degré de concentration du march. En fct du résultat obtenu, on considèrera qu’il y a + ou - de chances que l’accd soit nocif: (Somme <1000: L’accd ne pose pas de pb).

La commission semble ici être très loin de la théorie de la règle de raison mais ne l’a pas expressément condamnée.

**§2. L’imputabilité de la restriction de concurrence.**

Il faut un lien de causalité entre le concours de volonté et la restriction de concurrence.

Si ce lien de causalité n’existe pas, la restriction de concurrence découle d’une cause étrangère: l’interdiction n’est pas encourue.

**A. La restriction de concurrence imputable au concours de volontés**

Cette exigeance de lien de causalité entre les 2 elts de l’entente résulte de la lettre des textes: 81§1 vise les ententes qui ont pour objet ou effet de fausser la concurrence et il en est de même en dt Fçais (L420-1).

Cette condition ne peut être contestée. On s’est interrogés sur sa signification ainsi que sur le caractère alternatif ou non de l’objet ou des effets anticoncurrentiels.

**1. La signification de la condition**

a.Le lien de causalité peut être identifié tout d’abord dans les hypothèses ou le concours de volonté a un objet anti concurrentiel.

Qu’entend on par objet anti concurrentiel?

Il y a différentes approches possibles: Subjective ou Objective.

- *Approche subjective.*

L’objet anti concurrentiel est ici défini par l’intention délibérée de fausser la concurrence (= intention de nuire). Cette approche subjective est celle retenue par le droit français (= intention délibérée d’entraver la concurrence. Problème de preuve!!).

*- Approche objective*

Retenue par le DC. L’objet anti concurrentiel n’est pas une intention délibérée de fausser la concurrence. On parle d’dobjet anti concurrentiel lorsqu’on estime que la restriction va résulter automatiquement de la pratique examinée.La restriction de concurrence va se déduire de la simple analyse du contenu de l’accord.

Ex: Les accds de fixation des prix ou de répartition des marchés ont un objet anticoncurrentiel même si les parties à l’accord ignorent tout du dt de la concurrence et n’avaient aucune intention déliérée de violer des règles qu’elles ne connaissaient pas.

Cette notion correspond en DC aux “restrictions caractérisées” (= per se).

L’objet anticoncurrentiel est elle une notion qui s’applique aux seuls accds ou peut on la faire jouer pour les pratiques concertées?

C’était l’objet du débat dans l’affaire des polypropylènes (Il y avait eu PC mais pas effet sur le marché).

Les entreprises s’étaient défenu en disant qu’il n’y avait pas eu effet anticoncurrentiel.

Cette thèse a été rejetée par le tribunal puis ultérieurement par la CJCE même si la CJCE s’est écartée de l’analyse du trib en Jt 99 Anic.

La Cour a cependant estimé que certaines PC avaient nécessairement des csq sur le marché même si on ne pouvait les identifier. C’était dc admettre que l’objet anticoncurrentiel suffisait.

b.Le lien de causalité peut découler des effets anticoncurrentiels

En DC, on se contentera d’effets potentiels surtout en présence d’accds de coopération qui sont à la limite des accords de concentration.

Ce n’est dc pas un hazard si l’arrêt de principe est l’arrêt **B.A.T. De 1987 CJCE** qui admettait dans le contexte de l’époque l’application de 81§1 a une prise de participation minoritaire susceptible d’entrainer des restrictions de concurrence.

Dès lors qu’on fait passer ces opérations dans le contrôle des concentrations, on élimine le problème sur le terrain de 81. Or, en mat de contrôle de concentrations, on a aucun problème a raisonner sur les effets potentiels car le but de ce contrôle est de porter un jugement sur l’avenir.

Cependant, en DC, l’effet enticonrurrentiel même potentiel doit être “réel”.

Cela résulte de la lettre de 81 qui vise les ententes qui “**Ont** pour objet ou pour effet...”.

Différence avec le dt fçais qui se montre plus souple: L420-1 interdit les ententes qui “**peuvent avoir** pour effet...”.

Le conseil de la concurrence s’est expliqué a différentes reprises sur cette notion d’effet potentiellement anticoncurrentiel. Cela étant, dans la pratique, on ne peut remarquer de différences notables entre les AN et Commission.

**2/ Caractère alternatif de la condition: Objet/effet**

Le caractère alternatif a été affirmé dès LTM 66.

Csq pratiques: On regarde d’abord l’objet du concours de volontés. Et s’il est anticoncurrentiel, il n’est pas nécessaire d’aller plus loin dans l’analyse, la prise en considération des efets concrets devient superflue.

Une entente peut dc être interdite mê si elle n’est pas suivie d’effets anticoncurrentiels.

Cependant, en pratique, la commission s’efforce de démontrer l’objet ET les effets anticoncurrentiels.

En Dt Fçais, le caractère alternatif de la condition ne fait aucun doute: Rappts du conseil de la concurrence (qui s’est exprimé sur ce point dans son 1er rappt en 87) qui n’hésita pas a constater les effets mê si l’objet suffit.

En réalité, les difficultés n’apparaissent que dans les hypothèse ou on pense que la restriction découle non pas du concours de volonté mais d’une cause étrangère.

**B. La restriction de concurrence imputable à une cause étrangère**

La ligne de défense des entreprises est la suivante: L’effet anticoncurrentiel ne nous est pas imputable, il est dû a une cause étrangère.

2 arguments fréquents: La contrainte et l’intervention d’une législation étatique.

**1. La contrainte**

Consiste à dire: “J’ai bien signé cet accd anticoncurrentie mais je n’avais pas le choix, j’y ai été obligé”.

La contrainte peut émaner d’autres entreprises ou peut émaner d’un Etat.

La contrainte émanant d’autres entreprises n’a jamais été acceptée comme excuse par les autorités de concurrence.

La contrainte peut être un facteur de réduction de l’amende mais la contrainte émanant d’autres entreprises ne fera jamais disparaître l’infraction (rappelé par le **TPI treillis soudés avril 95**).

Lorsque la contrainte émane d’un Etat ou une autorité pque, la Q est délicate.

En dt antitrust US, ce sujet a été débattu: Les entreprises US dans des pays étrangers sont parfois obligées de suivre les ordres de gouvernements locaux. Réponse des US: élaboration de la théorie de” foreign compulsion defense”.

Ds le contexte communautaire, une seule référence: Avis de la communication sur les importations en provenance des pays de l’est.

Le débat été relancé dans une affaire relevant aujourd’hui de l’histoire: Importation des véhicules japo en Europe. Dans un arrêt Somako de 1998, le TPI a semblé admettre que lorsque la décision anticoncurrentielle émanait de l’E, les entreprises pouvaient être poursuivies pour fait d’entente.

Affaire: Pendant des années, il y a eu des contingents pour l’importation de véhicules (jusqu’à un accord CE-Japo): La répartition de ce quota se faisait entre certains constructeurs et se faisait en France au niveau de chacun département sous l’autorité du préfet.

Certains importateurs de véhicules asiatiques non pris en compte dans ce quota ont contesté car ils étaient exclus du marché français. Pouvait on dire qu’il y avait entente étant donné que c’est le préfet qui prenait la décision. Réponse des autorités de concurrence: Non car la restriction ne découle pas d’un concours de volontés mais d’une décision de l’Etat.

**2. Une législation étatique**

Peut on admettre l’existence d’une entente lorsque la restriction de concurrence découle du syst mis en place par l’Etat. La réglementation est organisée de telle nature qu’elle entrainera automatiquement des restrictions de concurrence.

Cette Q a été débattue en DC dans de vieux arrêts (Industrie européenne du sucre 75, Fédération des tabacs 1980). La position du juge CE a toujours été de dire que des lors que la législation étatique laissait une marge de manoeuvre aux opérateurs éco, ceux ci pouvaient être poursuivis pour fait d’entente.

Dc pour échapper à la condamnation por entente, les opérateurs économiques doivent démontrer que la réglementation étatique ne leur laisse absolument aucun choix.

Les données restent valables mais on a franchi en 98 un pas supplémentaire en ce sens que dans l’affaire des expéditeurs en douane en Italie (CNSD), non seult la commission a condamné les expéditeurs en douane pour violation de 81 mais en plus, la commission a ordonné un recours en manquement contre l’Etat qui avait mis en place cette législation encourageant les ententes anticoncurrentielles.

En France, on a une cause d’exemption spécifique a L420-4: Les pratiques qui résultent de l’application d’un texte législatif sont exemptées.

Faut il se situer sur le terrain du lien de causalité et dire qu’il n’y en a pas ou s’il faut se placer sur le terrain de l’exemption.

Les applications sont de toute façon tres peu nombreuses.

En définitive, les discussions sur le lien de causalité sont relativement rares, l’essentiel des débats porte sur l’identification même de la restriction de concurrence.

**Conclusion récapitulative**

A l’heure actuelle, on maintient une ligne de partage importante entre d’une part les restrictions verticales et les restrictions horizontales. D’autre part, les restrictions caractérisées et les autres pratiques.

- En ce qui concerne les relations horizontales, il y a un certain nbre d’accds ou PC qui sont interdits en eux mêmes car leur objet est en soi anticoncurrentiel (= ententes de fixation des prix, de répartition de marché et de boycott). Ces ententes horizontales dont l’objet est anti-concurrence sont jugées nocives pour la collectivité et ne peuvent en aucun cas bénéficier d’exemption.

Depuis une recommandantion de l’OCDE de 98, elles relèvent d’une catégorie autonome: les “ententes injustifiées” (ou “injustifiables”). C’est la traduction de l’expression ang: “Hard-core cartels”.

Cette recommandation pourrait être étendue à l’échelpn mondial par le biais de l’OMC.

Le conseil de la concurrence a consacré une étude thématique a ces ententes dans son rapport de l’année 2001.

Ententes horizontales: Il y a aussi tous les accds de coopération. Ceux ci peuvent contenir des restrictions de concurrence, ils n’ont pas d’objet anticoncurrentiel en eux mê mais certaines de leurs clauses peuvent être restrictives qui, une fois identifiées pourront ou non bénéficier d’une exemption.

- En mat de relations verticcales, il faut mettre à part les restrictions caractérisées (identifiées clairement dans le contexte communautaire: reglement 2790/99 (Px imposés, protection territoriale absolue...).

Dès lors qu’on met de côté ces restrictions qui, comme les hard-core cartels ont un objet anticoncurrentiel, les accds verticaux bénéficient, comme les accds de coop, d’un préjugé favorable: Ces accds pourront contenir des clauses restrictives pouvant éventuellement bénéficier d’exemptions.

**CHAPITRE 2: L’INTERDICTION DES PRATIQUES ABUSIVES**

Pourquoi au pluriel? Car si en DC on ne connait qu’une pratique anticoncurrentielle: l’APD de 82, il n’en est pas de même en dt fçais, ou 3 pratiques relèvent de cette catégorie: *L’APD* (L420-2) introduit sur le modèle du DC, complété par *l’Abus de dépendance économique* (L420-2) et la *Pratique des prix abusivement bas* (L420-5).On ne traitera pas des spécificités Fcses dans ce cours.

**Section Unique: L’interdiction des abus de position dominante.**

La position dominante est une notion utilisée à la fois en dt des PAC et en mat de contrôle des concentrations.

La position dominante est le 1er elt constitutif de l’APD mais la PD seule n’est pas interdite.

Il y a un 2nd elt constitutif: L’abus.

**§1. L’existence de la position dominante.**

Remarque1: La PD s’apprécie par rappt à un marché. C’est là que l’on a pris conscience de l’existence du marché en dt concurrence.

Rm2: En pratique, la qualification de PD est imp car pèse sur les entreprises en PD une responsabilité particulière (**1983 Michelin CJCE**, constamment réaffirmé) de ne pas fausser la concurrence.

Responsabilité particulière = Certains comportements licites vont être interdits uniquement parce que l’entreprise est en position dominante.

Il est donc tres important d’identifier la PD.

Cette identification appelle 2 déries d’observations:

Il faut d’abord déterminer ce qu’est une Position dominante.

Il faut ensuite déterminer les détenteurs de cette position dominante.

**A. Qu’est ce qu’une position dominante?**

A 82 ne parle pas de position dominante.

L’ancien art 66§7 du traité CECA en parlait.

Cette analyse comparative des txt a conduit a une tentative de définition qui privilégiait une *approche structurelle*, la position dominante étant alors concue comme la “situation qui conférait à son titulaire une place prépondérante sur le marché”.

Qq années plus tard, cette 1ere approche fut suivie ou atténuée par la position suivie par la commission dans un mémorandum de 65 sur les concentrations dans le marché commun.

Ds ce texte, la commission faisait référence a la PD et adoptait une approche plus subjective que la Df initiale:

La PD est un pouvoir éco se concrétisant dans la “faculté d’exercer sur le fonctionnement du marché une influence notable”.

On avait dc au milieu des 60’ 2 approches de la PD qui n’étaient pas opposées mais qq peu différentes.

C’est la CJCE qui a été amenée a définir la PD et qui a conçu la définition (connue aujourd’hui) en 3 étapes:

1: Fin 60’: Les arrêts sur Q préjudicielle relatifs aux rapports entre la situation des titulaires de dt de propriété industrielle et la PD.

**Parke Davis 68** sur les brevets suivi du premier arrêt sur les marques: **Sirena 1971**

Il s’agissait de savoir si le titulaire d’un dt exclusif conféré par une législation nationale sur les brevets ou marues pouvait il être considéré comme automatiquement en position dominante (du fait de son dt exclusif sur le bien). Dans ces arrêts de 1ere génération, la cour constate que le titulaire du dt exclusif n’est pas automatiquement en PD (car tout dépend en amont de la délimitation du marché et dc du pt de savoir s’il existe des produits substituables) sauf s’il peut faire obstacle à une concurrence effective.

2: Les premiers arrêts concernant des applications effectives contre des décisions de la commission.

Il s’agit des 1ers gds arrêts sur 82: **Continental CAN 1973** et **Zoja 1974**.

Pourauoi une 2è étape?

Car dans ces affaires, c’est plutôt la 2è approche que la cour retient.

3: Conciliation: Les arrêts de la fin des 70’: **United brands 78** et **Hoffman Laroche 1979**.

Dans ces arrêts, on trouve une définition classique de la PD:

**Hoffman**: “La PD est une situation de puisce éco 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 des consommateurs”.

Pkoi est-ce la voie de la conciliation? Car si on reprend mot a mot cette formule, on voit que la premiere partie de la définition vise la première approche (structurelle, tirée de la comparaison avec CECA), tandis que la seconde formule vise plutôt l’approche plus subjective dvée par la commission en 65.

Depuis 79, et de manière constante, on retrouve dans tous les arrêts sur 82 cette définition Gale de la PD avec la référence à Hoffman Laroche.

*En Dt Fçais*, la notion de PD a été introduite en 63 sur le modèle communautaire.

La notion est elle pour autant calquée sur le DCC?

On constate que dans sa *version initiale*, le txt Fçais insistait sur *l’entrave au fct de la concurrence* en ce qu’aucun opérateur n’offrait une alternative significative à l’entreprise en PD.

En pratique, cela n’a pas généré bcp de divergeances.

En 86, lors de la rédaction de l’ord, on a voulu aligner davantage le Dt Fçais sur le DC, on a donc réécrit le txt prévoyant l’interdiction des APD (8-1 de l’ord devenu L420-2 al1)et on a supprimé la référence à l’entrave au fonctionnement normal du marché.

A la différence de l’al2 sur les abus de dépendance éco modifié en 2001, la Df de 86 de la PD n’a pas été touchée.

De temps en tps, le conseil de la concurrence utilise la définition communautaire alors qu’il n’applique que le dt fçais.

**2. Les critères de la position dominante**

Cette notion est avant tout une notion éco car c’est une notion qui est spécifique au dt de la concurrence et qu’on ne retrouve pas dans d’autres branches du dt. Il est nécessaire de raisonner par rappt a des situations éco.

Or, en schematisant, il existe 2 gds types de situations:

- On peut se retrouver devant un monopole (un seul offreur sur le marché).

- Situation de concurrence (plusieurs offreurs sur le marché).

1er cas de figure: Celui ou l’entreprise en cause est le seul offreur sur le marché.

Ds ce cas, l’entr est dc au sens éco du terme en situation de monopole.

Idot insiste sur le fait qu’il faut prendre la notion de monopole au sens éco (UN SEUL offreur) et non la notion juridique car tout dépend en amont de la délimitation du marché (**Parke David 68**: Le titulaire d’un brevet dispose d’un monopole au sens juridique: Il dispose du dt exclusif de développer l’invention. Cela ne signifie pas pour autant qu’il soit le seul offreur sur le marché car le produit breveté peut avoir des produits substituables, il faudra raisonner dans un marché plus large, on sera en situation de concurrence et non de monopole éco).

Ds le cas de figure de monopole éco, il n’y a aucun doute, le titulaire du monopole est titulaire d’une position dominante.

Il faut noter que ce monopole au sens éco peut trouver son origine dans des raisons diverses:

- Il peut être un *monopole juridique* et résulter de droits exclusifs qui ont pu être concédés par la loi (ex: depuis 45, la SNCF dispose d’un monopole pour le transport ferroviaire en France, EDF aussi jusque récemment pour tous les marchés de l’électricité). Ou par contrat (ex: En Dt adm Fçais, le régime des concessions accordées par les communes, qui sur un marché géo restreint, confère un monopole au concessionnaire. Ainsi,avant 1993, le régime des concessions de pompes funêbres en France).

- Il peut aussi s’expliquer par des *raisons factuelles*: Les circonstances de fait sont telles qu’il n’existe qu’un seul offreur sur le marché.

2nd cas de figure: La notion de PD peut coexister avec une situation de concurrence.

Il peut y avoir PD alors qu’il y a plusieurs offreurs sur le marché pertinent.

Toute la difficulté est de déterminer a partir de quel moment on pourra considérer que l’entreprise est en PD.

L’arrêt de référence en DC et en Dt Fçais demeure encore maintenant l’arrêt **United Brands 78**.

L’idée Gale à dégager est simple:

Pour identifier la PD dans une situation de concurrence, on va utiliser une analyse multicritères sachant qu’il y a une hiérarchie dans les différents critères que l’on peut utiliser.

- On doit en effet se fonder (United brands) d’abord et à titre ppal sur des critères dits structurels.

- Ce n’est qu’à titre accessoire et complémentaire que l’on utilisera des critères comportementaux.

*Les critères structurels:*

La CJCE, dans United Brands, s’était intéressée à la structure de l’entreprise puis à la structure du marché.

On considère toujours maintenant qu’il y a 2 types de critères structurels mais tt le monde s’accorde sur le fait qu’il faut inverser l’orre du raisonnement suivi dans l’arrêt de principe.

Il faut d’abord s’intéresser à la structure du marché et ensuite seulement s’intéresser à la structure de l’entreprise.

- Structure du marché.

1ère étape: Calculer les parts de marché de l’entreprise présumée en PD sachant qu’il faut raisonner éventuellement par rappt au gpe de soc:

X> 80% = “parts extrèmement importantes”

X>50% = “Parts considérables”.

X<50%

Si on est en présence de parts “extrèmement importantes”, la CJCE a dit dans Hofmann 79 que ces parts constituaient par elles mê la preuve de la PD.

En présence de parts considérables, la CJCE dans les 80’ avait tendance a considérer que ce n’était pas suffisant et qu’il fallait conforter cette PD présumée par d’autres facteurs.

Il semble maintenant que les autorités de concurrence sont plus souples et considères qu’au delà de 50% de PM, on est en face d’une position dominante.

Mais mê en dessous de 50%, on peut être encore en PD (United Brands le démontre puisqu’en l’espèce, l’entreprise détenait 46%)mais dans ce cas de figure, le seul constat de la PM ne suffira pas, il fudra aller plus loin dans l’analyse de la structure du marché, càd examiner le *nbre d’opérateurs concurrents* et la *part détenue par chacun d’eux.*

Tout dépend également des barrières à l’entrée sur le marché: Est ce un marché ou les barrières sont tres fortes (quelles qu’en soient les raisons: législatives, techniques...)? Si oui: Indice confortant la PD. Si non: C’est un indice qui va à l’encontre de la PD.

- Structure de l’entreprise.

Une fois qu’on a terminé l’étude de la structure du marché, il faut s’intéresser dans un 2è temps à la structure de l’entreprise.

Pkoi? Car on est souvent en présence de groupes de sociétés en mat de PD.

La structure conforte-t-elle ou non les conclusions provisoires tirées de l’étude de la structure du marché?

- On doit se demander si l’entreprise est intégrée verticalement: si elle maitrise tous les cycles du produits (United brands: Le gpe contrôlait tous les cycles: propriétaire des plantations de bananes, entreprises de conditionnement, propriétaire des navires, propriétaire des mûrisseries en europe...). Dans hoffman, il y avait aussi une intégration verticale.

- Prose en compte de la dimension horizontale du gpe: On va s’intéresser sur le pt de savoir si le gpe peut proposer une gamme complète de produits complémentaires ne relevant pas du mê marché ou s’il est limité à un produit déterminé.

- Ces critères ne sont pas limitatifs, tout va dépendre des circonstances d’espèce.

On retiendra suivant les cas la dimension globale du groupe, l’importance de son CA consolidé, l’importance de ses effectifs.

Depuis qu’on s’intéresse aux gpes pcs: Nvx facteurs: Fait que le gpe public soit lié à l’image d’un SP (ce qui devrait favoriser sa cote auprès des consommateurs)...

*Les critères comportementaux:*

Normalement, on doit pouvoir prendre partie sur l’existence ou non de la PD sur la seule base de ces critères structurels mais il arrive parfois à titre complémentaire que l’on prenne aussi en considération des critères comportementaux.

Ils ne sont pas suffisants en eux mêmes, on s’en sert seulement pour conforter l’analyse structurelle:

Si le 1er a 46%, le 2nd 25%, le 3è 10%...on aura intérêt a voir ces critères comportementaux.

On peut dégager 2 séries de critères de la jurisprudence communautaire:

- Stratégie de domination que manifeste l’entreprise en cause (= volonté d’acquérir tous les concurrents, tous les brevets, mise en place de barrières à l’entrée sur le marché...).

- Performances anormales de l’entreprise (= Si alors que tout le secteur est en crise, l’entreprise continue a faire des bénef, ça peut être un indice de PD. De mê, le fait de fixer des prix anormalement élevés peut être un indice de position dominante...).

La Q qu’on se pose est de savoir s’il est légitime ou non d’utiliser ces critères comportementaux même à titre purement complémentaire?

On s’est interrogés parce que les comportements que l’on va identifier comme des indices de PD sont souvent les comportements dont on se demandera ensuite dans un 2è tps du raisonnement s’ils sont ou non abusifs.

Il y a donc un risque de dérive qu’on utilise telle pratique (px excessif...) Comme indice d’une PD et dans un 2è temps, une fois la PD identifiée, dire qu’il y a abus en raison de ces mêmes pratiques!

Si on fait le bilan de la détermination de la PD, on constate que les hypothèses de discusion sur ce pt sont relativement limitées (- d’1/4 des affaires de ces 10 dernières années traite de cette détermination de la PD mais cela s’explique peut être parce qu’on s’intéresse depuis 10 ans aux entreprises pques ou de droits exclusifs).

Peut être aussi que si on était en présence d’un débat, c’est parce que celui-ci portait sur la détention de la PD et non de la détermination de celle-ci.

**B. La détention de la position dominante**

La PD est a priori détenue par une seule entreprise car l’APD est par nature un comportement unilatéral.

Ais depuis qq années, un débat est né sur le pt de savoir si en dehors de la PD individuelle, on pouvait ou non admettre l’existence d’une PD collective.

**1. La position dominante individuelle**

Cette 1ère situation est normalement la règle.

La PD peut être détenue par une entreprise qui se confond avec la personne juridique. C’est souvent le cas pour les entreprises pques ou dotées de droits exclusifs.

La seule Q a été celle de savoir si au dela de la personne juridique, on pouvait raisonner par rappt au gpe de soc?

La réponse des autorités de concurrence a été constamment affirmative: Quand on parle de PD individuelle, on peut tout à fait dépasser la personne juridique pour éppréhender l’ensemble du gpe de soc (gpe qui doit alors être caractérisé par les 2 conditions: Existence d’un lien de dépendance + exercice d’un pvr de direction).

En DCC, cette assimilation du gpe à l’entreprise à été faite tres tôt (Continental CAN et Zoja, United Brands, Hoffman...).

Cette analyse n’a jamais été démentie, confirmations récentes dans la jurisprudence.

**2. Peut on admettre une position dominante collective?**

Il s’agit d’une position non pas détenue par un groupe mais par plusieurs entreprises qui ne constituent pas entre elles un groupe au sens ou nous l’avons défini.

Cette Q de la PD collective a été très débattue ces derniers mois mais surtout dans le cadre des contrôles de concentration.

En la matière, tte une série d’arrêts. La CJCE a répondu par l’affirmative en **98 rep Fcse c. Commission**, Confirmation par le **TPI** dans l’arrêt **GENCOR 99**, et l’élément nouveau est intervenu en **Juin 2002 TPI Air-Tour** dans lequel le TPI a annulé une décision d’incompatibilité de la commission au motif que celle-ci avait mal apprécié l’existence de la PD collective.

Ces affaires sont importantes mais pas dans le cadre de l’abus de position dominante car les données ne sont pas les mêmes.

Ce qui nous intéresse est la PD collective dans le cadre de 82 et L420-2!

1er constat: Ces textes ne s’opposent pas à la notion de PDC Ils visent la position visée par une entreprise ou par un groupe d’entreprises: Ils la reconnaissent mais ne précisent pas a quelles conditions.

La jurisprudence nous a permis de distinguer 2 cas de figure:

- Il existe des liens entre les entreprises dont on se demande si elles sont en PDC.

- Il n’existe aucun lien entre ces entreprises: la PDC résulte seulement de la structure du marché.

1er cas: L’existence de liens entre les entreprises.

En cas de liens, la poss d’utiliser la notion de PDC a été admise en DC et en Dt Fçais.

1er arrêt de principe en DC: **Commune d’Almelo 1994**. (a manier avec prudence car c’est un arrêt sur Q préjudicielle). Dans l’érrêt des **conférences maritimes TPI 1996** et pourvoi: **CJCE 2000**.

Ca a été confirmé par l’affaire des **ambulances CJCE 2001.**

En Dt Fçais, la poss d’utiliser la notion de PDC en présence deliens a été confirmée a différentes reprises: On peut citer k’affaire du **Carburéacteur de 1994** mais il y a des décisions plus récentes (**1999 affaire de la distribution du disque)**.

Ce principe ne pose pas de problème mais sa mise en oeuvre, oui.

2 questions sont apparues:

- Nature des liens qui doivent exister entre les entreprises.

- Cela peut il aussi bien jouer dans des relations horizontales que verticales.

*En ce qui concerne la nature des liens,* on trouve dans la pratique décisionnelle 2 séries d’hyp:

- Qd on est en présence d’entreprises privées (ou plutôt qui ne disposent pas de droits exclu), on admet la PDC dès lors qu’il existe des relations contractuelles (ex: dans une conférence maritime, reposant sur un accord entre les armateurs, il existe à la base de la conférence, toute une série de crts quivont lier les armateurs entre eux, le contrat se doublant d’une structure institutionnelle) ou des liens financiers (= participation dans l’autre entreprise insuffisante pour caractériser un groupe de soc mais pas une PDC).

- En présence d’entr dotées de liens exclusifs, prises isolément, les entreprises jouissent sur un marché local ou régional d’une PD individuelle, mais si on étend le marché géo (ex: niveau national), on pourra considérer que toutes les entreprises dotées de droits exclu dans le mê secteur possèdent une PDC.

C’est le cas de **Commune d’almelo**, **Ambulances 2001**, **Carburéacteur 94**...

Ici, on a dans un mê secteur, une autorité pque qui concède des droits exclusifs et on va raisonner sur l’ensemble.

Ici, le lien découle de la relation de dt public entre le titulaire du dt et l’autorité qui le concède.

*La PD se situe-t-elle seulement dans le cas des relations horizontales ou est-ce poss pour verticales?*

Dans 90% des cas, on raisonne sur des relations horizontales.

Une affaire a relancé le débat: Peut on admettre une PDC dans une relation verticale? (**Irish Sugar 1999 TPI**: Le pourvoi contre cet arrêt a été rejeté mais l’arrêt de la Cour ne présente aucun intérêt sur le fond car c’est une ordonnance rejetant le pourvoi pour cause d’irrecevabilité).

Faits: Un producteur de sucre avait des liens avec des distributeurs grossistes, liés par contrats. Par la suite, le producteur avait absorbé son grossiste. Les faits reprochés se déroulaient sur une période antérieure et postérieure à l’acquisition.

Postérieure: Pas de problème, on raisonnait sur le groupe.

Antérieure: Le TPI a admis qu’il y avait une PD entre l’industriel et le grossiste.

Le TPI a dit que la PDC n’était pas réservée aux relations horizontales, on peut envisager une PD collective entre un producteur et un grossiste.

Il existait entre eux des liens de nature contractuelle.

2è cas: Que se passe-t-il en l’absence de tout lien entre les entreprises?

Peut on considérer que la PDC puisse résulter de la seule structure du marché?

C’est une affaire de DC qui est à l’origine du débat: **L’affaire du Verre Plat**.

En 88, décision d’interdiction de la commission.

Il y avait 3 producteurs de verre plat en Italie (oligopole étroit)

La commission avait constaté des PC entre ces 3 opérateurs et avait dit qu’il y avait non seulement PC (81) mais aussi abus d’une position dominante collective.

Ce qui était interessant était l’utilisation de la notion de PDC dans une hypothèse ou il n’y avait pas de liens contractuels et ou il n’y avait pas de droits exclusifs conférés par une autorité pque.

Dans leur recours, les entreprises ont contesté l’utilisation de cette notion. Le TPI n’a pas refusé en 1992 le recours à la notion mais il a annulé la décision de la commission au motif qu’il y avait eu erreur dans la délimitation du marché.

En fait, l’arrêt du verre plat laisse la question ouverte de savoir si en l’absence de liens entre entreprises, on peut ou non admettre l’existence d’une PDC.

En matière de contrôle des concentrations, on a débattu cette Q mais les données sont différentes car on s’intéresse à la création de la PD alors qu’en dt des PAC, on s’intéresse à l’abus.

En Dt des PAC, on ne peut pas se fonder sur les décisions qui concernent les concentrations.

La commission maintient qu’elle peut utiliser la PDC en l’absence de liens. Elle s’est exprimée en ce sens dans la communication de 1998 sur les conventions d’accès en matière de télécommunications.

**§2 L’existence d’un abus**

**A. La notion d’abus**

**1. En droit communautaire.**

**a. La définition objective de l’abus**

Avant, on considérait que l’abus était constitué d’avantages que l’auteur n’aurait pas eu en l’abs de position dominante (= abuus de comportement).

Si on reprend la liste de 82, on constate que figurent l’imposition de prix non équitables, les pratiques discriminatoires ou l’imposition de contrats liés.

Mais on est allés plus loin, on s’est demandés s’il ne fallait pas santionner les abus de structure.

Ici, on s’intéresse plutôt aux effets de l’abus et non a la nature de celui ci.

Ainsi, il y a pratique abusive si il y a élimination d’un concurrent ou empêchement d’un concurrent d’accéder au marché.

Cette poss d’appréhender les abus de structure a été consacrée dans Continental can car pour considérer qu’une concentration qui renforçait une position dominante pouvait être constitutive d’un abus au sens de 82.

C’est l’effet de la concentration sur le marché qu’on a qualifié de pratique abusive.

Il a fallu attendre Homman 79 pour que la CJCE valide les 2 approches et donne une définition Gale de l’abus.

“L’abus est une notion objective qui vise les comportements d’une entreprise en PD qui sont de nature à influencer la structure du marché et qui ont pour effet de faire obstacle, par le recours a des moyens différents de ceux qui gouvernent une compétition normale au maintien du degré de concurrence existant encore sur le marché ou au maintien de cette concurrence”.

On trouve dans cette définition de 1979 la notion d’abus de comportement (car on vise l’utilisation de moyens différents...) Et la notion d’abus de structure (car on prend en compte les effets du comportement sur le marché).

Depuis HL79, cette définition “objective” de l’abus a été constamment reprise.

**b. Conséquences pratiques**

Ce sont surtout les csq pratiques qui sont importantes.

Il y a 3 séries de csq:

- On a une approche éco de l’abus: Il n’y a aucun jugt d’ordre moral (on ne recherche pas l’intention de nuire...). Des pratiques licites deviennent abusives en raison de la PD et des effets qu’elles ont sur le marché (ex: concentration Continental can, Tetra pack 88: Acquisition d’une licence de technologie).

- Dans l’approche communautaire, il sera extrèmement difficile de justifier la pratique abusive.

- Cette conception objective entraine une atténuation du lien de causalité entre le premier élément (la PD) et le 2nd élément (la pratque abusive). Ainsi, on peut être en PD sur un marché X, mais la pratique abusive peut intervenir sur le marché Y.

Il y a ds la jurisprudence de nbx exemples. On peut reprendre Continental can et Agzo 95.

La Q de la causalité a cependant été relancée à la suite de l’affaire **Tetrapack II TPI oct 94** et sur pourvoi, arrêt de la **CJCE de nov 96.**

Dans cette 2nde affaire Tetrapack, la commission avait identifié 2 séries de marché:

Le marché des cartons asceptiques et le marché des cartons non asceptiques. LA PD de tetrapack avait été établie sur le marché des cartons asceptiques (80 des PM). En revanche, sur le march des cartons non asceptiques, la commission avait estimé qu’il n’était pas nécessaire d’établir la PD.

Les pratiques identifiées, suivant les cas, soit concernaient le 1er ou le 2nd marché.

Le TPI avait validé l’analyse de la commission mais l’entr tetrapack a formé un pourvoi dans lequel elle a contesté qu’on lui reproche des pratiques abusives sur le marché ou la PD n’avait pas été établie.

Et dans son pourvoi, l’entreprise tetrapack a repris toute la jurisprudence antérieure de la CJCE en démontrant que son cas de figure ne correspondait pas aux hypothèse antérieures.

En effet, dans les affaires antérieures, il y avait eu dissociation entre PD et abus uniquement dans 2 cas de figure:

- La pratique abusive intervenait sur le marché concerné mais ses effets se faisaient ressentir sur le marché dérivé (**Affaire Zoja 74**: L’entreprise était en PD sur le marché des matières 1ères nécessaires à la fabrication du médicament. Elle refusait de vendre ses matières 1ères à sa concurrentes, mais ce refus de vente entrainait des csq sur le marché dérivé: celui du médicament antituberculeux).

- **Akzo**: La pratique abusive intervenait sur un marché non dominé mais cette pratique abusive renforçait sa position dominante qui existait sur d’autres produits.

Dans tétrapack, on était dans aucun de ces cas de figure. La CJCE a validé l’approche antérieure en utilisant une formule qui depuis est à l’origine d’un contentieux.

Contrairement à continental can, la CJCE a insisté sur le fait que l’application de 82 présupposait un lien de causalité entre la PD et le comportement abusif.

La CJCE a ajouté que ce lien n’était en principe pas présent lorsque l’abus intervenait sur un marché non dominé: La Cour ajoute qu’il est malgré tout possible de retnir l’abus en raison de circonstaces exceptionnelles car on est en présence de marchés distincts mais connexes.

Concrètement en l’espèce, la CJCE a dit qu’il y avait une connexité entre marché des cartons asceptiques et non asceptiques: Elle a admis qu’on peut interdire les pratiques sur le marché non dominé en raison de ces liens étroits.

Cette infirmation partielle de Continental can a été l’origine d’un contentieux.

Avant tétrapack, on ne se posait pas de pb: quand on avait identifié une PD, on ne se souciait pas de savoir si les pratiques intervenient ou non sur un marché non dominé. Depuis, si la pratique intervient sur un marché non dominé, il faut montrer un lien de connexité entreprise les marchés.

Cela a entraîné un contentieux important en DC et en DF (ccrc99 EDF, GDF: Le GDF qui est en PD sur la marché du gaz a invoqué tétrapack pour contestr le fait qu’on puisse lui reprocher des pratiques sur le marché de la climatisation. Le conseil de la concurrence a refusé l’argument en disant que les marchés en cause étaient connexes).

**2. En droit Français**

Avant l’ordonnance de 86, on distinguait 3 types d’abus:

- Les pratiques illicites (ex: refus de vente)

- Les pratiques abusives en raison de l’intention de nuire (th de l’abus de dt transposé en dt crc).

- Les pratiques qui entravaient le fonctionnement normal du marché.

La réforme de 86 a conduit a un *alignement du dt fçais* sur le DC.

Le conseil de la concurrence s’en est expliqué en 90: Il a abandonné l’ancienne conception tripartite et a retenu l’approche dualiste du DC reposant sur la distinction entre les abus de comportement et les abus de structure.

Cependant, s’il y a eu alignement, des divergeances subsistent dans l’approche de la pratique abusive.

Le conseil de la concurrence a une *approche plus subjective* de la pratique abusive et insiste sur le fait que pour être interdite, la pratique doit présenter 2 caractéristiques:

- Elle doit être anticoncurrentielle (avoir des effets sur le marché).

- Elle doit en plus être abusive (ccrc considère que la pratique n’est pas abusive si elle peut être objectivement justifiée).

Cependant, en pratique, les solution sont proches.

**B. Ppales applications de la notion d’abus.**

On trouve dans les textes des listes d’exemples de pratiques abusives.

Cette liste n’est pas limitative, la CJCE le rappelle dans tetrapack II.

En pratique, bcp de comportements condamnés correspondent à cette liste des formes classiques d’abus.

Depuis une 10aine d’années, le dvt du dt de la concurrence aux personnes pques dans de nouveaux secteurs (transports...) A conduit a l’apparition des nouvelles formes d’abus.

**1. Les formes classiques d’abus.**

Exemples d’abus de comportement:

- Pratiques discriminatoires pouvant porter sur le prix ou d’autres conditions de vente que le px.

Il y a en mat de pratiques discriminatoires une jurisprudence abondante (tetrapack, surtaxes dans les ports...).

La difficulté est d’établir la discrimination car celle ci consiste a traiter de manière différente des situations équivalentes et de traiter de façon équivalentes des situations différentes.

- Prix excessifs (ou “inéquitables”): Jurisprudence abondante concernant aussi bien des gpes pvés (United Brands 78) que pcs (pompes funêbres Bodson 88 CJCE, Contentieux SACEM CJCE 79).

- Imposition de clauses abusives qui pourront avoir un effet sur le marché: Clauses d’approvisionnement exclusif, si imposées par une entre en PD, sont systématiquement interdites (Hofmann 79), idem pour les “clauses anglaises” (si vous trouvez moins cher ailleurs, je vous rembourse la différence): c’est systématiquement condamné si ça émane d’une entreprise en PD.

Exemples d’abus de structure:

- Toutes les pratiques ayant soit pour but d’éliminer les concurrents soit de leur empêcher l’accès au marché.

Les pratiques d’éviction vont du boycott au refus de vente (Zoja) pouvant porter sur un produit ou sur des droits (Mac-gil 95 sur le refus par les entreprise de TV brittish de communiquer leurs grilles d’horaires à une entreprise qui voulait mettre sur le marché un programme TV).

- Cela peut aussi être un refus d’achat (EDF qui refusait d’acheter l’électricité des producteurs autonomes.

- Aussi: Prix prédateurs (Akzo 91). Quels sont les prix prédateurs? Il faut se livrer a une analyse éco des côuts:

Si le prix pratiqué est < à la moyenne des couts variables, la pratiques sera considérée comme abusive en elle même; en revanche, si les prix pratiqués sont > à la moyenne des côuts variables mais < à la moyenne des côuts totaux, on pourra considérer que le prix est prédateur et abusif s’il est prouvé par ailleurs que cette pratique participe d’un plan pour éliminer le concurrent. C’est précisément l’apport de l’arrêt Akzo 91 confirmé par Tétrapack II.

**2. Les nouvelles formes d’abus**

Elles concernent essentiellement les entreprises pques ou dotées de droits exclusifs au sens de 86§1.

Pour ces entrreprises pques s’est dvée la théorie de ce que l’on va appeler l’abus automatique.

Par ailleurs, l’ouverture à la concurrence d’un certain nbre de secteurs nécessitant l’utilisation d’infrastructure a entraîné la th des facilités essentielles.

*La théorie de l’abus automatique*

Le terme est un peu abusif et ne plait pas trop a Idot mais tout le monde l’emploie.

Elle trouve son origine dans Hofner 91 confirmé en 91 par ERT (Tv en grèce), RTT en 91 aussi (lire l’article de Covard dans europe 92). Cette th a trouvé son point d’orgue en 91 mais n’a jamais été abandonnée.

Cette th concerne uniquement les entreprises pques (particulièrement celles dotées de droits exclu).

Théorie: “L’octroi de droits exclusifs n’est pas en soi contraire aux règles du traité MAIS l’octroi de droits exclu peut être jugé contraire à l’art 86§1 lu en liaison avec 82 si l’entrprise titulaire des droits exclu (et donc en PD) est nécessairement amenée à contrevenir aux règles de la concurrence”.

Il ne faut pas se limiter a cette formule: La difficulté est de savoir quand on pourra estimer que l’entr va abuser de la PD qui lui a été conférée.

Il y a 3 cas de figure ppaux qui permettent de considérer qu’il y a APD.

- 1er cas: Théorie du monopole défaillant:

Arrêt hofner: L’entreprise disposant du monopole n’est pas en mesure de répondre a la demande (Confirmé par Jobcenter en 97), également confirmé sous l’angle de PD collective dans Glockner en oct 2001.

- 2è cas: Hypothèse de l’extension injustifiée du monopole.

Hyp: On est de par la loi en monopole sur le marché X et on en profite pour s’étendre sur des marchés ouverts à la concurrence. Il y a alors abus. La CJCE s’était exprimée en ce sens avant Hofner (Télémarketting CJCE 85) mais c’est surtout RTT 91 qui est l’arrêt de référence sur ce point.

- 2è cas: Thèse du conflit d’intérêts

Ici, l’entreprise dotée de droits exclu est à la fois juge et partie. C’est la jurisprudence concernant l’agrément des appareils terminaux de communication (postes de tel), CJCE 91 mais aussi Decoster 93: Lorsque l’opérateur historique des télécom (Fce télécom) était le seul a agréer les appareils terminaux alors qu’il était lui même fabricant de tels appareils: Il évnçait ses concurrents!

2 remarques:

- Dans les secteurs nouvellement ouverts à la concurrence, les règles sectorielles (spécifiques aux secteurs: directives en mat de télécom...)contiennent des solutions qui visent à prévenir ces hypothèse de pratiques abusives.

Cela est particulièrement vrai pour le conflit d’intérêts car dans toutes les directives, on trouve le principe de dissociation qui en fait est double:

On dissocie le régulateur et l’opérateur (qui exerce une activité éco). L’opérateur ne peut plus jouer le rôle de régulateur.

On dissocie aussi les différentes activités éco, ex, en mat de transport de l’énergie, il faut que l’on ait des opérateurs différents pour les différents stades que sont le P°, le transport et la distribution (ainsi, EDF a été obligée de mettre en son sein le GRP: Gestionnaire du réseau de transport).

Idée: Les régulation sectorielles complètent le Dt/crc et visent a prévenir les pratiques abusives.

- Si on s’est interrogés un moment sur les suites de la th de l’abus automatique (arrêt Commune de la crespelle 94), la th est toujours bien vivante et a été reprise après 94!! Cependant, il faut avoir dans l’esprit que la th concerne la preuve de l’abus. Il se peut que l’entreprise se livre a des abus classiques (ici, la th de l’abus automatique n’apporte rien: Il faudra apporter la preuve des prix abusifs...).

Intérêt de cette th: La pratique abusive est présumée dans les 3 cas de figure vus précédemment. Elle permet un renversement de la charge de la preuve.

L’entreprise dotée de droits exclu devra se justifier, l’AN n’aura pas a prouver l’abus!

*La théorie des facilités essentielles*

Cette théorie peut concerner a nouveau les entreprises dotées de droits exclusifs et en particulier les opérateurs historiques dans les industries de réseau (télécom, énergie...) Car ces indistries nécessitent l’utilisation d’infrastructures lourdes et couteuses.

La th des facilités essentielles va au delà car précisément, l’une des difficultés est de définir les facilités essentielles et on s’est demandés si l’affaire Mc Gid 95 n’en était pas une application. On s’interroge aujourd’hui sur le pt de savoir si les linéaires dans les gdes surfaces ne sont pas des facilités essentielles.

Théorie: “Certains biens sont indispensables pour exercer une activité éco. Dès lors, on se demande si le détenteur de ce bien doit ou non donner l’accès a celui ci pour permettre a des concurrents d’exercer l’activité”.

Cette th trouve son origine dans certaines décisions de la commission en mat de transport maritime.

(Sea containers 1992, Sea link, port de rodby 93).

Ds ces premières affaires, l’hyp ùétait la suivante:

Une entreprise dotée de droits exclu était gestionnaire du port (PD sur la gestion de l’infrastructure) et aussi opérateur de transport. Dans sea link, l’entr gestionnaire de l’infrastructure avait donné a son concurrent les plus mauvais horaires d’accès aux quais.

Limitation car dans les secteurs clé, on a réglé la Q du dt d’accès aux infrastructures par le biais des réglementations sectorielles. Ex en mat d’énergie, consécration de l’ATR (accès des tiers au réseau).

Il y a eu peu de jurisprudence grace a ces réglementations.

Cependant: **ENS 98** en mat de transport ferroviaire, **CJCE Nov 98 Bronner**.

ENS: On était pas sur le terrain de 82 mais en mat d’exemption pour une entreprise commune.

Cependant, dans le dernier moyen, le trib essaie de donner la Df des facilités essentielles.

Il était demandé de prêter leurs wagons spéciaux à d’autres entreprises concurrentes.

Les entreprise ont dit que les wagons n’étaient pas des facilités essentielles car ils pouvaient être dupliqués.

Bronner: Concernait la distribution de journaux à domicile. Une entreprise autrichienne reprochait a une autre entreprise concurrente un APD. Argumentation: L’entr qui est le ppal éditeur de journaux en autriche est la seule a avoir un syst de distribution a domicile et la plaignante voulait en bénéficier.

La plaignante disait qu’en lui refusant de lui prêter son syst de distribution, l’entr abusait de sa position dominante. CJCE: NON!! Ce n’est pas une facilité essentielle! L’entr n’a pas a donner l’accès à sa concurrente.

Qu’est ce que la facilité essentielle? C’est un bien qui ne peut être dupliqué ou qui peut être dupliqué mais dans des conditions éci tellement onéreuses que cela limite l’accès au marché.

Sont des facilités essentielles:

- Les gdes infrastructures de transports (de marchandises, d’information, d’énergie...): Un aéroport...

En dehors, on ne sait pas tres bien ou s’arrête la facilité essentielle.

Si en DC, on a résolu l’essentiel des difficultés par les réglementations sectorielles, il reste des secteurs ou en l’abs de texte, la th des facilités essentielles peut présenter un intérêt.

Ainsi, en France, récemment, plusieurs affaires d’héliport.

L’arrêt de principe esr l’arrêt de **97 Héli-inter**, confirmé en 2002.

La jurisprudence récente concerne l’accès a des bques de données: Problème des annuaires téléphoniques, condamnation de France télécom et problème de l’accès aux info pques (Institut géographique national...).

Si on admet qu’il y a facilité essentielle, l’intérêt de la th est de dire qu’en refusant l’accès, le titulaire abuse de sa PD, il doit donc donner l’accès mais on se heurte à une nouvelle difficulté: Des calculs extrèmement difficiles pour évaluer le côut de l’accès à l’infrastructure.

**Section2: Autres pratiques abusives**

On ne les traitera pas mais 3 remarques:

L’A3 du nouveau règlrmrnt d’application (réforme) revient sur la Q des rapports DC/DN.

Le syst de guichet unique (application alternative) qui avait été proposé par la comission n’a pas été retenu et l’art 3 maintient le syst d’application parallèle déjà existant.

Pkoi en parler a cet endroit?

Car certains E-mbres (dont la Fce) ont eu très peur que cette réforme du DC conduise à la remise en cause des pratiques abusives spécifiques au dt Fçais (interdiction des abus de dépendance éco et pratique des prix abusivement bas).

Cela explique qu’au dela du principe d’application parallèle, on ait dans l’art 3 2 séries de dispo:

- La première pour les ententes (consécration de la thèse de l’unique barrière)

- La 2nde pour les pratiques abusives: “le fait qu’une pratique affectant le commerce entre E mbres ne relève pas de 82 n’empèche pas l’application par l’Etat membre de son droit national dès lors que celui ci interdit sur d’autres fondements un comportement unilatéral”.

Donc la France pourra interdire un comportement selon ses propres dispositions.

La loi NRE a maintenu l’abus de dépendance éco bien que l’abus de dépendance soit par ailleurs appréhendé au titre 4 (L441-6).

On pouvait hésiter: Le fait de considérer l’abus de dépendance comme une pratique restrictive permet il d’abroger L420-2? Non, l’abus de dépendance reste une PAC mais on a modifié la rédaction du texte:

L’ADE n’est anti/crc que s’il y a atteinte à la structure de la concurrence.

C’est soi disant une réponse a une jurisprudence CORA du conseil de la concurrence qui avait montré les limites de l’ADE. Cette modifictaion faite par NRE ne résout pas le problème, au contraire, ça l’aggrave.

Les dispositions de Dt Fçais sont un échec (aucune application en 2002 d’aucune disposition).

C’ets une législation de circonstances.

**Sous-titre 2: Les exemptions**

Pourquoi en parler au pluriel?

Car on connait en dt de la concurrence essentiellement 2 motifs d’exemption.

Une PAC peut bénéficier d’une exemption soit parce que son bilan éco est positif, soit parcequ’il existe des raisons d’IG.

- Bilan éco positif: 81§3 en DC et 10-2 de l’ordonnance (L420-4 2°).

- Raisons d’IG: Art 86§2 CE et L420-4 1° en Dt Fçais.

**Chapitre1: L’existence d’un bilan éco positif.**

C’est le motif le plus traditionnel en europe car on considère que la concurrence n’est pas une fin en elle mê mais un moyen d’atteindre les objectifs du marché commun.

C’est pourquoi on prévoit dans certains cas un bilan éco mê si le bilan concurrentiel est négatif.

Il y a des différences entre 81§3 et L420-4 2°:

- Différences formelles (supprimées en 1986 mais réintroduites en 96 puis en 2001 en Dt Fçais).

Les législateurs successifs ont oublié l’intérêt de la réforme de 86 (alignement du Df sur le DC).

Cependant, ces modifications de texte ne modifient rien à l’analyse sur le fond.

- Différences quant au domaine de ces exemptions:

En DC, situation claire: 81§3 ne prévoit une exemption pour bilan éco positif qu’au seul profit des ententes (il est exclu de faire jouer ce motif d’exemption au profit d’APD).

En Dfçais, en revanche, l’exemption pour bilan positif n’est pas inséré dans le texte sur les ententes mais il fait l’objet d’un texte global qui suit le principe d’interdiction des ententes et des abus de domination.

2 conséquences:

- La pratique des prix abusivement bas, interdite en dt Fçais a l420-5 n’est pas couverte par cette exemption (cela s’explique par la place du texte).

- Les autres PAC (ententes et abus de domination) ont vocation a être couvertes par ces exemptions.

Cependant, la différence est purement formelle car en pratique, on a jamais appliqué L420-4 aux abus de domination.

En définitive, au delà des différences de texte, que l’on raisonne en DC ou Dt Fçais, l’exemption ne pourra bénéficier qu’à certaines catégories d’ententes.

Cette exemption est subordonnée a un certain nb de conditions de fond et de forme.

**Section1: Les conditions de fond de l’exemption**

**§1: Le contenu des conditions de fond**

Il est usuel en France de partir du constat que 81§3 largement copié en Dt Fçais subordonne l’exemption a 4 conditions qu’on regroupe en 2 catégories en opposant les conditions positives et les conditions négatives.

**A. Les conditions Positives**

Résultent de la letre de 81§3:

L’entente (accord le + souvent) doit contribuer à améliorer la production, distribution ou au progrès économique...tout en résultant une part équitable du profit aux utilisateurs.

On a ici 2 conditions.

1ère condition: Amélioration distribution/P°/progrès éco.

- Ces conditions sont Galement remplies par les accds de coopération qui peuvent permettre d’améliorer la conception du produit (accds de R&D) ou permettre d’améliorer la P° (accds de spécialisation).

Aussi, les accds de distribution les remplissent si les syst de distribution conduisent à une rationnalisation de la distribution.

En dehors des cartels, il y a un certain nb d’accds cciaux qui, mê s’ils contiennent des clauses restrictives de concurrence remplissent cette 1ère condition.

- Il faut néanmoins que cette contribution au progrès éco soit constatée (pb de charge de la preuve).

- Il est admis que cette 1ere condition doit faire l’objet d’une interprétation large. On a intégré a la contribution des facteurs non expressément visés par les textes (facteurs “sociaux”): Maintien de l’emploi (CJCE MetroI 77), protection de l’environnement (au cours des derniers mois, la commission s’est prononcée sur des syst de protection de l’environnement: récupération des déchets...)...

2è condition positive: La répartition équitable du profit.

Les utilisateurs doivent pouvoir bénéficier de l’accord.

- La notion de profit est entendue dans un sens très large (= tout avantage).

De plus, le profit peut être futur: Il n’est pas nécessaire qu’il apparaisse au moment de la demande d’exemption.

- Ce profit doit bénéficier aux utilisateurs (= Les consommateurs + tout les acheteurs de biens ou de services).

La notion d’utilisateur est large.

- Si la première condition est jugée remplie, il sera très facile en pratique de démontrer que la 2nde condition est remplie.

Bcp d’accds de coopération et distribution pourront franchir avec succès ce premier barrage.

**B. Les conditions négatives**

Si elles sont remplies, elles feront obstacle à l’exemption.

- L’accd ne peut bénéficier d’une exemption que s’il ne comporte pas de restriction non indispensable à l’objectif poursuivi.

- Il ne doit pas éliminer totalement la concurrence.

1ère condition: absence de restriction non indispensable

Il faut constater que cette première condition négative est appréciée de manière très rigoureuse par la commission.

Alors que pour les conditions positives, on procédait a une approche globale du contrat, pour l’appréciation de cette condition, la commission procédait clause par clause: Ce qui pouvait la conduire à demander la suppression d’une clause jugée illicite et non nécessaire.

**Ex**: Accd de R&D avec 1 clause d’exclusivité de 10 ans: La commission pouvait considérer que les 2 conditions positives étaient remplies (progrès éco + avantages pour les utilisateurs) mais elle pouvait ensuite dire que la clause d’exclu est nécessaire mais 10 ans c’est trop long. La commission peut demander de renégocier le contrat ou supprimer la clause. Par ce biais, la commission réécrivait les crts.

Il s’agissait en réalité d’une application d’un PGDcommunautaire: le *principe de proportionnalité*.

A la suite de la réforme, on peut se demander comment sera interprétée cette 3è condition puisqu’il appartiendra aux AN et JN et non plus seulement la commission de prendre partie sur ce point.

4è cond°: L’accd ne doit pas éliminer totalement la concurrence

C’est une condition rarement discutée en pratique. L’accd doit maintenir une dose mini de concurrence sur le marché en cause, ce qui conduit a s’interroger sur la délimitation du marché.

Qd on parle d’abs d’élimination de la concurrence, on vise la concurrence externe et la concurrence interne.

**§2: Mise en oeuvre des conditions**

2 questions sont imp:

- La charge de la preuve.

- L’étendue du contrôle du juge.

**A. La charge de la preuve**

Ce point a, en France, semblé évident mais des débats consécutifs a la réforme de 17/62 ont posé des pb:

La commission a du insérer un texte dans le nouveau règlement d’application.

Ds la mesure ou l’accd a été jugé anticoncurrentiel, c’est à l’entreprise qui invoque le bénéfice de l’exemption d’apporter la preuve qu’elle peut en bénéficier.

La charge de la preuve du fait de la structure mê des txt pèse sur les entreprises qui veulent une exemption.

Les choses sont désormais claires: Dans le nouveau règlement d’application, un art 2 précise que si les entreprises entendent bénéficier de l’exemption de 81§3, elle doit apporter la preuve que les conditions de ce texte sont remplies, qq soit l’instance devant qui la Q est débattue.

Ex: L’AS a démontré que l’accd restreint la concurrence (81§1): Il devrait y avoir interdiction/sanction.

Si l’entr conteste cette analyse, elle devra démontrer que malgré la restriction de concurrence, l’accd remplit les conditions de 81§3.

Ex2: Devant un JN, un distributeur attaque le fabricant devant le tribunal de commerce. Celui ci invoque la nullité de l’accd par 81§1. On peut se défendre en disant qu’en tout état de cause, mê s’il y a restriction, l’accd bénéficie d’une exemption individuelle.

C’est pareil!!

*Les 4 conditions sont cumulatives*: Si l’une fait défaut, l’exemption ne pourra pas être obtenue.

**B. Le contrôle du juge**

Le problème s’est posé dans le syst actuel caractérise en DC par le fait que la commission disposéit d’une cptce exclu pour accorder le bénéfice de 81§3.

Certaines décisions d’exemption ont été contestées (par les concurrents: **Matra 94,** **Eurovision 96** ou par les bénéficiaires car exemption subordonnée a des conditions jugées inadéquates: **ENS 98**, **Métropole 01**)devant le juge communautaire.

Ds ce syst, la Q était de savoir quel était l’étendue du contrôle du juge.

La réponse a toujours été la même: Il s’agit d’une matière éco complexe: Le contrôle du juge doit être un contrôle minimum mais réel.

Cependant, ce syst va évoluer car a partir du 1.4.04, la commission perd la cptce exclu dont elle ouissait pour l’application de 81§3 et le txt pourra être appliqué aussi bien par les AN que par les JN.

**Section2: La forme de l’exemption**

Dans les syst CE et Fçais, on a 2 types d’exemptions: Collective et individuelle.

En pratique, qd une entreprise partie a un accd se demande si l’accd peut bénéficier d’une exemption, on doit se demander si on rentre dans le champ d’une exemption collective.

Ce n’est que si la réponse est négative qu’on se demandera s’il est possible de bénéficier d’une exemption individuelle.

Cependant, on ne comprend le mécanisme de l’exemption collective que si on commence a étudier l’exemption individuelle.

**§1: L’exemption individuelle**

**A. Les principes**

En ce qui concerne l’EI, plusieurs syst sont théoriquement concevables et l’histoire et le dt comparé montrent qu’en europe, les choix ont été diversifiés.

**1. L’opposition des systèmes**

Elle a été mise en lumière par la commission dans le livre blanc de 99.

En schématisant, il y a 2 gds types de systèmes:

- Système d’autorisation.

- Système d’exception légale.

Syst d’autorisation:

Dès que les entreprises envisagent de conclure un accd ou l’ont conclu et que celui ci pose des problème de concurrence, elles *doivent* notifier cet accd à l’autorité de contrôle et celle ci leur dira si l’accd remplit ou non les conditions de l’exemption.

Si les conditions sont jugées remplies, l’autorité de contrôle rendra une *décision constitutive de droit* qui sera opposable à tous.

Sinon, l’autorité refuse le bénéfice de l’exemption.

Le syst d’exception légale:

Dans ce syst, il n’y a pas de notification préalable, pas de contrôle ex-ante de l’accd.

C’est seulement si un litige survient et si l’instance considère qu’il y a restriction de concurrence, que l’on invoquera le fait qu’on remplit les conditions de l’exemption.

Le 1er syst a l’avantage de la sécu juridique pour les entreprise mais il est formaliste et centralisateur (on ne peut pas permettre ceci a de multiples autorités!!

Le 2nd est plus souple, moins couteux en théorie pour les entreprises, mais il perd en sécu juridique car on ne sait pas exactement quelle est la valeur juridique de l’accord aussi longtemps qu’il n’y a pas eu de contestation.

Opn peut constater que cette opposition des syst a été suivie en europe d’une opposition quant aux choix opérés:

**2. L’opposition des choix.**

En France, dès 1958, on a toujours opté pour un syst d’exception légale: Jamais de notifications préalables auprès des AN pour obtenir le bénéfice d’une exemption.

Csq: En Dt Fçais, les entreprise peuvent invoquer le bénéfice de L420-4 soit devant le conseil de la concurrence, soit devant n’importe quel juge de droit commun si l’autre partie oppose le fait que l’accd/clause est anticoncurrentiel.

En revanche, le problème s’est posé en DC en 1962 de choisir entre ces 2 systèmes.

1962: Contexte = 2 E mbres dominent la CE: France et Agne.

La France a défendu le syst d’exception légale, les allds ont défendu leur syst: l’autorisation.

Dans le règlement 17/62, la solution allde l’a emporté: On a opté pour un syst centralisé autour de la commission et pour un syst fondé sur la notification de l’accd, pas d’exemption sans accd préalablement notifié.

Ce syst repose sur l’art 4 de 17/62.

En pratique, il conduit les entreprises à notifier à la commission, seule compétente, des milliers d’accds.

Depuis le départ (65), la commission a cherché des moyens pour limiter les inconvénients du système.

Elle a utilisé d’abord les exemptions par catégorie, et puis en 1999, elle a publié son livre blanc sur la révision de 17/2 et elle a proposé d’abandonner le syst d’autorisation pour passer à un syst d’exception légale sur le modèle du dt Fçais.

Il y a eu de nbreux débats sur le livre blanc. La commission a maintenu son point de vue, et celui-ci l’a emporté malgré les résistances de l’agne.

Dès le 1.4.04, on passe a un syst d’exception légale.

**B. Mise en oeuvre**

**1. Le syst communautaire actuel**

Ce syst, dit d’autorisation, repose sur 2 caractéristiques:

- L’exemption indiv est subordonnée à une notification.

- L’examen du dossier est exclusivement de la compétence de la commission.

S’agissant de la notification:

- Domaine de la notification.

Elle est obligatoire dans le régime de dt commun en application de 17/62 mais il y a des hypothèses de dispenses de notification prévues ds 4§2 17/62 sensiblement élargi en 99 à l’occasion de la réforme des restrictions verticales (ainsi, pour les accds verticaux, la notification peut être faite au dernier moment).

De plus, la notification n’est pas obligatoire mais facultative dans les règlements transport.

- Modalités de la notification.

La commission a mis au point en 1962 un formulaire A/B. L’utilisation de ce formulaire est obligatoire pour la notification.

En mat de transport, il y avait des formulaires spé mais ils ont été unifiés en 99: Formulaire TR.

Compétence exclusive de la commission:

A l’issue de l’examen du dossier notifié, elle pouvoit soit adopter une décision formelle refusant l’exemption (= interdiction de l’accd) soit d’exemption (= constitutive de droit, pouvant être assortie de conditions et charges, accordée pour une durée limitée et susceptible de renouvellement).

Mais dans la plupart des affaires, la commission n’adoptait pas de décisions formelles, elle se contentait d’envoyer une simple lettre adm aux entreprises, lettre indiquant que si elle poursuivait l’examen du dossier, elle accorderait l’exemption (= lettres de confort).

Ce principe de compétence exclu générait des problème car le principe d’interdiction des ententes (81§1) pouvait, lui, être appliqué par les AN et JN.

Ce qui aboutissait à un syst complexe: Lorsqu’une entente était examinée au niveau national, si alle avait été notifiée à la commission, l’AN ou JN étaient bloqués (surtout le juge qui, s’il restait compétent pour appliquer 81§1, pouvait avoir intérêt a surseoir dans l’attente de la décision de la commission)**Grundig cour de cassation 83**.

**2. Le système futur**

Dans ce syst (2004), la notification disparaît.

Les entreprises devront procéder elles mê à une auto-évaluation de leurs accords.

Ds le futur système, la commission perd sa compétence exclu pour appliquer 81§3. Celui ci devient d’effet direct: tant les AN que les JN pourront l’appliquer.

Cela doit permettre une décentralisation plus grande dans l’application des articles 81 et 82.

81 pourra être appliqué dans son intégralité par toutes les AN qui vont constituer avec la commission un réseau d’autorités.

La ppal difficulté sur laquelle on a pas d’elts est le fonctionnement concret du réseau, surtout le mécanisme de répartition des cas entre commission et AN/JN. Communication a venir.

Les juges de dt commun pourront aussi appliquer 81 en entier. Pour eux, il n’y a pas de réseau. Pour maintenir l’application cohérente du DC, on maintient le mécanisme de la Q préjudicielle et on institutionnalise (A15 nouveau règlt) la procédure d’avis devant la commission. On prévoit également une poss pour la commission d’intervenir en tant qu’amicus curiae devant le juge national.

L’A15 du règlement est tres proche de celui du projet de règlement mais on aura besoin d’une communication.

En dehors de la reconnaissance de l’effet direct de 81§3, il faut souligner que la commissio, qui reste compétente pour appliquer 81 et 82 voit la tpologioe de décision qu’elle suivait jusque là modifiée.

Si les constatations d’infractions sont maintenues, la suppression des notifications fait disparaitre les attestations négatives, exemptions et lettres de confort.

Pour répondre aux besoins des entre qui se plaignaient de l’indcidence de la réforme sur l’insécu jurid, on a introduit une nouvelle forme de décision: La décision en déclaration d’inapplication.

Cette nouvelle catégorie ne remplace pas les décision d’exemption. Elles seront rendues à l’initiative de la commission. Objectif: Permettre a la commission d’exprimer son pt de vue sur un problème nouveau d’intérêt communautaire pour indiquer aux opérateurs éco dans quel sens va son analyse.

Ce seront des décisions individuelles a vocation Gale.

Retenir: Il n’y aura plus ni notification, ni lettres de confort, ni décisions d’exemption.

**§2 L’exemption collective (ou par catégorie)**

Le traité ne les avait pas prévu. Au milieu des 60’, la commission s’est retrouvée encombrée en raison de la notification obligatoire de 17/62.

C’est pour cette seule raison qu’on a mis en place cette technique d’ex par catégorie.

En Dt Fçais ou on connaît le syst d’exception légale, on aurait pu s’en passer (c’était le cas jusqu’en 85). La loi du 31.12.85 avait prévu ce mécanisme qui a été repris par l’ordonnance de 86.

Mais l’utilisation en Dt Fçais a été extrêmement limitée.

Ds le nveau syst CE qui fonctionnera a partir de 2004, on pourrait s’interroger sur l’opportunité de maintenir ce syst d’ex par catégorie car la notification disparaît.

La commission n’entend pas cependant abandonner cette technique car elle demeure maintenant justifiée pour d’autres raisons.

Les Reglts d’ex par catégorie permettent à la commission de légiférer et permettre ainsi une application uniforme du DC.

Ds le futur syst, les REC seront maintenus pour dais raisons de fond et non pour des raisons procédurales.

**A. L’utilisation du mécanisme de l’exemption collective**

Les données sont diff en DC et en Dfçais.

**1. En Dt communautaire**

La procédure se fait nécessairement en 2 temps.

Ds un premier tps, c’est le Conseil qui intervient et qui adopte un règlement d’habilitation.

Le conseil tire son pvr de 83 mais il peut le déléguer à la commission.

Dans un 2è temps, sur la base du reglement d’habilitation, la commission adopte un règlement d’exemption.

La commission au départ se fondait sur son expérience (= notifications) : Elle examinait les crts notifiés et élaborait une proposition de règlement.

Les données ont un peu changé mais la commission soumet ses propositions au public/entreprises avant d’adopter ses règlements.

Une large consultation est opérée avec l’ensemble des intéressés.

S’agissant des REC, on pouvait distinguer entre le régime de dt commun et les régimes particuliers au secteur du transport.

Régime de droit commun (= ensemble des secteurs normalement couverts par 17/62), le **conseil** n’a adopté que 3 règlements d’habilitation :

* 19/65 permettait à la commission d’intervenir sur certains accds verticaux.
* 2821/71 permettait a la commission d’intervenir sur certains accds horizontaux de coopération.
* 151/91 pour les assurances

La **commission** a diversement utilisé les pouvoirs qui lui ont ainsi été conférés. Elle est surtout intervenue en matière de relations verticales puisque jusqu’en 99, il y a eu 6 REC concernant les relations verticales.

Les données sont désormais modifiées : Le processus a été simplifié et il n’y a plus auj que 3 règlements d’exemption concernant les relations verticales :

* 2790/99 : Général.
* Juillet 02 : Règlement automobile.
* 1996 : Accords de transfert de technologie (en cours de révision)

Avec ces 3 règlements, la commission couvre pratiquement l’ensemble des relations verticales : Distribution, transferts de technologie (Cpdt, le règlt de 96 a un domaine restreint : les licences de brevet et de savoir faire).

En revanche, la commission a bcp moins agi à l’égard des accds horizontaux : Elle n’est intervenue qu’à l’égard de 2 types d’accd : Spécialisation et R&D.

On raisonne depuis 2 ans sur les 2 règlements adoptés en nov 2000.

Il faut ajouter le règlement spé en mat d’assurances de 1992.

De nbx accds de coopération sont tellement complexes qu’ils échappent aux règlements collectifs. La notification conservait un intérêt car ces accords de coopération ne sont pas en eux mê anticoncurrentiels mais il peut y avoir des clauses restrictives de concurrence.

La Q se pose de savoir si le syst que nous connaissons actuellement avec ces faibles exemptions par catégorie sera adapté.

Ds la proposition de règlement de sept 2000, la commission avait prévu une habilitation générale lui permettant d’adopter a tout moment de nouveaux règlements d’exemption par catégorie.

Dans le texte adopté le 13/12/2002 (nouveau règlement), les E mbres ont refusé à la commission cette habilitattion générale qu’elle demandait.

Les E-mbres, via le conseil, veulent continuer d’exercer leur pouvoir conféré par 83 : Sont actuellement maintenus les règlements d’habilitation de 65, 71 et 91. Csq : Dans les mois a venir, la commission ne pourra pas adopter de nouveaux REC en dehors des habilitations qu’elle détient déjà.

Ca n pose pas de pb pour les relations verticales mais ça va poser pb pour les accds de coopération !

**2. En Dt Fçais**

La procédure est différente : En dt fçais, c’est le ministre qui détient le pouvoir d’adopter des décrets d’exemption par catégorie (art L420-3 Ccce). A l’heure actuelle, le ministre n’est que tres peu intervenu.

2 décrets ont été adoptés le 7.6.96 : le premier relatif au label agricole et le second relatif aux Q de surcapacité dans le secteur agricole.

Il faut ajouter que si le 1er décret ne pose pas trop de pb, le second ne peut pas être appliqué la plupart du temps car il est contraire au DC : Les Q de crise conjoncturelles n’ont jamais été un outil d’exemption en DC .

Si les accds relèvent aussi du DC, il y a contrariété car l’exemption ne sera pas accordée par le DC.

Paradoxe curieux : L’exemption est subordonnée à une notification des accords au ministre.

**B. Le régime de l’exemption collective**

On ne traitera que le DC.

**1.Le domaine de l’exemption collective**

Qd on est en présence d’un REC, pour savoir si on en bénéficie, il faut impérativement vérifier que l’on remplit a la fois les conditions d’applicabilité du règlement et les conditions de fond de celui-ci.

Chaque REC a un champ d’application bien défini quant au type d’accd visé.

Lorsqu’on est confronté à un accd, il faut le qualifier puis vérifier s’il peut rentrer dans un règlement d’exemption.

Dans les nouveaux règlements d’exemption, c’est à l’A2 qu’on trouve précisé le domaine d’application.

(A1 = liste des définitions).

On précise le type d’accord (définition positive) puis définition négative car certains accds a priori couverts sont par la suite exclus. Ca apparaît clairement dans le REC 2790/99.

Il faut dans un 2è temps vérifier qu’on remplit les conditions de fond du REC.

Ces conditions de fond sont en Gal définis aux **art 3s.**

Les données ont évolué : Jusqu’en 1999 (et tjrs ds le règlement de 96 sur le transfert de techno), la commission établissait dans le règlement une liste de clauses. Celles-ci étaient classées en 3 catégories : Blanches, grises, noires.

A quoi cela correspond-il ?

*Blanches* = Non restrictives de crc, elles échappent à 81§1. Si la commission les mentionnait, c’est uniquement pour des Q de sécurité juridique car elles sont très fréquentes dans les accds visés.

*Grises* = Restrictives de crc mais supposées remplir les conditions de 81§3 et donc sont couvertes par l’exemption. Ce sont pour ces clauses que les REC présentent tout leur intérêt.

*Noires* = Clauses restrictives de crc mais non couvertes par l’exemption par catégorie. Elles doivent être retirées du crt car elles peuvent faire tomber tout le crt.

Cette technique de classification n’est plus utilisée que pour les accds de transfert de technologie et d’assurance (on ne s’y intéressera pas).

Depuis, la commission a généralisé la « nouvelle approche ».

Dans cette approche éco, on ne liste plus comme dans le passé les clauses.

Les nouveaux règlements comportent 2 séries de mesures : Ils fixent un seuil de pvr de marché et ils maintiennent une liste des restrictions caractérisées.

Si on est en dessous du deuil, on bénéficie de l’exemption (30% pour 2790/99, 30% ou 40% pour la distribution auto, 25% en mat de R&D, 20% accds de spécialisation).

Pour bénéficier du REC, il faut non seulement se situer en deçà du seuil ET éviter les anciennes clauses noires appelées aujourd’hui les « restrictions caractérisées ».

Chaque REC contient une liste détaillée des RCaract (2790/99 : Art 4).

Le juriste, aujourd’hui, quand il sait que son accord est susceptible de rentrer dans le champ de 2790/99 doit calculer la part de marché du fournisseur et doit également vérifier l’accd et s’assurer qu’il ne comporte pas de RCaract.

Les RCaract présentent un point important : Les clauses sont contraires à 81§1 mais elles font en plus tomber le bénéfice de l’exemption.

Même en dessous du seuil, on ne peut pas être exempté.

Il faut distinguer les restrictions caractérisées de certaines clauses qui peuvent être interdites mais qui n sont pas des restrictions caractérisées :

Dans 2790/99, il s’agit des clauses de non concurrence qui font l’objet de l’art 5 du règlement.

Ces clauses doivent remplir certaines conditions. Si elles ne sont pas remplies, elles sont interdites mais leur interdiction ne fait pas tomber le reste de l’accord : Seule la clause est nulle.

**2. La portée du REC**

- Un REC a toujours une portée limitée dans le temps. La durée peut être variable : 10 ou 15 ans.

Cette durée est fixée à la fin du règlement. C’est parce qu’ils sont limités dans le temps qu’on est régulièrement obligés de les revoir et de les adapter. En mat de relations verticales, on en est à la 3è génération.

- L’hyp des clauses non couvertes (= clauses non visées dans le règlement). Cette Q était très délicate dans les règlements ancienne approche car on listait les clauses. La CJCE s’était prononcée en **86 Volkswagen**, elle avait indiqué que tout dépendait ds circonstances et qu’il appartenait aux parties d’évaluer la clause au regard de 81.

Dans le doute, on avait intérêt a notifier l’accd mais c’est pour éviter ces notifications que dans certains règlements d’exemption, l commission avait inséré une « procédure d’opposition » :

On a un accd a priori couvert mais certaines clauses n’étaient pas visées : on notifie et si la commission ne s’oppose pas dans un délai prévu (Gal 6 mois), on considérait que l’ensemble de l’accd était couvert par le REC.

On trouve encore cette procédure dans le règlement de 96.

Dans la nouvelle approche, cette procédure d’opposition n’a plus de raison d’être. Pkoi ? Car les parties retrouvent leur liberté contractuelle dès lors que la clause n’est pas formellement interdite par le règlement et qu’elle ne fait pas par ailleurs l’objet d’une disposition (comme celle de l’art 5 de 2790/99), la clause est couverte dès lors qu’on ne dépasse pas le seuil indiqué.

- En cas de pb, il peut y avoir un retrait de l’exemption.

Le retrait d’exemption était prévu dans les anciens règlements. On a connu une seule application dans l’affaire Mars qui s’est terminée par les accds du **TPI Langnèse & Scholler en 95.**

Les hyp de retrait se sont depuis lors diversifiées : on différencie :

*Le retrait d’exemption stricto* *sensu* : Retrait individuel concernant une entreprise déterminée. Jusqu’en 99, seule la commission était habilitée à opérer le retrait individuel d’une exemption par catégorie. Dans ce cas, la commission devait suivre la procédure de poursuite habituelle : envoyer une communication des griefs à l’entreprise et ça se terminait par une décision d’interdiction.

Cette procédure est maintenue dans tous les REC (y compris dans la nouvelle approche). Mais dans certains d’entre eux (en particulier dans 2790/99), les AN se sont vues reconnaître la poss d’opérer le retrait d’exemption si elles estiment que les conditions d’exemption ne sont plus remplies sur leur marché national.

Alors que le retrait d’exemption a une portée Gale quand il émane de la commission, il a une portée limitée quand il émane d’une AN. Dans ce cas, le retrait suit la procédure de l’AN.

Dans toutes les hyp, le retrait n’est justifié que parce que l’autorité opérant le retrait estime que les conditions de 81§3 ne sont plus réunies. Le REC n’est finalement qu’une présomption simple suivent laquelle votre accord remplit les conditions de 81§3. Mais si au regard des circonstances, ces conditions ne sont plus remplies, la présomption tombe et lebénéfice de l’exemption est retiré.

La charge de la preuve pèse alors sur l’autorité qui décide d’opérer le retrait.

Ces retraits sont rares ! Aucun ex. par uneAN et un seul par la commission.

*La non application du REC*: La commission peut être autorisée par le REC à adopter un règlement collectif de retrait d’exemption. 2790/99 le prévoit et l’explique par le fait que le règlement a une portée très vaste et couvre de nbx secteurs. Il est indiqué que si dans un secteur donné la commission constate que les conditions de 81§3 ne sont plus remplies en raison d’un effet cumulatif, elle peut adopter pour ce secteur un règlement de non application du règlement d’application par catégorie (A8 du règlement).

C’est une nouvelle consécration de la théorie de l’effet cumulatif.

**CHAPITRE 2 : L’EXEMPTION POUR DES RAISONS D’IG**

86§2 prévoit une exemption à l’application des règles de crc dans leur ensemble et spécialement l’exemption des règles CE pour les entreprises par ailleurs couvertes au 86§1 (pques, dts pcs ou spéciaux) et en plus chargées d’un service d’intérêt économique général.

Cet art 86§2, longtemps oublié, a connu un dvt considérable dans les 90 lorsque la commission a commencé à s’intéresser aux monopoles publics.

Cet art a été très sollicité par les E mbres (surtout ceux ou les SP étaient importants). Il y a eu de nbx débats autour de cet article et plus généralement autour des SP. L’art 86§2 doit être lu en liaison avec l’art 16 CE. La commission s’est également exprimée sur les SIEG en 96 et en 01 et il y a de nouveau une communication en cours d’élaboration sur ce thème.

Il y a une littérature pléthorique en Fce concernant cet article.

Contrairement a ce que certains écrivent à tort, 86§2 est désormais d’effet direct.

Il est vrai qu’en 91, la commission avait nié l’effet direct de cet article. Les données ont ensuite évolué (avec l’arrêt Ahmed Saed en 89 et à partir de l’arrêt RENDO 92 TPI et CJCE 95.

Il ne fait plus de doute auj que cet art bénéficie d’un effet direct.

En plus, depuis dec. 02 ; 81§3 aussi a un effet direct.

Il y a à la fois des conditions d’applicabilité : cet art ne peut être invoqué que par une entre prise chargée d’un SIEG (= a peu près SP : La fourniture de l’électricité ou du gaz, les transports ferroviaires dans certains cas…PAS les banques ou les soc de gestion de droits d’auteur).

C’est essentiellement l’arrêt **Corbeau** qui a dégagé les critères généraux du SIEG. Ces critères correspondent aux critères du SP en Dt adm Fçais :

* L’entr doit avoir l’oblig de fournir le service sur l’ens du territoire.
* Qu’elle fournisse le service a des tarifs uniformes et des conditions de qualité similaires pour les usagers.

Ces conditions d’applicabilité doivent être distinguées des conditions de fond de mise en œuvre de 86§2.

Il ne suffit pas de dire qu’il y a SP pour échapper aux règles de CRC, il faut ensuite, qu niveau de la mise en œuvre, passer 2 tests habituels en DC : *Nécessité* et *Proportionnalité*.

La dérogation aux règles de crc devra être nécessaire pour l’accomplissement des mission et devra être proportionné.

A l’heure actuelle, 86§2 pose des pb en mat d’aides d’Etat car en ce qui concerne l’application des PAC (81 et 82), son domaine d’application a été limité du fait de l’intervention des directives sectorielles aménageant l’ouverture à la concurrence dans des secteurs tels que l’énergie, transports, poste…

Depuis L’arrêt Ferrring CJCE 01 : Controverse en mat d’aides d’Etat.

En Mat de PAC, 86§2 joue comme une exemption.

En mat d’aides d’Etat, on est obligé de notifier l’aide à la commission. Si on ne notifie pas, celle-ci est illégale : n’importe quel concurrent peut s’adresser au juge national, constater la mesure accordée, et le JN devra ordonner le remboursement de l’aide. En Fce, contentieux contre la poste car des entreprises concurrentes considéraient que la poste bénéficiait d’aides illégales. En 95, le TPI a dit qu’on était en présence d’aides (donc il faut notifier) même si sur le fond, l’aide pouvait être déclarée compatible avec 86§2.

Revirement en 2001 : CJCE Ferring, la CJCE adopte un raisonnement différent en considérant que si l’avantage est justifié au regard de 86§2, il n’y a pas aide au sens de 87§1 et il n’y a donc pas obligation de notification.

Il n’y aura aide que pour les avantages qui ne sont pas justifiés par l’accomplissement de SP…(nécessité et proportionnalité)

Actuellement, il y a 2 affaires pendantes devant la CJCE, on attend ses réponses.

La Fce est favorable à Ferring car ça lui permettrait d’éviter de notifier toutes les aides et avantages accordés aux entreprises pques en Fce.

Si du côté CE, le txt pertinent est 86§2, en Dt Fçais, on a pas l’équivalent de 86§2, ce qui est paradoxal et on a pas profité de la réforme de l’ordonnance pour introduire ce motif d’exemption. On se sert donc de l’ancien art 10§1 de l’ordonnance devenu L420-4 qui prévoit une exemption pour les PAC qui sont justifiées par l’aplication d’un texte législatif ou réglementaire (pris pour l’application d’un txt législatif).

On a repris ce texte mais on aurait pu le supprimer car il est paralysé par le DC quand celui-ci est applicable et qu’en plus, le ccrc en fait une interprétation si restrictive qu’il n’est jamais appliqué et accordé en pratique.

**TITRE 2 : LE CONTROLE DES CONCENTRATIONS.**

En Europe, on trouve les premières dispositions en la matière dans le traité CECA dans lequel l’art 66§1 à §5 mettait en place pour la 1ere fois un syst d’autorisation préalable.

Pkoi dès 51 on a mis en place ce syst alors qu’il n’existait dans aucun E-mbre ?

Car ce secteur était déjà fortement concentré et on voulait conserver un dt de regard sur les concentrations ultérieures.

CECA a expiré en Juillet 2002.

Le qualificatif de dt de 2è génération demeure vrai pour le dt de la CE car ds le traité de Rome, il n’y avait pas de dispositions et il a fallu attendre le 1er électrochoc : l’arrêt Continental Can de 73 pour que le ppe d’un contrôle spécifique du Contrôle des concentrations soit admis.

Après cet arrêt, la commission a déposé une proposition de règlement qui, pour des raisons pol, a fait l’objet de vives résistances. Il n’a été adopté que 16 ans plus tard, en decembre 89.

C’est l’acte unique européen de 86 et le 2nd électrochoc American Tobacco de 87 aui ont finalement permis l’adoption du règlement communautaire.

Le contrôle des concentrations n’est plus contesté dans son ppe, on s’interoge sur son amélioraztion mais c’est tout.

Le règlement a été modifié une seule fois en 97 et est a nouveau en cours de révision. A la suite d’un livre vert de dec 2001, la commission a déposé en dec 2002 ses propositions de modification sur lesquelles on reviendra.

Pkoi le règlement n’est plus contesté dans son ppe ?

Car il y a un consensus quasi universel sur l’opportunité et la nécessité des contrôles des concentrations.

Cela n’a pas toujours été vrai car au seil de l’UE, c’est finalement l’arrêt continental can qui a été à l’origine de l’institution de contrôles nationaux de concentrations.

En Agne et GB, en 73, le contrôle national a été mis en place.

En Fce, il a fallu attendre la loi de 1977. A l’époque, il a été avancé que c’était pour bloquer l’adoption d’un règlement CE que les E-mbres adoptaient des contrôles nationaux.

En Fce en tout cas, le contrôle est resté ineffectif pendant 10 ans et n’a été appliqué qu’au moment ou le contrôle CE entrait en vigueur (90).

L’entrée en vigueur du règlement CE a coïncidé avec une augmentation du contrôle des concentrations et avec un dvt important des contrôles nationaux.

Auj, à part le Luxembourg, tous les E-mbres ont un contrôle national des concentrations qui fonctionne effectivement.

Soit ce contrôle a été adopté dans la foulée du règlement CE (pays nordiques), soit il a fait l’objet ces derniers mois d’une réforme d’ensemble pour le rapprocher/aligner sur le contrôle communautaire.

Ainsi, le contrôle Alld a été révisé en 99, le GB a été révisé en 2002, le Fçais a fait l’objet d’une réforme majeure du 15 mai 2001 (NRE).

Le phénomène européen peut être constaté au niveau mondial : En 90, il y avait moins de 10 contrôles dans le monde (US…), en 2001, on constatait plus de 60 contrôles dans le monde.

Ce n’est pas neutre car toutes ces législations ont un point commun : elles sont récentes, techniques et le contrôle des concentrations est un des domaines ou le phénomène de convergence est le plus notable :

- Convergence technique : les contrôles sont administratifs et surtout fondés sur un syst de notification préalable. En Europe, on est en présence d’un contrôle a priori qui impose aux entr de notifier leurs opérations.

L’opération ne peut pas être réalisée tant que l’autorité compétente n’a pas donné son feu vert.

La logique du contrôle des concentrations est tout a fait différente de celle des PAC car les raisons de l’intervention ne sont pas les même.

PAC : On intervient car on juge les comportements nocifs pour la communauté.

Concentrations : La logique est inversée, on est favorables aux concentrations mais on veut contrôler les excès.

Logique différente car en mat de PAC, on s’intéresse a des comportements alors qu’en mat de concentrations, on vise un contrôle des structures et on a donc tendance a considérer qu’il faut agir de manière préalable plutôt qu’à posteriori (la déconcentration poserait en effet de multiples pb !).

Similitudes : La notion de marché, les notions d’atteinte à la concurrence, de position dominante et éventuellement de bilan économique.

Cependant, ces notions seront utilisées dans une optique et dans un cadre différents.

**Sous-titre 1 : Le cadre institutionnel et procédural.**

Ce cadre, on le trouve développé dans les textes pertinents :

En DC, il faut prendre en compte, en dehors du règlement « cadre » de 89, le règlement d’application (on en est à la 3ème version) du 2 mars 98 (447/98).

Ce règlement d’application est important car y figure en annexe le formulaire de notification.

Ces textes ont été précisés par des communications qui ont été pour certaines modifiées :

- Communications (4) du 2 mars 98 sur le domaine du contrôle.

- Communication de 97 commune au dt des PAC sur le marché.

- D’autres sur la procédure, l’accès au dossier…

Depuis qq mois, il faut ajouter  en matière procédurale:

- Communication de 200 instituant une procédure simplifiée.

- Communication de 2001 sur les mesures correctives.

- Communication sur les restrictions accessoires qui remplace la dernière communication de 90 non modifiée.

En ce qui concerne le dt Fçais, le contrôle des concentrations depuis la recodification du Ccce fait l’objet du titre 3 du livre 4 (NRE 15.5.01) complété par le décret d’application du 20.4.92.

C’est en annexe de ce décret de 92 qu’on trouve le formulaire de notification français.

Les anciennes prises de position de la DGCCRF étant devenues obsolètes, celle-ci a publié en dec 2002 un projet de lignes directrices explicitant l’ensemble du contrôle français des concentrations.

Les autorités Fcses imitent les autorités communautaires en permettant aux pro de faire des observations entre le projet et l’adoption.

C’est dans cet ens de textes qu’on trouve les précisions relatives au domaine du contrôle (Chap1) et à la procédure de contrôle (Chap2).

**Chapitre1 : Le domaine du contrôle**

La problématique est la mê en Dt Fçais et en dt CE.

1è condition : Les règles ne s’appliquent qu’aux opérations d concentration (il faudra les définir).

Si on se limitait a cette 1ère étape du raisonnement, les autorités seraient automatiquement submergées par les notifications. Comme on ne peut pas tout contrôler, il faut décider quelles opérations seront soumises à contrôle : On fixe des seuils qui vont déclencher le contrôle.

**Section1 : DF des opérations de concentration**

Poss parralèle avec le dt des ententes : La concentration est bilatérale, elle contient au – 2 parties.

Quelles parties ?

**§1 : Les parties.**

Ce sont des entreprises, on retrouve la définition habituelle de l’entreprise avec cette nuance qu’en mat de contrôle des concentrations, on a pas de pb de frontières ! (pas de débat sur l’activité éco ou non car il y a forcément activité éco si on se concentre).

Il y a cependant 2 pb : la forme juridique de l’entreprise et le secteur d’activité de l’entreprise.

**A. La forme juridique de l’entreprise**

Pour qu’il y ait concentration, il faut que les entreprises en causes soient dotées de la PM sinon, le pb ne se posera pas.

On retrouve les ppes classiques de dt des PAC :

- Indifférence de la nature pque ou pvée .

- En plus de la PM, il faut être autonome sur le plan éco : les concentrations intragroupe échappent au contrôle (ce sont des opérations de restructuration interne). Cela résulte de la lettre des textes (art 3 du règlement CE).

**B. Le secteur d’activité**

Il faut distinguer DC et Dt Fçais car les termes du débat ne sont pas les mê.

**1. En DC**

On avait jusqu’en Jt 2002 un régime spé pour les entre relevant de=u charbon et de l’acier avec des règles qui étaient propres aussi bien sur le fond que sur la procédure.

En 98, la commission avait indiqué qu’elle suivrait pour les concentrations CECA la mê procédure que pour les concentrations de dt commun.

Aujourd’hui, les entreprises CECa sont soumises au même régime que les entr de dt commun.

Le règlement CE a une portée Gale : aucun secteur n’est exclu.

Il n’y a pas notamment d’exclusion des services financiers.

Pour les banques et les Cies d’assurance, on trouve qq règles particulières mais celles-ci ne remettent pas en cause l’applicabilité et l’application du règlement aux opérations de ce secteur.

Il faut mentionner que pour les activités militaires, il est poss à un E-mbre d’invoquer l’art 296CE (ex 223) pour s’opposer au contrôle des concentrations.

Le pb apparu est qu’il est rare que des entr interviennent uniquement dans le secteur militaire (ex : Thompson a aussi des activités civiles pour les mêmes biens : radars…).

La Fce invoquait systématiquement cet art. La commission acceptait de ne pas contrôler quand l’opération portait uniquement sur l’activité militaire mais contrôlait les parties civiles.

Auj, les Etats n’invoquent plus ce texte.

**2. En Dt Fçais**

Les données sont différentes. On adore les régimes spécifiques et avant la généralisation des contrôles des concentrations, on avait mis en place des syst de contrôle dans certains secteurs pour des raisons autres que la concurrence (ex : secteur audiovisuel ou bcaire). Ces syst sont soit antérieurs au contrôle des concentrations (loi de 77) soit postérieurs mais antérieurs à l’ordonnance de 86.

Ds le cadre de ces régimes, c’est à une autorité sectorielle qu’à été confié le respect des exigences impérieuses d’IG (ex : protection de la pluralité des médias : le CSA).

Ces régimes spécifiques n’ont pas posé de pb pdt longtemps mais quand les contrôles des concentrations sont devenus effectifs, il y a eu des pb.

Quand c’est dans le cadre CE, le secteur n’entraîne pas de csq, mais poir les op° internes, on s’est demandé s’il fallait maintenir ces régimes spé dont l’objectif n’est pas le maintien de la concurrence.

Aujourd’hui, on a mal résolu le pb dans la loi NRE du 15 mai 2001.

Normalement, le contrôle Fçais des concentrations a vocation à s’appliquer à l’ens des secteurs (L410-1 = toutes les activités…) mais il y a les textes antérieurs !

On a donc fait du bricolage (ex : lors de la réforme de l’audiovisuel en 2000, on a transféré le contrôle des concentrations au ccrc. Pb : c’est le ministre qui est compétent et non le ccrc !!! On a donc modifié : le secteur de l’audiovisuel est désormais soumis au droit commun. Le CSA conserve cependant ses autres rôles).

Ce qu’on a fait pour l’audiovisuel, on ne l’a pas fait pour les autres, notamment pour la loi de 84 sur le secteur bancaire.

Il y a donc une bagarre au sein du ministère de l’éco pour savoir si les concentrations du secteur bcaire sont soumises ou non au dt commun (titre 3 du livre 4).

La DGCCRF dit oui : pas de régime spé pour les banques.

La direction du trésor dit non : C’est le CECEI et la commission bcaire qui sont seuls compétents pour contrôler les concentrations. On devrait avoir bientôt une réponse avec la fusion crédit lyonnais/crédit agricole car il faudra trancher.

Idot : On devrait appliquer le régime de dt commun à l’ensemble des secteurs car seules les autorités de concurrence doivent veiller au maintien de la concurrence (et pas les sectorielles).

**§2. La notion de concentration**

CE : Art 3 du règlement. (La Fce s’est alignée/ a recopié partiellement l’art 3 du règlement à l’art L430-1).

Que retenir de cet art 3 ?

En Gal, on a une définition assez large de la concentration qui est fondée sur la notion de contrôle.

Cette DF peut malgré tou poser qq problèmes dans les situations qui ont évolué avec le temps.

On verra les ppes puis les situations à pb.

**A. Les principes**

L’A3 du règlement dit qu’une opération de concentration est réalisée dans 2 hyp : quand 2 entr anciennement indep fusionnent, soit lorsqu’il y a acquisition du contrôle.

On a donc 2 définitions :

- Une sur le moyen utilisé (la fusion)

- Une sur le résultat de l’opération (acquisition du contrôle).

Cette double définition n’est qu’apparente car dans les 2 cas c’est l’acquisition du contrôle qui est déterminante et qui permet de dire qu’il y a concentration, peu importe les techniques juridiques pour parvenir a ce résultat.

Les techniques, variées, relèvent du dt des soc : fusion, prise de participation, cession de bloc de contrôle…

La seule chose qui intéresse les autorités de crc est de savoir s’il y aura a la fin acquisition du contrôle.

- Contrôle (A3§3 règlt) =  « Poss d’exercer une influence déterminante sur l’activité de l’entreprise ».

**B. Les difficultés de mise en œuvre**

**1. 1ère difficulté : que faire en cas de contrôle commun**

Le contrôle peut être exclusif mais il peut y avoir contrôle commun : pb des filiales communes.

Il a toujours été admis que ces filiales avaient un statut ambigu en dt crc.

50% des opérations de concentration se font par le biais de telles entreprises. Mais elles servent aussi a déguiser des ententes entre entreprises.

On est donc partagés dans la qualification entente ou concentration a donner aux entreprises communes !

Ainsi, en DtFçais, le min/éco considérait que toutes les entreprises communes étaient des concentrations (normal, il les contrôle). Le ccrc considérait le contraire.

Aussi, en DC, on analysait plutôt les filiales communes sous l’angle de 81, comme on le faisait avant l’adoption du règlement.

Les solutions évoluent avec le temps. On l’a vu aussi bien en DC qu’en Dt Fçais plus récemment.

- En DC, le pb de la qualification des filiales communes s’est posé quand le règlement est entré en vigueur.

Dans la 1ère version du règlement, la définition des filiales communes dites concentratives était assez stricte.

Pour que la filiale commune relève du contrôle des concentrations, il fallait :

- Qu’il y ait contrôle commun (**TPI 94 Air Fce**).

- Que l’on soit en présence d’une « full fonction enterprise » (entr commune de plein exercice = une entreprise capable d’agir de manière autonome sur le marché et qui présente une certaine durée).

Ce critère était structurel mais ce n’était pas suffisant.

- Que la filiale commune ne puisse pas permettre aux sociétés mères de coordonner leurs comportements anticoncurrentiels. On considérait que cette condition n’était pas remplie lorsque les 2 soc/mères étaient concurrentes sur le même marché. Ex : L’entreprise commune Ford/Volkswagen pour la fabrication d’un monospace. La filiale commune avait donc été examinée au titre de PAC et non de concentration.

Cependant, la mise en œuvre de cette règle a suscité en pratique de multiples difficultés !

Ds bcp de cas, on ne savait pas si c’était une entente ou une concentration.

C’est pourquoi lors de la réforme de 97, ce point a été le plus important. On a décidé d’élargir le nb d’hyp dans lesquelles les entr communes seraient soumises au contrôle des concentrations et on a supprimé la dernière condition : Depuis 98, toutes les entreprises communes de plein exercice sont soumises au droit communautaire.

Depuis cette réforme, il n’y a quasiment plus de discussions sur la qualification des entreprises communes en DC.

En revanche, en Dt Fçais, il y a eu jusqu’en 2001 (loi NRE) une opposition entre le min/éco et le ccrc.

Le min/éco mettait toutes les entr communes dans le domaine des concentrations et le ccrc se ralliait à la position du DC. Le ccrc avait reçu le soutien du Conseil d’Etat dans l’affaire CORA.

Ce n’était pas très satisfaisant et dans le nouvel art L430-1 de la loi NRE, on a décidé de s’aligner sur la définition CE : Les entreprises communes de plein exercice relèvent du contrôle des concentrations.

On a cependant pas résolu toutes les difficultés !

**2. 2ème difficulté : le contrôle doit il etre exercé pour parler de concentration ?**

La Q est d’une imp pratique considérable car dans les gdes entr, bcp de participations sont détenues par des bques, des fonds de pension, des Cies d’assurance…

Ds le txt CE, cette hyp a été prévue dans l’art 3§5 : « Il n’y a pas concentration s’il n’y a pas exercice effectif u contrôle ». Ainsi, on peut dire qu’en cas de contrôle détenu par une bque, il n’y a pas de concentration.

L commission s’est expliquée dans une communication de 98 sur la notion de contrôle mais cette communication ne correspond plus tout à fait à la réalité. LA pratique est maintenant différente : les op° réalisées par des fonds d’investissement sont systématiquement soumis au contrôle des concentrations.

C’est dans le projet de lignes directrices Fçais qu’on trouvera les dvt les plus détaillés sur ce point.

**3. 3è difficulté : Hypothèses de contrôle échelonné dans le temps**

Ex : si on grignote le capital d’une entreprise, on a 10% au début, puis 15%...jusqu’à acquérir le contrôle.

Dans ces cas, y a-t-il concentration (il y a risque de fraude)?

Cette Q a été envisagée dans le règlement CE (art 5) : On considérait que sur une période de 2 ans, il fallait globaliser les opérations.

La comission a indiqué dans son livre vert que ces mesures n’étaient pas suffisantes. Elle propose sur ce point de s’expliquer dans la future version du règlement.

Si la proposition est adoptée telle quelle, on aura un § explicitant de manière détaillée comment appréhender ces opérations qui s’échelonnent dans le temps.

Dans l’ensemble, depuis qu’on a réglé la Q des entreprises communes, il n’y a plus trop de débats autour du contrôle des concentrations.

**Section2 : Les seuils de déclencheent du contrôle**

Définis en DC à l’art 1 du règlement.

Celui-ci définit ce que l’on appelle un opération de dimension communautaire.

En Dt Fçais, les seuils sont déterminés à l’art L430-2 et si on fait le parallèle avec le DC, on peut parler de « dimension Fcse d’opération de concentration ».

Il y a eu des débats autours de ces seuils : débats techniques et débats politiques car ces seuils ont une fonction politique de répartition des compétences.

**§1. La fonction des seuils.**

Les seuils ont une vocation de répartition des compétences.

Ils jouent à l’intérieur de l’UE mais aussi dans les rapports avec les Etats tiers.

**A. A l’intérieur de l’UE**

L’art 1 du règlement permet de dire si la concentration est à dimension communautaire ou non.

Si oui, elle relève du seul contrôle CE, les autres relèvent en ppe des dts nationaux.

**1. Les opérations de dimension CE**

Le ppe, pour ces opérations, est simple (rappelé à l’art 21§2 du règlt) : Le règlement est seul applicable en ppe.

Cela emporte 2 conséquences :

Une sur le terrain du dt substantiel : la concentration sera appréciée au regard des seuls critères du DC.

Une csq procédurale : La commission dispose d’une compétence exclu pour appliquer le règlement.

Ce ppe connaît une dérogation : Il peut y avoir exception et transfert de compétence au profit des E-mbres.

Le règlement prévoit en fait 2 procédures de dérogation :

- La procédure de « renvoi » (art 9 Règlt).

Dans ce cas, 1 ou plusieurs E-mbres peuvent demander le renvoi à la commission s’ils considèrent que les op° auront des conséquences spé sur leur marché national.

Cette procédure a été modifiée en 1997 et va être a nouveau modifiée en 2003.

En ce qui concerne les conditions du renvoi, celui-ci est subordonné à des conditions de fond (marché national susceptible d’être identifié comme un marché distinct…) et a des conditions de forme (il doit être demandé par l’E mbre).

Cependant, la commission n’est pas obligée d’accepter le renvoi. Sa pratique a considérablement évolué : elle renvoie systématiquement aujourd’hui (car elle est submergée). C’est parce que l’art 9 n’envisage qu’un renvoi total de l’affaire alors qu’en pratique, on a mis en place des renvois partiels.

Ex : L’affaire carrefour/promodes. La Fce et l’esp ont demandé le renvoi. La commission a accepté et donc les autorités Fcsesont examiné la partie Fcse de la concentration et idem pour les esp. La commission a examiné le reste de l’opération. On avait donc 3 décisions au final.

Ca pose 2 pb :

Qd il y a renvoi, celui-ci se fait en application du droit national : l’opération renvoyée est examinée au regard du dt national (règles de procédure et règles de fond).

Pbs : On aura des pb pratiques d’articulation des calendriers car tous les contrôles des concentration sont soumis à des délais, qui sont différents dans les dts nationaux. On aura aussi des critères divergents d’appréciation !

Cependant, les E-mbres sont très contents de cet article 9 : On va tenter de le modifier mais surtout pas de le supprimer.

- 21§3 : Poss d’intervention pour protéger des intérêts nationaux autres que concurrence.

Cet art n’a quasiment pas posé de pb, il justifie par ex que des autorités sectorielles puissent intervenir pour protéger des intérêts comme la pluralité des médias…

Ainsi, si on est une entr audiovisuelle, il faudra avoir 2 feux verts : celui du ccrc et celui du CSA.

En 2000, ds une affaire de concentration bcaire au porti=ugal, il y a eu pb : les autorités portugaises ont voulu s’opposer à une opération pourtant acceptée par la commission.

Finalement, le Portugal a cédé avant que la commission ne renvoie à la CJCE.

**2. Les opérations de concentration qui ne sont pas de dimension communautaire.**

Si la concentration n’est pas de dimension communautaire, les dts nationaux sont alors applicables (ce ppe connaît un tempérament).

LE PRINCIPE

Chaque E mbre de l’UE est libre de déterminer quelles sont les concentrations qu’il soumettra à son contrôle.

En Fce, il faut se reporter à l’art L430-2 Code de cce qui détermine les seuils du contrôle français des concentrations.

Mais dans des cas relativement fréquents, il se peut qu’une même opération relève de plusieurs droits nationaux.

On est en présence de législations de droit public, on ne va donc pas chercher a désigner comme en Dipv la loi jugée la plus appropriée

Toutes les législations qui revendiquent leurs compétences ont vocation à s’appliquer.

Il y aura alors application cumulative des lois nationales.

On appelle ça les hypothèses de pluri notifications. Elles présentent des inconvénients (risques de solutions divergentes…).

Depuis l’an dernier, on se demande bcp comment les appréhender au sein de l’UE.

L’une des solutions proposée il y a 1 mois consiste à utiliser davantage que dans le passé le tempérament prévu à l’article 22§3 du règlement.

TEMPERAMENT

Ce tempérament résulte de 22§3 qui prévoit qu’une concentration qui n’est pas de dimension communautaire peut exceptionnellement etre examinée par la commission sur la base du règlement (dérogation au ppe de guichet unique).

Cet article est souvent appelé la clause néerlandaise car au moment de l’élaboration du règlement, ce sont les NL qui en ont demandé l’insertion.

En effet, à l’époque, les NL et certains autres E mbres du nord de l’UE n’avaient pas de contrôle national des concentrations et c’est pourquoi ils souhaitaient que la commission puisse intervenir si de petites opérations a priori risquaient de poser de sérieux problèmes.

Ce sont les NL qui ont les premiers utilisés cet article dans une opération d’audiovisuel **Veronica Endemol**.

L’art 22§3 a montré son intérêt car la commission est intervenue à la demande des PB et l’opération a été interdite car elle posait de gros pb de concurrence.

C’est ensuite la finlande (qui n’avait pas non plus de contr$ole national) qui a utilisé cette clause pour une opération dans le secteur de la gde distribution (**Kusko**). Les craites finlandaises étaient également fondées car l’opération a été interdite.

Le TPI a validé l’utilisation de cet article dans 2 arrêts : **99 Endemol** et **99 Kusko**.

A l’origine, les conditions requises pour faire jouer 22§3 étaient assez strictes : seul un Etat membre pouvait faire la demande.

Des assouplissements ont été introduits lors de la réforme de 1997 et on a permis une demande conjointe de plusieurs Etats mbres.

Ces derniers mois, plusieurs E mbres (Fce, Agne…) ont utilisé d’utiliser 22§3 dans des opérations donnant lieu a des pluri notifications.

Plutot que d’avoir plusieurs contrôles nationaux, l’affaire a été d’un commun accord renvoyée à la commission.

Finalement, tout le monde est content de ce système.

Proposition de nouveau règlement de dec 2002, la commission propose un nouvel assouplissement : L’utilisation de 22§3 pourrait être également demandé par les parties notifiantes.

Cette clause néerlandaise a changé de finalité.

Au début, elle servait a combler les lacunes des dts nationaux mais maintenant, tous les E ont un contrôle national (sauf le lux). 22§3 sera donc utilisé comme un moyen de remédier aux pluri notifications.

Si les seuils jouent un rôle de répartition à l’intérieur de l’UE, ils jouent également un rôle de répartition des compétences dans les relations aves les pays tiers.

**B. Role de répartition avec les pays tiers.**

Qd on raisonne avec les pays tiers, les données sont les memes qu’il s’agisse des dts nationaux ou du dt Fçais.

En Dt national, les seuils utilisés jouent comme un critère de revendication de compétence, un élément de rattachement. Cela entraîne des conséquences.

**1. Le constat : Les seuils sont des éléments de rattachement en dt international, des législations**

Pour une autorité (nationale ou CE), dès qu’une opération de concentration franchit ses deuils, le contrôle est applicable quelle que soit la nationalité des entreprises parties à l’opération de concentration et le lieu ou l’on peut localiser l’opération de concentration.

Qd on regarde la pratique décisionnelle, on constate qu’on sépare les opérations en 3 gpes :

Les opérations internes (entreprises nationales localisées sur le ter national ou entreprises CE localisées sur le terr CE).

Les opérations mixtes (une entreprise nat° ou CE et une entr ext).

Les opérations véritablement internationales (qui interviennent entre 2 entr étrangères).

En DC, certaines décisions concernant des opérations véritablement internationales ont fait beaucoup de bruit (ex : Boeing-Mc Douglas 97: 2 entreprises US). Plus récemment, en 99 General electric Honeywell : 2 entreprises US. Le contrôle CE avait eu lieu en raison du franchissement des seuils.

Le franchissement des seuils comme elt de rattachement a été débattu devant le TPI qui s’est prononcé dans l’arrêt Gencor en 99.

Dans cette affaire, une concentration entre 2 entreprises sud africaines.

L’opération avait été approuvée entre les opérations sud africaines mais a été interdite par le TPI.

Les entreprises ont formé un recours et ont contesté l’application du DC (application extraterritoriale selon eux).

L’argumentation a été rejetée par le TPI qui a admis la légitimité de la revendication de compétence du DC en constatant que cette technique du seuil était une variante de la th des effets et que les seuils a franchir étaient si importants que les effets de l’opération devaient être considérés comme *substantiels et prévisibles*.

On peut constater les mê données en dt Fçais.

En dt Fçais, on a pas de gd arrêt comme Gencor mais le conseil de la concurraence, dans certains avis concernant soit des opérations mixtes ou véritablement internationales, le ccrc a dit que le seuil franchissement des seuils suffisait a justifier l’applicabilité du contrôle indépendemment de la nationalité des entreprises et du lieu de l’opération.

2 avis :

- Pour une opération mixte, Avis 2000 A26 concernant une filiale britannique de St Gobain.

- Affaire Boeing-Geppesen, Avis de 2001 concernant une opération 100%US.

Quelles sont les conséquences ?

**2. Conséquences pratiques.**

Il y en a 2 :

- La manière dont on calcule les seuils en utilisant la notion de groupe de soc permet de déclarer des contrôles applicables alors que l’opération est manifestement localisée à l’extérieur et qu’elle a un faible impact concurrentiel.

Ex : En DC, à propos de la création de filiales communes dans des pays tiers entre des sociétés mères CE.

Dès 1994, dans le règlement d’application (dans la version 94 du formulaire de notification), la commission avait prévu une notification simplifiée pour ces entreprises communes extérieures ayant a priori peu d’impact sur le marché commun.

Cet allègement du formulaire de notification a été confirmé en 1998 qd on a a nouveau repris le règlement d’application et le formulaire en annexe.

Le ppe d’une procédure simplifiée a été confirmé en Jt 2000 dans la communication relative à la procédure simplifiée.

Le premier cas visé par les communication est le cas des entreprises communes extérieures à la CE et ayant un faible CA à l’intérieur de l’union.

- Au niveau mondial, comme toutes les législations nationales sont déclarées applicables selon les mê méthodes, on assiste a une multiplication des pluri notifications.

Dans certaines gdes opérations de concentrations (ex : Une affaire avec Coca : on a du vérifier 120 législations, Une affaire Rhone poulenc a atteint une 50aine de notification).

C’est un pb extrêmement important et c’est l’un des sujets sur lequel travaillent le plus en ce moment les autorités de concurrence lorsqu’elles se réunissent.

En dehors de la coopération bilatérale (ex : US/CE) qui a été renforcée en matière de concentrations (en oct 2002, en dehors de l’accd de coopération, les autorités US et CE se sont mises d’accord sur un guide de bonne pratique). La Q des pluri notifications est examinée dans l’OCDE et L’International Competition Network (l’org qui regroupe plus de 80 autorités de crc dans le monde).

Cependant, dans le niveau mondial, il est exclu d’aboutir à un syst de guichet unique !!!

**§2 Le contenu des seuils**

S’il appartient aux différents législateurs de déterminer unilatéralement les seuils, ce sont les entreprises et les autorités de crc qui vont procéder au calcul.

**A. La détermination des seuils**

D’1 pt de vue technique, quand un législateur met en place un contrôle des concentrations, il doit opérer des choix pour savoir s’il va utiliser des seuils en CA ou en PM, et doit opérer un 2nd choix pour déterminer s’il mettra en place un syst de seuil unique, cumulatif, ou alternatif.

On s’achemine aujourd’hui vers des solutions convergentes :

- Les seuils en CA sont beaucoup plus opérationnels au stade de l’applicabilité du contrôle.

- On s’oriente vers des systèmes de seuils cumulatifs en CA car on ne peut pas s’appuyer sur un seul seuil.

**1. Au niveau communautaire**

Dès l’origine (1989), le législateur CE a opté pour un syst de seuil cumulatif en CA.

Mais les données ont évolué car depuis 97, on a 2 systèmes de seuils hiérarchisés :

- L’art 1§2 du règlement définit les seuils permettant de déterminer si la concentration a ou non une dimension communautaire. Ces seuils n’ont pas été modifiés depuis l’adoption du texte.

- Depuis la réforme de 97, il y a une 2ème série de seuils (1§3) qui jouent à titre subsidiaire si 1§2 ne peut pas trouver à s’appliquer.

LA DEFINITION ORIGINAIRE DE LA DIMENSION COMMUNAUTAIRE (1§2).

Elle repose sur 3 seuils cumulatifs. Chacun de ces seuils joue un rôle bien déterminé.

- Le « seuil ppal » cherche a appréhender l’importance globale de l’opération. Il est le plus élevé et est calculé par rapport à l’ensemble des entreprises (5.000.000.000 €).

- Le « seuil de minimis » a une autre fonction : il sert à rattacher la concentration au territoire CE. Il est apprécié individuellement par rappt à chacune des entreprises parties : Chacune doit réaliser au moins 250.000.000€ sur le territoire CE.

- Le « seuil de transnationalité » a pour but de faire échapper au DC des opérations essentiellement nationales.

Il est formulé de manière négative : échappent au contrôle CE les opérations lorsque les 2 entreprises réalisent toutes les 2 plus des 2/3 de leur CA dans un seul et même E mbre.

Ces seuils ont été fixés en 89 à un niveau élevé pour des raisons politiques (la commission aurait a l’époque voulu des seuils plus bas).

Il y a eu une première révision en 96 qui a abouti à la réforme de 97.

Les E mbres ont refusé une modfication de l’article 1§2 mais ont accepté, pour diminuer les pluri notifications, d’ajouter un art 1§3 avec une définition subsidiaire de la dimension communautaire.

1§3 parait compliqué car il repose sur 5 seuils cumulatifs :

On part de la version originaire (3 seuils) : Le seuil de trans nationalité ne bouge pas, les seuils ppal et de minimis sont tous les deux abaissés à peu près de moitié : 2,5 Milliards pour le seuil ppal et 100 Millions pour le seuil de minimis.

Si on s’était arrêtés à ces 3 seuils, 1§2 ne servait plus a rien.

Les 2 derniers seuils sont calculés dans au moins 3 Etats mbres :

Un seuil est calculé globalement par rappt aux entreprises parties : 100.000.000€ CA

Un autre concerne chacune des entreprises et est calculé à 25.000.000€.

Ces 2 seuils ont pour but d’éviter les pluri notifications.

1§2 perd-il son intérêt ? Non, en pratique, c’est 1§3 qui est peu utilisé.

Dans la proposition du mois dernier, on maintient finalement cet art 1§3 et pour régler le pb des pluri notifications, on renonce à aménager la dimension communautaire.

**2. Au niveau français**

Les données ont considérablement augmenté à la suite de la réforme du 15 mai 2001.

Avant, on avait un syst de seuil alternatif : un seuil en CA (7 Milliards) ou un seuil en PM (25% du marché Fçais).

Le seuil en CA avait perdu tout son intérêt quand est entré en vigueur le règlement CE sur les 5 milliards !

Le seuil restant, en PM, posait des pb car on a du mal a délimiter les marchés.

Avant la notification préalable, c’était pratique, quand on ne connaissait pas sa PM, on faisaiot l’opération et on attendait que le ministre se réveille.

Donc, en 2001, on s’est ralliés à un syst de seuils cumulatifs en CA (L430-2).

Il est très simple : On a 2 seuils cumulatifs : Un qui a pour obj d’apprécier la dimension globale (150Millions d’Euros) et un 2nd seuil qui a pour fonction de rattacher la concentration au territoire Fçais : Chaque entr doit réaliser 15 Millions d’€ en Fce.

Ces seuils sont extrêmement bas : Les autorités de contrôle sont débordées !!

A l’origine, les seuils devaient être fixés par décret (ce qui aurait permis une réadaptation) mais les parlementaires n’ont pas voulu. Résultat stupide : On ne peut plus s’adapter rapidement. Il faudra une modification législative.

**B. Le calcul des seuils**

C’est essentiellement technique, les juristes ne s’en chargent pas.

Il y a eu très peu de contentieux.

1 seul arrêt en DC : **Air Fce 1994** : On s’est posé une question de dt civil avec le jeu d’une condition.

Il y a 2 q qui se posent :

- L’identification des sociétés

- Le mode de calcul.

L’IDENTIFICATION DES SOCIETES

En mat de contrôle des concentrations, tant en DC qu’en DF, on se réfère à la notion d’ « entreprise concernée ».

Cette identification des entreprises concernées est fondamentale.

Elle donne lieu a une communication de la commission.

@Les entreprises concernées ne sont pas nécessairement les mê selon les seuils que l’on calcule.

@Une fois identifiée l’entreprise concernée, on raisonne majoritairement en utilisant la notion de gpe de soc (Art 5§4 du règlement CE).

En Dt Fçais, les autorités ont décidé de s’aligner sur les méthodes de raisonnement du DC et dans le projet de lignes directrices de décembre 2002, la DGCCRF dit qu’elle se réfère à la communication.

LE MODE DE CALCUL

En Dt Communautaire, le calcul du CA est déterminé à l’art 5 du règlement et a été précisé par une communication sur le calcul du CA (2 mars 98).

On trouve dans ces textes des elts concernant l’année de référence, les méthodes comptables à utiliser, l’affectation géo du CA…

Il faut ajouter qu’en DC, existent des règles spé pour les services financiers (bques et assurances

**FIN DE COURS MANQUé**

Notification d’examen est encadrée.

En effet, la notification fait courir les délais, ce qui est très imp en mat de concentrations car toute la procédure est enfermée dans des délais très stricts et sinon, la concentration est réputée autorisée.

Le calcul des délais fait l’objet de calculs précis.

Dans une perspective plus générale, ces fameux délais courent uniquement à compter du jour ou la notification est jugée complète. Cette pratique est apparue en 94 (augmentation du flot des notifications).

**2. Csq de la notification pour les parties**

Cette notification est assortie d’une autre obligation : L’obligation de suspension de la concentration.

La suspension a toujours été prévue en DC à l’art 7§1 du règlement de base mais le syst mis en place en 89 était curieux : la suspension était prévue pour un délai de 3 semaines et il appartenait à la commission de proroger le délai si elle ne pouvait pas donner son feu vert tout de suite.

En 97, on a heureusement amélioré le système et le pe adopté est extrêmement clair :

La concentration est suspendue aussi longtemps que la décision de compatibilité n’a pas été accordée.

En Dt Fçais, en 01, on a adopté le même système : L’opération est suspendue aussi longtemps que le ministre n’a pas donné son accord.

Ce qui est logique dans les syst actuels (d’autorisation préalable).

Il a fallu prévoir des tempéraments et exceptions :

En DC, tempéraments et dérogations sont prévus aux art 7§3 et 7§4.

- Tempérament pour les offres publiques (elles peuvent intervenir immédiatement mais l’acquéreur des titres ne doit pas en exercer les dts de vote).

- Possibilité de demander à la commission une dérogation à l’obligation de suspension.

Il faudra que cette demande soit motivée et la commission a un pvr discrétionnaire (en pratique, si le dossier est bien monté, elle est plutôt ouverte).

En Dt Fçais, l’art L430-4 Ccce qui prévoit le ppe de la suspension est apparu au départ lacunaire puisqu’il ne prévoyait qu’une poss de dérogation demandée au ministre (équivalent de 7§4 en DC). Dans le texte de la loi, rien n’était prévu pour les offres pques.

Cette lacune a été comblée : L’art 6 du décret d’application prévoit automatiquement une dispense de suspension en cas d’achat ou échange de titres.

Conclusion : Dans les 2 systèmes, la notification fait l’objet d’une publicité qui a pour but d’annoncer le projet de concentration aux tiers (4§3 règlement DC et instauré en 2001 en Fce à L430-3 al3).

Cependant, particularité du dt Fçais : en dehors de la publicité pour les tiers (par internet essentiellement), il est prévu une information spécifique pour le conseil de la concurrence.

**Section2 : Le déroulement du contrôle.**

Il repose sur 2 phases : Une phase obligatoire qui a toujours lieu et une 2nde phase qui n’intervient que pour les opérations les plus difficiles (plus rarement).

**§1 La phase « 1 »**

Ds le système CE, la première phase de contrôle se déroule sous l’autorité de la commission.

Les fonctionnaires communautaires doivent travailler en liaison constate avec les autorités nationales (DGCCRF).

Dans le système Fçais, c’est la DGCCRF (bureau B3) qui va traiter le dossier.

**A. Le déroulement de la phase 1**

**1. La question du délai.**

En DC, la première phase dure normalement, en application de l’art 10-1 du règlement de base, 1 mois (ce délai peut être plus court dans certaines hyp : procédure simplifiée…).

Mais ce délai peut être plus long, il peut être porté à 6 semaines dans 2 hyp : Quand il y a une demande de renvoi en application de l’article 9 et, depuis 97, lorsque les parties proposent des engagements (pkoi ? Car les engagements proposés devront être vérifiés et il faudra prendre des renseignements du côté des tiers).

Ce délai est jugé un peu bref. Dans le projet de réforme, on propose de le faire varier entre 5 et 7 semaines.

On serait alors assez proches du système Fçais car le délai de 1ère phase (L430-5) varie de 5 à 8 semaines en fonction du pt de savoir si les parties ont proposé ou non des engagements et de la date de présentation des engagements.

S’ils ont été présentés en mê temps que la notification, le délai reste de 5 semaines. Sinon, on passe a 8 semaines.

Idée de base : le ministre doit avoir au moins 3 semaines devant lui pour examiner la pertinence des engagements.

**2. Que font les acteurs pendant cette première phase ?**

L’opération de concentration met en présence 3 séries d’acteurs :

- Autorités de concurrence.

- Parties notifiantes.

- Tiers.

AUTORITES DE CRC

Elles examinent le dossier de notification pour voir s’il y a ou non des pb de concurrence.

S’il est extrèmement bien fait, ça peut suffire mais les autorités auront souvent besoin de demander des info supplémentaires aux parties notifiantes.

Le plus souvent c’est informel.

Les autorités de crc peuvent a tout moment utiliser les pouvoirs d’investigation dont elles disposent (équivalent à ceux dont elles disposent en dt des PAC).

En DC, ces pouvoirs sont détaillés dans le règlement de base. En DF, c’est le jeu du titre 6 livre 4.

LES PARTIES

Elles préparent le dossier, répondent aux demandes de renseignement.

Et s’il y a des pb de concurrence, les parties peuvent alors chercher à éliminer ces pb de crc en présentant à l’autorité de crc les **engagements**.

En DC, il n’était pas prévu, contrairement au dt Fçais, que les engagements puissent être adoptés en première phase.

En 97, on a légitimé dans le texte la pratique des engagements première phase.

Ex d’engagements : Suppression de clauses d’exclusivité…

La commission s’est exprimée sur les conditions que devaient remplir les engagements dans une communication de 2001.

En phase 1, l’engagement doit éliminer TOUT DOUTE qui peut exister quant au problème de concurrence.

LES TIERS

Ils ne sont consultés en première phase que s’il y a engagement car s’ils ont été proposés, les autorités de concurrence vont être proposées à un market test : Ils vont demander aux ppaux tiers (concurrents, clients…) ce qu’ils pensent des engagements proposés.

Mais les délais sont très brefs donc on ne peut pas faire énormément de choses.

**B. L’issue de la première phase**

Cette phase 1 doit nécessairement être achevée par une décision de l’autorité de concurrence, décision de l’art 6 du règlement en DC, décision de l’art L430-5 en Dt Fçais.

Ces 2 textes mettent en place une typologie des décisions qui peuvent être classées en 2 catégories : favorables et défavorables.

**1. Les décisions favorables**

Ces décisions prennent en DC la forme de décisions en la forme simplifiée : c’est le commissaire en charge des Q de concurrence qui la prend.

En Dt Fçais, ces décisions sont de simples lettres adm.

Ces décisions sont portées à la connaissance du pc.

Il y a 2 types de décisions favorables : Les décisions simples et les décisions conditionnelles.

DECISIONS SIMPLES

Ce sont les décisions dans lesquelles l’autorité de crc constate que les atteintes à la crc ne sont pas contrôlables.

Cette première catégorie de décision tend à se faire rare car procédures de pré-notifications.

Ces décisions s’appellent des décisions « 6-1-B » (ou de « compatibilité simple ») en DC.

DECISIONS CONDITIONELLES (10% des décisions favorables).

Sont des décisions 6-1§-B aussi : décisions de compatibilité sous réserve de l’exécution des engagements proposés.

**2. La décision défavorable**

Il y en a un seul type à la fin de cette 1ère phase.

La csq est le passage à la 2ème phase.

Ce sont les décisions 6-1-C en DC.

Cela pose 2 pb :

- Quelle est la marge de manœuvre dont dispose l’autorité de crc pour passer à la 2è phase ?

- Y a-t-il un contrôle juridictionnel de ces décisions ?

L’autorité de contrôle (DC ou DF) dispose d’une grande marge de manœuvre car il n’y a pas de contrôle juridictionnel sur le passage à la 2ème phase car on considère qu’il s’agit d’un acte préparatoire (**IBM84 en DC**) ; la solution est la même en Dt Fçais.

Pour les entreprises notifiantes, il y a toujours l’épée de Damoclès du passage à la 2ème phase, ce qui peut les inciter a prendre des engagements assez importants.

Ainsi, on a des opérations très lourdes déclarées compatibles dès la 1ère phase car les engagements proposés étaient conséquents.

Les chefs d’entreprise préféraient prendre ces engagements très lourds plutôt que de passer en 2è phase.

**§2. La deuxième phase**

Elles sont très rares (10% des opérations notifiées).

Ce sont ces opérations qui théoriquement sont les plus intéressantes.

**A. Le déroulement de la 2ème phase**

On est obligés de séparer DF et DC car le système institutionnel n’est pas le même.

**1. Dans le système CE.**

Le main team case examine l’affaire. Ca pose des pb, dans la réforme, on projette d’introduire un 2ème regard sur le dossier.

En tous cas, le commissaire surveillera de bcp plus près le dossier qui par définition, pose des pb.

LE DELAI

Le délai maxi, actuellement, est de 4 mois et peut être réduit si on a réussi a éliminer les pb avant (ça arrive mais c rare) et peut être allongé si pour une quelconque raison, la procédure a été suspendue (**Affaire Schneider Legrand**).

On considère actuellement qu’il faudrait assouplir la procédure et dans le projet de réforme, on prévoit des poss d’allonger un peu la phase 2 car les pb sont sérieux par définition (on est en phase 2).

SIMILITUDES AVEC 81 et 82

A priori, quand on lit les textes, la procédure ressemble a la procédure de 81 et 82 : La commission dispose des mê pouvoirs d’investigation avec en plus le temps de les utiliser.

Mais surtout, la procédure telle qu’elle est prévue ressemble bcp a la procédure contentieuse de 81 et 82 car la commission doit envoyer aux entr notifiantes une notification des griefs, les entr vont y répondre par écrit et elles auront droit comme en matière de PAC a une audition orale.

Pour préparer leurs réponses, les entreprises ont accès au dossier de la commission.

On a l’impression que si on rentre en phase 2, on rentre dans une procédure contentieuse calquée sur 81 et 82

Cependant, en pratique, il y a des différentes sensibles entre la procédure PAC et celle-ci pour 2 séries de raisons :

- La procédure du contrôle des concentrations présente des particularités : D’une part, il y a des contraintes de délai très fortes inexistantes en dt des PAC. Et en matière de contrôle des concentrations, la protection du secret d’affaires est beaucoup plus forte qu’en droit des PAC.

La transparence est relative (car secret d’affaires).

- Par ailleurs, on peut toujours essayer de tout arranger en négociant les engagements. On est pas obligés de rester dans une logique contentieuse.

On peut les négocier dès le passage à la phase deux et si on est en mesure de proposer dès la décision 6-1-C des engagements qui paraissent recevables à la commission, on évitera l’envoi de la commission des griefs.

**2. Dans le système Français**

On va retrouver nos 2 autorités : ccrc et ministre.

La 2è phase va être séparée en 2.

La première sous phase va se dérouler devant le conseil de la concurrence car le passage à la 2ème sous phase nécessite une décision du ccrc (qui doit rendre un avis dans un délai max de 3 mois).

L430-6 Ccce : A priori, c’est la procédure PAC mais cette procédure est allégée en ce sens qu’il n’y a un seul document établi : le rapport, les délais sont abrégés…

Le ccrc rend son avis qu’il transmet au ministre. A partir de ce moment s’ouvre la 2ème sous phase (L430-7) qui est uniquement devant la DGCCRF (le ministre) avec une différence par rapport au contrôle communautaire : le dossier a été scruté par le conseil de la concurrence !

Cette 2è sous phase dure de 4 à 7 semaines car on peut présenter des engagements et le délai variera en fonction de la date de présentation des engagements pour que, comme en première phase, le ministre ait au moins 3 semaines pour examiner leur pertinence.

**B. L’issue du contrôle.**

**1. La décision finale**

LA FORME

Sur le plan formel, les règles sont plus lourdes pour les décisions phase 2 (adoptées par le collège des commissaires et publiées au JO). Elles font 50 à 80 pages donc pb de traduction. Il y a donc un an entre la décision et sa publication dans les autres langues.

En Fce, il y a 2 types de décisions : Lettres administratives ou arrêtés interministériels.

TYPOLOGIE DES DECISIONS

On distingue les décisions favorables et les défavorables.

Les favorables sont des décisions de compatibilité (8-2 en DC) simples (peu fréquent car il faut démontrer à la commission qu’elle s’est plantée en phase 1).

En Dt Fçais, L430-7 IVè, les décisions favorables prennent la forme d’une lettre administrative à la différence des décisions défavorables.

Les décisions défavorables (8-3 en DC):

- Décisions d’interdiction (rares statistiquement : 12/2000) mais il y a eu une accélération des derniers mois.

Les csq sont très importantes.

En Dt Fçais, on a une catégorie inexistante en DC : Ce sont des « décisions d’autorisation avec injonctions et prescriptions ». Ce sont donc en fait des décisions défavorables.

Ne serait il pas bon d’introduire cette catégorie en DC ?

La réforme n’en parle pas en tout cas.

**2. Les suites de la décision.**

L’EXECUTION DE LA DECISION

Le pb se pose dans 2 cas :

- les décisions avec engagement ou avec injonction.

Il faut alors s’assurer du respect des engagements.

Sur le plan purement juridique on analyse cela comme des conditions (si les engagements ne sont pas respectés, l’autorisation tombe). Cependant, les autorités de concurrence n’ont pas les moyens de suivre ce respect des engagements ! (d’un autre côté, une technique juridique a été mise en place pour permettre aux tiers de surveiller les engagements : Communication du 2/3/01).

Finalement, ça marché et on a pas besoin de recourir à l’arsenal de sanctions prévues en DC.

En DF, on a pas du tout les moyens de surveiller et donc de sanctionner !!

- Les décisions d’interdiction.

Il peut arriver que l’opération ait déjà eu lieu (ex : quand il y a eu renvoi des autorités nationales ou quand il y a eu offre publique en dt Fçais). C’est l’hyp schneider legrand et tetra laval.

Que fait on dans ces cas là ? On déconcentre. La commission peut adopter une décision sur la base de 8§4.

Ainsi, Schneider a du revendre tous les titres qu’il avait acquis.

LE CONTROLE JURIDICTIONNEL

Il est porté devant le juge communautaire.

Si le recours émane d’un Etat, on va directement devant la cour.

En Dt Fçais, il n’y a plus de discussion, on va directement devant le Conseil d’Etat.

En ce qui concerne la recevabilité des recours, il peut y avoir débat si le recours émane de tiers ou de salariés.

La nécessaire rapidite :

En matière de contrpole des concentrations, il faut faire vite.

Le Conseil d’Etat en est conscient.

Dans les affaires récentes (Coca en 99), le Conseil d’Etat a mis un point d’honneur a faire passer le dossier au dessus de la pile.

En DC, on a bien vu le pb : le délai de moyen devant le TPI est mini 2 ans.

Dans l’affaire Air Tour, le TPI a rendu sa décision en 2002 alors que la décision datait de 99.

On a donc mis en place une procédure accélérée : le fast track.

Les 2 arrêts du tribunal Schneider legrand et tetra laval de 2002 ont été rendus à la suite d’une procédure de fast track : 1 an seulement !!

Que faire si le juge annule une décision d’interdiction ?

On re-notifie s’il n’est pas trop tard.

Ca pose des pb procéduraux !!