



**Conférence des Nations Unies
sur le commerce
et le développement**

Distr. limitée
30 août 2010
Français
Original: anglais

**Sixième Conférence des Nations Unies
chargée de revoir tous les aspects de l'Ensemble
de principes et de règles équitables convenus
au niveau multilatéral pour le contrôle
des pratiques commerciales restrictives**

Genève, 8-12 novembre 2010

Point 6 a) de l'ordre du jour provisoire

Examen de l'application et de la mise en œuvre de l'Ensemble

Loi type sur la concurrence (2010) – Chapitre IV

Loi type sur la concurrence (2010) – Chapitre IV

Actes ou comportements constituant un abus de position dominante sur le marché

I. Interdiction d'actes ou comportements entraînant l'abus, ou l'acquisition et l'abus, d'une position dominante sur le marché

Interdiction d'actes ou comportements entraînant l'abus, ou l'acquisition et l'abus, d'une position dominante sur le marché:

- i) Lorsqu'une entreprise, soit seule, soit avec quelques autres entreprises, est en mesure de dominer le marché considéré d'un bien ou service ou groupe de biens ou services particuliers;*
- ii) Lorsque les actes ou le comportement d'une entreprise en position dominante limitent l'accès au marché considéré ou, d'une autre manière, restreignent indûment la concurrence, ayant ou risquant d'avoir des effets préjudiciables au commerce ou au développement économique.*

II. Actes ou comportements réputés abusifs

a) Comportement prédateur à l'égard des concurrents, comme pratiquer des prix inférieurs au prix coûtant pour éliminer des concurrents.

b) Fixation de prix ou de modalités ou conditions discriminatoires (c'est-à-dire différenciés de façon injustifiable) pour la fourniture ou l'achat de biens ou de services, y compris au moyen de politiques de fixation des prix pour les transactions entre entreprises affiliées qui font payer au-dessus ou au-dessous du prix normal les biens ou services achetés ou fournis par rapport aux prix appliqués à des transactions similaires en dehors des entreprises affiliées.

c) Fixation des prix auxquels des marchandises peuvent être revendues, y compris les marchandises importées ou exportées.

d) Restrictions à l'importation de biens légitimement désignés à l'étranger par une marque de commerce ou de fabrique identique ou similaire à la marque de commerce ou de fabrique protégée dans le pays importateur pour des biens identiques ou similaires, quand les marques en question sont de même origine, c'est-à-dire appartiennent au même propriétaire, ou sont utilisées par des entreprises entre lesquelles il y a une interdépendance économique, organique, administrative ou juridique, et que le but de ces restrictions est de maintenir des prix artificiellement élevés.

e) Quand il ne s'agit pas d'atteindre des objectifs commerciaux légitimes, comme la qualité, la sécurité, une distribution ou un service satisfaisant:

- i) Refus partiel ou complet de traiter aux conditions commerciales habituelles de l'entreprise;*
- ii) Subordonner la fourniture de certains biens ou services à l'acceptation de restrictions concernant la distribution ou la fabrication de biens concurrents ou autres;*
- iii) Imposer des restrictions à la revente ou à l'exportation des biens fournis ou d'autres biens quant au lieu ou à la personne du destinataire, ou quant à la forme ou au volume de ces biens;*
- iv) Subordonner la fourniture de certains biens ou services à l'achat d'autres biens ou services auprès du fournisseur ou de la personne désignée par lui.*

III. Autorisation ou dérogation

Les actes, pratiques ou opérations qui ne sont pas strictement interdits par la loi peuvent être autorisés ou faire l'objet d'une dérogation s'ils sont notifiés conformément aux dispositions de l'article 7, avant d'être réalisés, si les autorités compétentes sont informées avec exactitude de tous les faits pertinents, si les parties lésées ont la possibilité d'être entendues et s'il est ensuite déterminé que la conduite envisagée, telle qu'elle a été au besoin modifiée ou réglementée, est compatible avec les objectifs de la loi.

Commentaires du chapitre IV et formules différentes relevées dans des législations existantes

I. Interdiction d'actes ou comportements entraînant l'abus, ou l'acquisition et l'abus, d'une position dominante sur le marché

Interdiction d'actes ou comportements entraînant l'abus, ou l'acquisition et l'abus, d'une position dominante sur le marché:

- i) Lorsqu'une entreprise, soit seule, soit avec quelques autres entreprises, est en mesure de dominer le marché considéré d'un bien ou service ou groupe de biens ou services particuliers;*
- ii) Lorsque les actes ou le comportement d'une entreprise en position dominante limitent l'accès au marché considéré ou, d'une autre manière, restreignent indûment la concurrence, ayant ou risquant d'avoir des effets préjudiciables au commerce ou au développement économique.*

Introduction

1. L'abus de position dominante est l'une des questions les plus controversées qui se pose en droit de la concurrence. La définition d'une entreprise dominante et les actes susceptibles de constituer un abus de position dominante varient d'un pays à l'autre et peuvent dépendre des objectifs du droit de la concurrence de chaque pays (intérêt des consommateurs, efficacité, protection de la concurrence) ainsi que de la prise en compte ou non d'«autres» valeurs – telles que la loyauté – dans l'analyse de la concurrence. Le présent chapitre esquisse les critères généraux qui permettent de constater l'existence d'une position dominante. Il contient aussi une liste non exhaustive des actes susceptibles d'être considérés comme anticoncurrentiels.

2. Par position dominante, on entend une position de force sur le marché. D'un point de vue économique, la position dominante représente la capacité d'une entreprise (ou d'un groupe d'entreprises agissant conjointement) d'augmenter et de maintenir avec profit des prix supérieurs au prix qui serait appliqué dans une situation concurrentielle pendant une longue période. La simple existence d'une position dominante n'est pas considérée comme anticoncurrentielle; pas plus qu'une position dominante acquise grâce à une concurrence fondée sur les mérites. Toutefois, l'exercice ou l'abus d'une position dominante peuvent aboutir à: i) une réduction de la production ou des ventes et une hausse des prix; ii) une détérioration de la qualité et de la variété des services ou produits; ou iii) une limitation de l'innovation, ce qui serait considéré comme anticoncurrentiel.

3. La question de savoir si une entreprise détient ou non une position dominante est examinée de manière très différente selon le droit de la concurrence en vigueur. Certaines législations ne donnent aucune définition concrète de la position dominante, mais s'en remettent aux jugements économiques de l'autorité de la concurrence. Cette autorité évalue, au cas par cas, plusieurs facteurs qui influent sur l'existence d'une position dominante. Une part de marché élevée est l'un des indicateurs de la position dominante d'une entreprise sur un marché considéré. Cependant, dans de nombreuses juridictions, il ne suffit pas qu'une entreprise détienne une part de marché élevée pour être considérée comme dominante, certains marchés étant caractérisés par un degré de concurrence élevé même si les acteurs sont relativement peu nombreux. D'autres indicateurs de marché, par exemple les obstacles

à l'entrée, ainsi que les concurrents réels et potentiels, la permanence d'une part de marché élevée, le pouvoir de l'acheteur, les économies d'échelle et de gamme, l'accès aux marchés d'aval et l'intégration verticale, la maturité/vitalité du marché, l'accès à des facteurs de production importants, ainsi que les ressources financières de l'entreprise et de ses concurrents sont autant d'éléments qui devraient être pris en considération.

4. D'autres juridictions prévoient des moyens plus rapides d'établir l'existence d'une position dominante, en partant des seuils de part de marché. Si une entreprise ne détient pas une part de marché minimum, elle n'est pas considérée comme ayant une position dominante. Dans le cas contraire, l'autorité de la concurrence analyse d'autres facteurs – ceux mentionnés plus haut – afin de déterminer si l'entreprise en question est dominante.

5. D'autres juridictions encore supposent qu'une entreprise est dominante lorsqu'un seuil de part de marché donné est franchi. Lorsque cela est le cas, le défendeur doit faire la preuve qu'il ne détient pas une position de force sur le marché considéré. S'il n'y parvient pas, sa position est considérée comme dominante.

6. Le recours à des seuils de part de marché – pour établir une présomption et transférer ainsi la charge de la preuve ou pour écarter toute position dominante – permet à l'autorité de la concurrence de mieux faire appliquer la législation et donne aux chefs d'entreprise une certitude juridique. Cependant, ces seuils risquent de sous-estimer ou de surestimer la part de marché dans certains cas, entraînant une application excessive ou insuffisante. Il n'est donc pas judicieux de stipuler dans le droit de la concurrence qu'une entreprise détient nécessairement une position dominante lorsqu'elle franchit un certain seuil de part de marché.

7. La concurrence à l'entrée et la concurrence des importations sont deux autres facteurs à prendre en compte pour juger si une entreprise détient une position dominante. Si l'entrée d'une ou plusieurs entreprises sur un marché est facile, toute tentative d'un acteur déjà présent de relever les prix ou de réduire la production ou les ventes sera contrariée par les nouveaux venus. La facilité d'entrée dépend de l'ampleur des obstacles à l'entrée. Pour une analyse détaillée de ces obstacles, voir l'encadré 4/1. La concurrence des importations peut être considérée comme une forme particulière d'entrée lorsque des sociétés étrangères commencent à vendre des produits concurrents sur le marché intérieur. Les importations peuvent ainsi constituer une source importante de concurrence et doivent être prises en compte dans l'évaluation d'une position dominante.

8. Quelle que soit la définition de la position dominante adoptée en droit de la concurrence, l'évaluation d'une position dominante dépend de la définition du marché considéré. Dans la pratique, plus le marché considéré est défini de manière étroite, plus la probabilité qu'un seul acteur jouisse d'une position de force sur ce marché est importante. La définition du marché considéré est examinée de manière plus détaillée dans les commentaires du chapitre II de la loi type sur la concurrence.

Encadré 4/1

Obstacles à l'entrée sur un marché dans le droit et la politique de la concurrence

Les obstacles à l'entrée sur un marché sont des facteurs qui peuvent prévenir ou empêcher l'entrée de nouvelles entreprises sur un marché même lorsque les entreprises en place réalisent des bénéfices excessifs. Ils peuvent être très différents selon le degré de maturité ou le niveau de développement d'un marché. Il est possible de distinguer trois grandes catégories d'obstacles à l'entrée.

Les obstacles structurels à l'entrée résultent des caractéristiques fondamentales d'une branche d'activité comme la technologie, les coûts et la demande. Des discussions ont lieu actuellement pour déterminer quels facteurs constituent des obstacles structurels à l'entrée. La définition la plus large donne à penser que ces obstacles proviennent de la différenciation des produits, des avantages de coût absolu des entreprises en place et des économies d'échelle. La différenciation des produits crée des avantages pour les entreprises en place, car les nouveaux venus doivent surmonter l'obstacle que constitue la fidélité à la marque acquise dans le temps à l'égard des produits existants. Les avantages de coût absolu entraîneront pour le nouveau venu des coûts unitaires plus élevés à chaque rythme de production, qui s'expliquent peut-être par une infériorité technologique. Les économies d'échelle limitent le nombre d'entreprises qui peuvent fonctionner à des coûts minimaux dans un marché d'une dimension donnée. Une définition plus étroite des obstacles structurels a été donnée par George Stigler et les tenants de l'école de Chicago concernant l'analyse antitrust, lesquels laissent entendre que les obstacles à l'entrée sur un marché n'existent que lorsqu'un nouveau venu doit faire face à des frais que les entreprises en place ne supportent pas. En conséquence, cette définition ne considère pas que les économies d'échelle et les dépenses de publicité sont des obstacles (parce qu'il s'agit de coûts que les entreprises en place ont dû engager pour occuper leur position sur le marché). D'autres économistes mettent aussi l'accent sur l'importance des coûts irréversibles comme obstacle à l'entrée sur un marché. Comme de tels coûts doivent être engagés par les nouveaux venus, mais ont déjà été supportés par les entreprises en place, un obstacle à l'entrée sur le marché est ainsi créé. En outre, les coûts irréversibles réduisent la capacité de sortir du marché et imposent donc des risques supplémentaires aux nouveaux concurrents potentiels.

Les obstacles stratégiques à l'entrée sur un marché visent le comportement des entreprises en place. En particulier, les entreprises en place peuvent agir pour accroître les obstacles structurels à l'entrée sur un marché ou menacer d'exercer des représailles contre les nouveaux venus s'ils parviennent à y pénétrer. Ces menaces doivent, toutefois, être crédibles car les entreprises en place doivent avoir un intérêt à les mettre en application si des nouveaux venus entrent sur le marché. Les mesures de dissuasion stratégiques à l'entrée comportent certains types de comportement d'accaparement des entreprises en place. Un exemple est l'accaparement des installations qui consiste pour une entreprise en place à surinvestir dans des capacités de production pour menacer d'engager une guerre des prix si de nouveaux concurrents pénètrent sur le marché. Le fait de lier les ventes aux infrastructures nécessaires telles que les équipements de transport ou les installations portuaires peut aussi constituer un obstacle stratégique à l'entrée.

Les obstacles juridiques à l'entrée peuvent découler des dispositions du régime juridique national. Parmi les exemples d'obstacles juridiques à l'entrée figurent les droits de douane et les contingents, la réglementation de la propriété intellectuelle et des marques, les droits d'exclusivité attribués par la loi à certaines entreprises ou les monopoles légaux, ainsi que des obstacles administratifs.

9. Dans certaines juridictions, une position dominante peut être le fait non seulement d'une seule entreprise agissant unilatéralement, mais aussi de deux entreprises au moins qui, agissant de concert, ont un pouvoir sur le marché ou ont intérêt à agir de concert et ont ensemble un pouvoir sur le marché (position dominante collective). Il s'agit de marchés très concentrés, où deux entreprises au moins détiennent une part importante du marché, créant et exploitant ainsi des conditions dans lesquelles elles parviennent à dominer le marché ou à y opérer à peu près comme le ferait un monopole. Le même critère a été adopté par la

Commission européenne et le Tribunal de première instance des Communautés européennes¹ dans le jugement «Vetro Piano» en Italie², qui a été suivi par la décision sur le dossier de la fusion entre Nestlé et Perrier³. En conséquence, le recours, par ces entreprises, à certaines pratiques telles que les accords de vente liée peut parfaitement aboutir à un abus de position dominante.

Formules différentes relevées dans les législations existantes – **Établissement d'une position dominante**

Région/pays

Afrique

Zambie

En Zambie, en vertu de l'article 7 2) de la loi sur la concurrence et les pratiques commerciales loyales de 1994, l'abus de position dominante est défini comme étant constitué par des actes ou des comportements qui limitent l'accès au marché ou restreignent indûment de toute autre manière le jeu de la concurrence, ou qui ont ou sont susceptibles d'avoir des effets préjudiciables sur le commerce ou l'économie en général. D'une manière générale, une entreprise est réputée avoir une position dominante si son pouvoir sur le marché lui permet d'échapper à la pression de la concurrence (par exemple, pour ce qui est de la fixation des prix et des stratégies de distribution). Un facteur important, mais qui n'est pas décisif, est la part de marché de l'entreprise en question. Une entreprise ne détient vraisemblablement pas une position dominante si sa part de marché est inférieure à 40 % – bien que cette règle dépende dans une large mesure des circonstances.

Asie et Pacifique

Chine

Conformément à l'article 17 2) de la loi antimonopole de la République Populaire de Chine, est définie comme position dominante la position détenue sur le marché par des entreprises qui ont la capacité de contrôler le prix ou la quantité de marchandises ou toute autre condition commerciale sur le marché considéré ou dans la catégorie considérée, ou d'influer sur l'entrée d'autres entreprises sur le marché considéré.

En outre, six principaux facteurs déterminent la position sur le marché d'une entreprise, conformément à l'article 18: i) la part de marché de l'entreprise et son statut concurrentiel sur le marché considéré; ii) l'aptitude d'une entreprise à contrôler les ventes ou l'approvisionnement en matières premières; iii) les conditions financières et technologiques de l'entreprise; iv) la mesure dans laquelle d'autres entreprises dépendent de l'entreprise en question dans les transactions; v) le degré de difficulté avec laquelle d'autres entreprises entreraient sur le marché considéré; et vi) autres facteurs pertinents pour juger de la position dominante d'une entreprise.

¹ Désormais appelé Tribunal de l'Union européenne.

² Commentaires émanant de la Commission des Communautés européennes. Jugement «Vetro Piano en Italie», 10 mars 1992.

³ Renseignements communiqués par la Commission des Communautés européennes. Décision «Nestlé-Perrier», 22 juillet 1992.

Région/pays

L'article 19 1) dispose qu'il existe une présomption réfragable de position dominante lorsqu'une entreprise satisfait à l'une des conditions suivantes: i) la part de marché d'une entreprise représente 50 % au moins du marché considéré; ii) la part de marché conjointe de deux entreprises représente au moins les deux tiers du marché considéré; ou iii) la part de marché conjointe de trois entreprises représente au moins les trois quarts du marché considéré.

Cependant, au titre de la condition prévue aux alinéas ii) et iii) de l'article 19 1), si l'une des entreprises détient une part de marché inférieure à un dixième, elle n'est pas considérée comme détenant une position dominante sur le marché. En outre, une entreprise sur laquelle pèse une présomption de position dominante sur le marché n'est pas considérée comme dominante si elle peut prouver le contraire.

Inde

La loi indienne de 2002 sur la concurrence définit la «position dominante» comme une position de force exercée par une entreprise sur le marché considéré, en Inde, et qui lui permet: i) d'opérer indépendamment des forces concurrentielles qui règnent sur le marché considéré; ou ii) de peser sur ses concurrents, sur les consommateurs ou sur le marché considéré. La Commission indienne de la concurrence, lorsqu'elle enquête pour savoir si une entreprise occupe ou non une position dominante, tient compte de tous ces facteurs ou de l'un quelconque d'entre eux.

Mongolie

En Mongolie, l'article 3 1) de la loi sur l'interdiction de la concurrence déloyale dispose qu'une entité unique agissant seule ou un groupe d'entités économiques agissant de concert est en position dominante quand elle ou il compte invariablement pour plus de 50 % dans l'offre d'une marchandise déterminée ou de marchandises similaires ou de produits ou dans les travaux réalisés et services fournis sur le marché.

Europe (hors UE)

Fédération de Russie

Conformément à l'article 5 1) de la loi fédérale de 2006 sur la protection de la concurrence, une position dominante est définie par une situation dans laquelle une entité ou plusieurs entités économiques: i) exercent une influence décisive sur les conditions générales du marché considéré; ou ii) ont la possibilité d'exclure d'autres entités économiques dudit marché; ou iii) peuvent entraver l'accès d'autres entités économiques à ce marché.

L'article 5 2) prévoit une présomption réfragable de position dominante si une entreprise détient une part de marché supérieure à 50 %. Une société dont la part de marché est située entre 35 et 50 % peut être considérée comme dominante, à l'issue d'une évaluation économique prenant en compte des facteurs tels que la stabilité de la part de marché de l'entreprise dans le temps, les parts de marché respectives de ses concurrents et la capacité des autres entreprises d'accéder au marché considéré. Les entreprises dont la part de marché est inférieure à 35 % ne sont pas jugées dominantes à moins que la loi ne prévoit le contraire, par exemple dans le cas d'une position dominante collective ou dans le secteur

Région/pays

de l'électricité, où un producteur d'électricité dont la part de marché est égale ou inférieure à 20 % ne peut être considéré comme dominant.

Europe (UE)

Union européenne

L'article 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne interdit l'abus de position dominante, sans donner de définition d'une position dominante. Dans leur pratique judiciaire, les institutions européennes ont défini la position dominante comme une position de force exercée sur le marché par une entreprise, permettant à celle-ci d'empêcher le maintien d'une concurrence effective sur un marché considéré en lui donnant le pouvoir d'agir dans une mesure appréciable de manière indépendante de ses concurrents, de ses clients et, en fin de compte, des consommateurs⁴. Dans les orientations sur les priorités retenues pour l'application de l'article 82 du Traité instituant la Communauté européenne (désormais article 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne) aux pratiques d'éviction abusive des entreprises dominantes, la Commission européenne énonce les critères qu'elle doit prendre en compte pour apprécier l'existence d'une position dominante, en particulier:

- Les contraintes constituées par les fournitures existantes des concurrents actuels et la position de ces derniers sur le marché (la position sur le marché de l'entreprise dominante et de ses concurrents);
- Les contraintes constituées par la menace crédible d'une future expansion des concurrents actuels ou de l'entrée de concurrents potentiels (expansion et entrée);
- Les contraintes résultant de la puissance par la force de négociation des clients de l'entreprise (puissance d'achat compensatrice).

Il est souligné que la part de marché constitue une première indication utile sur la structure du marché et l'importance relative des diverses entreprises qui y sont actives. Toutefois, la Commission européenne interprète les parts de marché à la lumière des conditions régnant sur le marché en cause, et notamment de la dynamique du marché et du degré de différenciation des produits.

Pologne

Conformément à l'article 4 10) de la loi polonaise du 16 février 2007 sur la protection de la concurrence et du consommateur, une entreprise est présumée détenir une position dominante lorsque sa part de marché dépasse 40 %.

⁴ Voir Cour de Justice de l'Union européenne, affaire 27/76 *United Branch Company and United Brands Continental c. Commission* [1978] ECR 207, par. 65; Cour de Justice de l'Union européenne, affaire 85/76 *Hoffmann-La Roche & Co. c. Commission* [1979] ECR 461, par. 38.

Région/pays

République tchèque	L'article 10 1) de la loi tchèque sur la protection de la concurrence dispose qu'une entreprise ou plusieurs entreprises agissant conjointement (position dominante conjointe) est ou sont considérée(s) comme détenant une position dominante si le pouvoir qu'elle(s) exerce(nt) sur le marché considéré lui (leur) permet de se comporter, dans une large mesure, de manière indépendante par rapport aux autres entreprises ou aux consommateurs. Selon l'alinéa n de l'article 10 3), sauf preuve contraire, une entreprise ou des entreprises collectivement dominantes n'est ou ne sont pas réputée(s) détenir une position dominante si sa ou leurs parts du marché considéré au cours de la période examinée ne dépasse(nt) pas 40 %.
Estonie	En Estonie, une entreprise détient une position dominante lorsqu'elle est capable d'exercer son activité, dans une large mesure, de manière indépendante par rapport à ses concurrents, ses fournisseurs et ses acheteurs. Plusieurs entreprises sont présumées détenir une position dominante lorsque leur part du marché considéré dépasse 40 %. Les entreprises dotées de droits spéciaux ou de droits d'exclusivité, ou qui contrôlent des services essentiels, sont également considérées comme dominantes; paragraphe 13 de la loi estonienne sur la concurrence.
Lituanie	En vertu de la loi lituanienne sur la concurrence, la présomption de position dominante est établie lorsqu'une entreprise possède 40 % du marché. En outre, la loi dispose qu'il y a présomption de position dominante conjointe si les trois entreprises les plus importantes d'un marché détiennent ensemble une part de marché de 70 %. Les seuils de part de marché servant à établir la présomption de position dominante sont inférieurs dans le secteur de la vente au détail; voir l'article 3 11).
Allemagne	Conformément à la loi allemande sur les restrictions à la concurrence, une entreprise détient une position dominante lorsque, en tant que fournisseur ou acheteur de certains types de produits ou de services commerciaux sur le marché de produits et/ou marché géographique considéré, elle: i) n'a pas de concurrent ou n'est pas exposée à une concurrence importante; ou ii) est en position de force sur le marché par rapport à ses concurrents. À cette fin, il faudra tenir compte en particulier de la part de marché, de la puissance financière, de l'accès aux fournitures ou aux marchés, des relations avec d'autres entreprises, des obstacles juridiques ou factuels à l'entrée d'autres entreprises sur le marché, de la concurrence réelle ou potentielle d'entreprises relevant ou non du champ d'application de la présente loi, et de l'aptitude à faire porter son offre et sa demande sur d'autres biens ou services commerciaux, ainsi que de l'aptitude de la partie adverse à faire appel à d'autres entreprises. Deux ou plusieurs entreprises sont dominantes dans la mesure où aucune concurrence notable n'existe entre elles pour certains types de produits ou de services commerciaux et où elles satisfont complètement aux conditions énumérées plus haut. Une entreprise est présumée détenir une position dominante si sa part de marché est d'au moins un tiers. Est présumé détenir une position dominante un groupe

Région/pays

d'entreprises qui comporte: i) trois entreprises ou moins dont la part de marché combinée est de 50 %; ou ii) cinq entreprises ou moins dans la part de marché combinée est des deux tiers, sauf si les entreprises en question font la preuve que les conditions sont de nature à maintenir une concurrence notable entre elles, ou que ce groupe d'entreprises n'est pas en position de force par rapport au reste des concurrents.

Espagne

Le droit espagnol de la concurrence ne donne pas de définition de la position dominante. Selon la pratique judiciaire de l'autorité espagnole de la concurrence, une entreprise est considérée comme dominante lorsqu'elle est capable d'agir, dans une large mesure, de manière indépendante par rapport à ses concurrents, ses clients et les consommateurs, et donc de modifier le prix ou toute autre caractéristique du produit ou du service concerné à son propre avantage.

Amérique latine

Brésil

La loi n° 8.884 de 1994 présume qu'une entreprise qui contrôle, seule ou au sein d'un groupe, 20 % du marché considéré détient une position dominante. Ce pourcentage est susceptible d'être modifié par le Conseil administratif de défense économique (CADE) selon les secteurs de l'économie (art. 20, par. 3).

Colombie

Le décret n° 2153 de 1992 définit une position dominante comme la «possibilité de fixer, directement ou indirectement, les conditions d'un marché». La position dominante est déterminée au cas par cas. La loi ne prévoit pas de seuil.

Amérique du Nord

Canada

Conformément au paragraphe 1 de l'article 79 de la loi canadienne sur la concurrence, avant de sanctionner l'abus de position dominante, le tribunal doit d'abord constater qu'une ou plusieurs personnes contrôlent sensiblement ou complètement une catégorie ou espèce d'entreprises à la grandeur du Canada ou d'une de ses régions. Dans ses lignes directrices révisées sur les dispositions d'abus de position dominante (art. 78 et 79 de la loi sur la concurrence), le Bureau canadien de la concurrence explique que l'expression «contrôlent sensiblement ou complètement» est synonyme de puissance commerciale.

États-Unis

Aux États-Unis, la situation de monopole ne fait pas l'objet d'une définition juridique, mais les tribunaux l'ont traditionnellement définie comme étant «le pouvoir de contrôler les prix du marché ou d'éliminer la concurrence». *États-Unis c. E. I. du Pont de Nemours & Co.*, 351 U.S. 377, 391 (1956). La part de marché n'est pas le seul élément qui entre en ligne de compte pour déterminer s'il y a une situation de monopole.

II. *Actes ou comportements réputés abusifs*

10. Comme il a déjà été indiqué plus haut, le droit de la concurrence n'interdit pas les positions dominantes ou positions de force sur le marché, ce qui veut dire que le simple fait de détenir une position dominante n'est pas anticoncurrentiel en soi et qu'une entreprise dominante est autorisée à exercer une concurrence fondée sur les mérites. L'interdiction de l'abus de position dominante s'applique lorsqu'une entreprise dominante exploite sa position de force sur le marché selon des modalités qui faussent la concurrence.

11. En général, une entreprise abuse de sa position dominante lorsqu'elle se livre à des actes qui augmentent son pouvoir économique et ne répondent pas aux attentes des consommateurs et/ou du marché. Les actes qui ont pour finalité d'entraver la concurrence et qui ne procurent pas des avantages compensatoires aux consommateurs sont des exemples d'abus de position dominante. Certaines juridictions élargissent cette définition de l'abus de position dominante afin de protéger les petits concurrents de toute éviction déloyale par les entreprises dominantes qui sont plus efficaces.

12. Il n'est pas possible de donner une liste exhaustive des actes susceptibles de constituer un abus de position dominante. L'«abus de position dominante» est une notion qui comprend tous les actes qui entrent dans la définition donnée au paragraphe précédent. Toutefois, afin de donner des orientations en matière d'application, certains droits de la concurrence établissent des listes non exhaustives d'actes qui sont réputés abusifs et sont interdits. Parmi ces comportements peut figurer tout un éventail de stratégies d'entreprises qui visent à relever les obstacles à l'entrée sur un marché. Le paragraphe 2 du chapitre 4 de la Loi type sur la concurrence énumère des exemples d'actes d'abus de position dominante qui sont examinés plus bas. Il convient de noter que l'ordre des exemples énumérés au paragraphe 2 du chapitre 4 ne reflète pas nécessairement leur fréquence ou leur gravité du point de vue de leurs effets anticoncurrentiels. Il convient aussi de souligner que des pratiques telles que «les prix imposés» et «les importations parallèles» entrent actuellement dans la catégorie des restrictions verticales et ne constituent pas intrinsèquement des abus de position dominante. Bien que les actes énumérés soient probablement anticoncurrentiels, il n'en est pas forcément ainsi. L'autorité de la concurrence doit procéder à une analyse au cas par cas afin de déterminer quels sont les effets de chaque pratique.

13. Le cadre analytique dont se servent les autorités de la concurrence pour déterminer si certains actes d'entreprises dominantes constituent un abus de leur position de force sur le marché a évolué au cours du temps. Aujourd'hui, les autorités de la concurrence sont de plus en plus nombreuses à fonder leur décision sur la question de savoir si une pratique donnée, qui est le fait d'une entreprise dominante, doit être considérée comme abusive sur la base d'une évaluation économique rationnelle (connue sous le nom d'approche fondée sur les effets). Par le passé, un certain nombre de droits de la concurrence suivaient une approche fondée sur la forme, l'autorité de la concurrence étant chargée de déterminer si le comportement examiné correspondait à l'un des exemples de comportement abusif prévu par la loi sans procéder à une évaluation économique complète.

a) Comportement prédateur à l'égard des concurrents, comme pratiquer des prix inférieurs au prix coûtant pour éliminer des concurrents.

14. L'une des formes les plus courantes de comportement prédateur est la fixation de «prix d'agression», qui fait généralement référence à la pratique selon laquelle une entreprise fixe un prix inférieur au prix coûtant de ses produits. Dans certaines juridictions, il suffit que l'entreprise suive une stratégie de bas prix pour éliminer ses concurrents, que le

prix soit inférieur ou non au prix coûtant. Des entreprises peuvent adopter un tel comportement pour évincer des concurrents dans l'intention de conserver ou de renforcer leur position dominante. Plus les produits et les marchés de l'entreprise sont diversifiés, et plus ses ressources financières sont grandes, plus cette entreprise a les moyens d'adopter un comportement prédateur.

15. La prise en compte du prix coûtant pour déterminer l'existence de prix d'agression varie selon les juridictions. La plupart d'entre elles concluent à l'existence de prix d'agression lorsque le prix des produits est inférieur à leur coût variable moyen. Néanmoins, la question de savoir si un prix qui est inférieur au coût total moyen constitue un prix d'agression ou non est sujette à débat. Afin de déterminer s'il y a abus de position dominante par la pratique de prix d'agression, certaines juridictions exigent que le défendeur jouisse de perspectives raisonnables ou d'une «probabilité dangereuse» de récupérer le manque à gagner découlant de la fixation de prix inférieurs au prix coûtant. Si cela n'est pas le cas, la réduction des prix peut dans la pratique être favorable aux consommateurs⁵. D'autres juridictions estiment que des perspectives raisonnables ou une probabilité dangereuse de combler le manque à gagner n'est pas indispensable pour établir l'existence de prix d'agression⁶. Il suffit que le défendeur vende en dessous du prix de revient.

16. Étant donné que la faiblesse des prix profite généralement aux consommateurs, les juridictions sont réticentes à condamner cette pratique comme prédatrice. En fonction de la structure de leurs marchés, les juridictions doivent trouver un compromis entre les avantages et les inconvénients de telles pratiques. Les pays en développement ont tendance à être moins réticents à condamner les prix d'agression car leurs marchés sont parfois plus concentrés et comme les obstacles à l'entrée y sont élevés, l'élimination de petits concurrents peut être plus problématique. Par ailleurs, les consommateurs et les petites entreprises des pays en développement peuvent davantage tirer parti de prix plus bas, d'où la réticence des autorités à intervenir. Il faut donc trouver une solution équilibrée au cas par cas.

17. Le comportement prédateur ne se limite pas au prix. D'autres actes, tels que l'acquisition d'un concurrent en vue de mettre fin à ses activités, peuvent être réputés prédateurs. Il en va de même du refus, par une entreprise en position dominante, de vendre une matière indispensable aux activités de production d'un client qui est en mesure de lui faire de la concurrence.

Formules différentes relevées dans les législations existantes – **Comportement prédateur**

Région/pays

Asie/Pacifique

Australie	Les prix d'agression font l'objet de deux dispositions de la loi de 1974 relative aux pratiques commerciales.
-----------	---

⁵ *Brooke Group Ltd c. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, Cour suprême des États-Unis, 509 U.S. 209, 113 S.Ct. 2578, 125 L.Ed2d 168 (1993).

⁶ *Tetra Pak International SA c. Commission*, Affaire T-83/91, [1994] ECR II-755. CFI aff'd Case C-333/94P [1996] ECR I-5951, Cour de justice de l'Union européenne.

Interdiction générale figurant au paragraphe 1 de l'article 46 de la loi:

Le paragraphe 1 de l'article 46 de la loi prévoit qu'une société en position de force sur un marché ne doit pas profiter de son pouvoir sur ce marché ou tout autre marché pour poursuivre l'un des objectifs interdits ci-après.

Si une société fournit des biens ou des services pendant une période prolongée à un prix inférieur au prix coûtant, le paragraphe 1AAA de l'article 46 dispose que cette société peut enfreindre le paragraphe 1 du même article, même si elle ne peut pas et ne pourrait jamais être capable de récupérer le manque à gagner par la fourniture desdits biens ou services. Autrement dit, l'interdiction générale énoncée au paragraphe 1 de l'article 46 n'exige pas que le manque à gagner soit comblé.

Interdiction énoncée au paragraphe 1 AA de l'article 46 de la loi:

Aux termes de cette disposition, toute société détenant une part de marché notable ne doit pas fournir ou proposer de fournir des biens ou services pendant une période prolongée à un prix inférieur au prix coûtant dans le but de poursuivre l'un des trois objectifs interdits.

Cette interdiction diffère de l'interdiction générale énoncée au paragraphe 1 de l'article 46 à deux égards:

- i) Elle s'applique si la société en question détient une «part de marché notable» et non pas une «position de force sur le marché», et
- ii) Il n'est pas nécessaire que la société en question «tire avantage» de sa part de marché.

Chine

On trouve un exemple de réglementation des prix d'agression dans la loi de la République populaire de Chine sur la répression de la concurrence déloyale, en date du 2 septembre 1993. Selon l'article 11, un opérateur (c'est-à-dire une entreprise ou un particulier) ne peut vendre ses produits à un prix inférieur au prix coûtant dans le but d'évincer ses concurrents du marché. La loi énumère aussi un certain nombre de cas où la vente à des prix bas n'est pas considérée comme une pratique déloyale: vente de produits frais, baisse saisonnière des prix, modification de la gamme de production ou cessation d'activité.

*Région/pays***Mongolie**

L'article 4.3 de la loi sur l'interdiction de la concurrence déloyale en Mongolie interdit à une entreprise dominante de vendre ses produits à un prix inférieur au prix coûtant dans le but d'empêcher l'entrée d'autres entités économiques sur le marché ou de les évincer dudit marché.

Europe (UE)**Union européenne**

Selon l'article 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, imposer de façon directe ou indirecte des prix d'achat ou de vente constitue un abus de position dominante. Dans ses orientations sur les priorités retenues pour l'application de l'article 82 du Traité instituant la Communauté européenne (désormais l'article 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne) aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes, la Commission européenne explique comment elle évalue les pratiques d'éviction fondées sur les prix, notamment les prix d'agression. Elle intervient généralement lorsqu'il existe des preuves de ce qu'une entreprise dominante adopte un comportement prédateur en supportant des pertes ou en renonçant à des bénéfices à court terme, et ce délibérément, de façon à évincer ou à pouvoir évincer un ou plusieurs de ses concurrents réels ou potentiels en vue de renforcer ou de maintenir son pouvoir de marché, portant de ce fait préjudice au consommateur.

Hongrie

L'article 21 h) de la loi hongroise sur la concurrence (2005) interdit la fixation de prix très bas ne découlant pas d'une efficacité supérieure par rapport à celle des concurrents et semblant devoir écarter des concurrents du marché considéré ou entraver leur entrée sur le marché.

Amérique latine**Brésil**

La loi n° 8.884 de 1994 interdit à une entreprise en position dominante de vendre de manière déraisonnable ses produits à un prix inférieur au prix coûtant (art. 20 et 21, XVIII).

Colombie

Le décret n° 2153 de 1992 dispose qu'en cas de position dominante, les prix d'agression sont considérés comme abusifs. La loi prévoit expressément que toute baisse des prix en dessous du prix coûtant, destinée à évincer divers concurrents ou à empêcher leur entrée ou leur expansion, est qualifiée d'abus lorsqu'il y a position dominante.

 Région/pays

Amérique du Nord

États-Unis

Aux États-Unis, la Cour suprême a estimé que deux facteurs sont nécessaires pour que puisse être établie la fixation de prix d'agression. Tout d'abord, les prix faisant l'objet de la plainte doivent être «inférieurs à un niveau approprié de coût», et ensuite il doit y avoir «une dangereuse probabilité» que le concurrent qui a fixé des prix très bas récupère son investissement dans des prix inférieurs au prix coûtant. *Brooke Group Ltd c. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 509 U.S. (1993). Voir aussi: *Cargill Inc. c. Montfort of Colorado Inc.* 479 U.S. 104, 117 (1986). La Cour suprême a jugé qu'il est important de faire la distinction entre la baisse des prix favorable à la concurrence et la fixation anticoncurrentielle de prix d'agression parce que «baisser les prix pour accroître l'activité est souvent l'essence même de la concurrence». *Matsushita Electric Industrial Co. c. Zenith Radio Corp.*, 475 U.S. 574, 594 (1986).

b) Fixation de prix ou de modalités ou conditions discriminatoires (c'est-à-dire différenciés de façon injustifiable) pour la fourniture ou l'achat de biens ou de services, y compris au moyen de politiques de fixation des prix pour les transactions entre entreprises affiliées qui font payer au-dessus ou au-dessous du prix normal les biens ou services achetés ou fournis par rapport aux prix appliqués à des transactions similaires en dehors des entreprises affiliées.

18. Bien qu'elle soit rarement anticoncurrentielle, la fixation de prix discriminatoires – comportement qui consiste pour une entreprise à vendre un produit ou un service à des prix différents, même si les coûts d'approvisionnement de ces biens sont identiques – peut être un moyen d'exclure les concurrents du marché de manière déloyale. Une baisse des prix à la consommation est généralement considérée comme un signe de concurrence, ce qui explique pourquoi la discrimination est rarement anticoncurrentielle au sens économique. La différenciation des prix peut toutefois être réputée discriminatoire en l'absence de justification commerciale objective. Par exemple, ce qu'on appelle les remises de fidélité peuvent ne pas avoir de justification commerciale objective alors que les remises sur volume d'achat peuvent se justifier par des économies d'échelle. Il convient de souligner toutefois que l'application de prix différents peut résulter de l'adaptation de la société concernée aux conditions du marché, du fait par exemple que des négociations ont eu lieu dans diverses situations de marché, ou qu'un client a tout simplement négocié plus âprement. Par conséquent, l'autorité de la concurrence doit évaluer en détail au cas par cas les effets sur la concurrence de la différenciation des prix.

19. Les «remises de fidélité» sont des stratégies de discrimination en matière de prix qui consistent pour un vendeur à accorder une remise à des acheteurs si ceux-ci effectuent une part importante de leurs achats totaux du produit en question auprès de lui pendant une période de référence donnée. Ces remises peuvent être efficaces et servir les intérêts des consommateurs en réduisant les prix. Toutefois, dans certains cas, elles peuvent aussi porter atteinte à la concurrence lorsqu'elles sont accordées par des entreprises qui exercent une position de force sur le marché. Le lien entre les conditions justifiant la remise et l'octroi

d'un prix plus bas peut être à l'origine d'une pratique anticoncurrentielle ayant des effets d'exclusion. L'entrave à la concurrence peut découler d'un comportement prédateur à la marge («analogie avec la prédation») ou de l'exploitation de ventes garanties pour évincer les concurrents des marchés contestables («analogie avec les ventes par lots»).

20. La discrimination en matière de prix recouvre aussi le cas où une entreprise applique le même prix bien qu'elle supporte des coûts différents pour approvisionner chaque client. On donnera comme exemples de ce dernier type de discrimination l'application de «prix à la livraison», qui consiste à vendre partout à un prix uniforme (sans tenir compte des frais de transport à la charge du vendeur), et la «vente à partir d'un point de départ fictif» (à partir duquel le vendeur calcule ses frais de transport sans tenir compte du point de départ réel et du coût du transport).

21. L'interdiction de discrimination vise aussi les modalités et conditions de fourniture ou d'achat de biens ou de services. Par exemple, la différenciation des facilités de paiement ou des prestations annexes accordées à l'occasion de la vente de biens et de services peut aussi être discriminatoire.

Formules différentes relevées dans des législations existantes – **Fixation de prix discriminatoires**

Région/pays

Pérou	Au Pérou, bien que la législation considère les prix discriminatoires comme un exemple de comportement abusif, elle dispose également que ne constituent pas un abus de position dominante les remises et primes qui correspondent à des pratiques commerciales généralement admises, qui sont accordées en raison de circonstances particulières telles que règlement anticipé, quantité, volume, etc., et qui sont octroyées dans des conditions analogues à tous les consommateurs (al. <i>b</i> de l'article 10.2 du décret législatif n° 1034 portant approbation de la loi sur la répression du comportement anticoncurrentiel).
Colombie	Le décret n° 2153 de 1992 dispose qu'en cas de position dominante, les actes ci-après sont considérés comme un abus: application, dans des transactions équivalentes, de dispositions discriminatoires qui désavantagent un consommateur ou un fournisseur par rapport à un autre consommateur ou fournisseur se trouvant dans une situation analogue; vente ou prestation de services dans une partie du pays à un prix différent de celui qui est offert ailleurs dans le pays lorsque cette pratique a pour objet ou pour effet de diminuer ou d'éliminer la concurrence dans cette partie du pays, et lorsque le prix ne correspond pas au coût de la transaction; vente à un acheteur dans des conditions autres que celles offertes à un autre acheteur dans le but de réduire ou d'éliminer la concurrence sur le marché.

Région/pays

Australie	Conformément à l'ancien paragraphe 1 de l'article 49 de la loi australienne de 1974 sur les pratiques commerciales, l'interdiction de discrimination ne se limitait pas à celle qui se fondait sur le prix, mais visait aussi les crédits, les prestations de services et le paiement des services accompagnant les biens. Il était aussi souligné que les modalités et conditions différenciées ne devraient pas être réputées illégales si elles étaient fonction de différences de coût. Plus généralement, l'interdiction faite aux entreprises d'offrir à quelques clients des prix plus avantageux risquait de dissuader les entreprises de consentir à quiconque des réductions de prix. Comme l'article 49 de la loi australienne de 1974 sur les pratiques commerciales a été abrogé en 1995, un comportement qui aurait été considéré comme interdit en vertu de cette disposition peut tomber sous le coup de l'article 45 s'il entraîne une diminution sensible de la concurrence, ou de l'article 46 s'il résulte d'un abus de position dominante de la part d'une société.
-----------	--

c) Fixation des prix auxquels des marchandises peuvent être revendues, y compris les marchandises importées ou exportées.

22. L'imposition du prix de revente, habituellement par le fabricant ou par le grossiste, est généralement dénommée «fixation du prix de revente». Dans un certain nombre de lois sur la concurrence, la fixation du prix de revente est réputée illégale a priori, tandis que d'autres droits de la concurrence appliquent la règle de raison à cette pratique, étant donné qu'elle peut aussi être favorable à la concurrence. Par exemple, la fixation du prix de revente peut être un moyen de favoriser l'investissement dans les services et les efforts de promotion consentis par les détaillants, limitant par là même les bénéficiaires opportunistes. Elle peut néanmoins faciliter aussi les ententes, en aidant leurs membres à repérer les fabricants qui vendent à perte.

23. Dans ce contexte, il faut aussi souligner que plusieurs lois sur la concurrence ne classent pas la fixation du prix de revente comme un type particulier d'abus de position dominante mais comme un cas particulier d'accord vertical anticoncurrentiel.

Formules différentes relevées dans des législations existantes
– Fixation du prix de revente

*Région/pays***Amérique latine**

Brésil	La loi n° 8.884 de 1994 interdit à une entreprise en position dominante d'«appliquer aux distributeurs, aux détaillants et aux représentants d'un certain produit ou service des prix de détail, des remises, des conditions de paiement, des volumes minimum ou maximum, de marges de profit, ou toutes autres conditions de commercialisation dans le cadre de leurs relations commerciales avec des tiers» (art. 20 et 21, XI).
--------	--

Région/pays

Europe (UE)

Union européenne	Le droit de la concurrence de l'UE ne qualifie pas la fixation du prix de revente comme un type particulier d'abus de position dominante mais comme un élément anticoncurrentiel des accords verticaux. Conformément à l'alinéa <i>a</i> de l'article 4 concernant l'exemption de catégorie de 2010 applicable à certaines catégories d'accords verticaux, la fixation du prix de revente constitue une restriction absolue qui exclut l'application de l'exemption de catégorie à l'accord vertical en question. Elle se définit comme une restriction à la capacité qu'a l'acheteur de déterminer le prix de vente qui lui est demandé, sans préjudice de la possibilité qu'a le fournisseur d'imposer un prix de vente maximal ou de recommander un prix de vente, sous réserve que ceux-ci n'équivalent pas à un prix de vente imposé ou un prix de vente minimal par suite de pressions exercées par l'une ou l'autre des parties ou d'incitations offertes par elles.
Suède	En Suède, une approche économique a été choisie concernant la fixation du prix de revente. La fixation de prix minimum, si elle a des répercussions notables sur la concurrence, tombe sous le coup de l'interdiction de la coopération anticoncurrentielle aux termes de la loi sur la concurrence. Cependant, la fixation de prix maximaux de revente n'est pas interdite d'une manière générale.

Amérique du Nord

Canada	Précédemment, la loi canadienne sur la concurrence sanctionnait le maintien des prix de revente au pénal. Toutefois, en 2009, cette interdiction pénale a été remplacée par une disposition exécutoire au civil qui habilite le Tribunal de la concurrence canadien à interdire la pratique seulement si elle a «pour effet de nuire à la concurrence»; voir l'article 76 de la loi canadienne sur la concurrence. On notera que cette disposition ne s'applique pas seulement aux entreprises en position dominante mais aussi à toute personne qui «a) exploite une entreprise de production ou de fourniture d'un produit; b) offre du crédit au moyen de cartes de crédit ou, d'une façon générale, exploite une entreprise dans le domaine des cartes de crédit; c) détient les droits et privilèges exclusifs que confèrent un brevet, une marque de commerce, un droit d'auteur, un dessin industriel enregistré ou une topographie de circuit intégré enregistrée».
États-Unis	Aux États-Unis, la Cour suprême a jugé que la fixation du prix minimal de revente est a priori illégale en vertu de l'article premier de la loi Sherman, mais qu'il doit y avoir un accord réel qui oblige le distributeur à respecter des prix spécifiques. Voir <i>Business Elecs. Cop. c. Sharp Elecs. Corp.</i> , 485 U.S. 717, 720, 724 (1988). Comme la fixation du prix maximal de revente peut avoir pour conséquence des prix bas, la Cour suprême a récemment jugé que cette pratique n'est pas a priori illégale. À la place, elle a analysé

Région/pays

le comportement en l'espèce en se fondant sur la règle de raison, qui voulait que l'accord soit analysé pour déterminer s'il était de fait anticoncurrentiel. Voir *Leegin Creative Leather Products Inc. v. PSKS Inc. dba Kay's Kloset*, 551 U.S. 877 (2007).

d) Restrictions à l'importation de biens légitimement désignés à l'étranger par une marque de commerce ou de fabrique identique ou similaire à la marque de commerce ou de fabrique protégée dans le pays importateur pour des biens identiques ou similaires, quand les marques en question sont de même origine, c'est-à-dire appartiennent au même propriétaire, ou sont utilisées par des entreprises entre lesquelles il y a une interdépendance économique, organique, administrative ou juridique, et que le but de ces restrictions est de maintenir des prix artificiellement élevés.

24. Les importations parallèles sont la forme la plus courante des restrictions mentionnées à l'alinéa *d* de la partie II du chapitre IV de la loi type sur la concurrence. Également dénommées importations «du marché gris» par ceux qui entendent les discréditer, elles peuvent être décrites comme le fait pour des biens produits sous la protection d'un droit de propriété intellectuelle (par exemple, une marque de fabrique ou de commerce, un brevet ou un droit d'auteur) d'être mis en circulation sur un marché par le titulaire du droit de propriété intellectuelle, ou avec son consentement, puis importé sur un second marché sans l'autorisation du titulaire du droit de propriété intellectuelle (DPI) local. Ce dernier est généralement un commerçant local patenté qui peut chercher à empêcher les importations parallèles pour éviter la concurrence intramarques. L'utilisation de différentes marques de fabrique ou de commerce pour le même produit dans divers pays, visant ainsi à occulter l'épuisement international et à empêcher les importations d'un de ces pays vers un autre, est un autre exemple des pratiques visées par la disposition précitée de la loi type sur la concurrence⁷.

25. La capacité du titulaire du droit à exclure légalement les importations parallèles d'un certain marché dépend des lois en matière de propriété intellectuelle et de concurrence du pays importateur. Un régime d'épuisement national des droits de propriété intellectuelle confère le droit d'empêcher les importations parallèles alors qu'un régime d'épuisement international légalise ces importations. Selon le principe de l'épuisement national, les droits de distribution exclusive sont épuisés dès la première vente dans un pays, mais cela n'a

⁷ Cette pratique a fondé l'arrêt 3/78 rendu par la Cour de justice [1978] p. 1823. Dans une action intentée par *Centrafarm B. V. c. American Home Products Corporation (AHP)*, Centrafarm affirmait avoir le droit, en qualité d'importateur parallèle, de vendre aux Pays-Bas certains médicaments fournis par la société AHP sous la marque «Seresta» sans l'autorisation d'AHP. Celle-ci vendait ces médicaments au Royaume-Uni sous la marque «Serenid D». AHP a dénoncé une violation de son DPI, et Centrafarm quant à elle a allégué que les deux médicaments étaient identiques et qu'en conséquence, le DPI d'AHP avait été épuisé dès la mise en circulation du médicament sur le marché du Royaume-Uni. La Cour de justice des Communautés européennes a jugé que l'exercice d'un droit de propriété intellectuelle pouvait constituer une entrave déguisée au commerce sur le marché commun s'il était établi que l'utilisation de marques différentes pour un même produit ou l'interdiction d'apposer une marque de commerce ou de fabrique sur des produits reconditionnés visait à compartimenter le marché et à maintenir des prix artificiellement élevés.

aucun effet sur l'existence de droits de distribution exclusive dans un autre pays, de sorte que les titulaires de DPI locaux dans cet autre pays ont le droit d'exclure les importations parallèles du pays où s'est effectuée la première vente. Selon le principe de l'épuisement international, les droits de distribution sont épuisés dès la première vente n'importe où dans le monde, et les importations parallèles ne peuvent pas être exclues⁸. Enfin, selon le principe d'épuisement régional, les droits de distribution exclusive sont épuisés dès la première vente des biens protégés dans une région donnée, de sorte que les importations parallèles sont autorisées dans la région, mais pas de l'extérieur. Il convient de noter à cet égard que tous ces régimes sont conformes à la norme minimale⁹ prescrite par l'Accord sur les ADPIC¹⁰.

26. Les défenseurs de l'interdiction des importations parallèles font valoir qu'un titulaire de DPI local qui fait du commerce de détail en ayant l'exclusivité territoriale est plus enclin à investir dans le service après-vente, les conseils avant-vente, etc., sachant qu'aucun concurrent proche ne peut bénéficier de ses efforts sans contrepartie. De leur point de vue, ces incitations justifieraient l'interdiction des importations parallèles.

27. Les opposants à l'interdiction des importations parallèles s'inquiètent davantage des incidences négatives de l'interdiction sur la concurrence intramarques. En particulier, les juridictions régionales, comme l'Union européenne, parce qu'elles visent à l'intégration des marchés, autorisent les importations parallèles dans les limites de leur marché commun. De ce point de vue, les importations parallèles contribuent puissamment à l'équilibre entre la protection des droits exclusifs et la libre circulation des biens.

28. En bref, l'approche législative des importations parallèles varie selon que l'on favorise l'un ou l'autre des deux points de vue ci-dessus. On notera cependant que dans les juridictions qui autorisent les importations parallèles, les efforts déployés pour faire obstacle à ces dernières ne sont généralement pas qualifiés comme un type particulier d'abus de position dominante mais peuvent constituer une restriction verticale anticoncurrentielle.

Formules différentes relevées dans des législations existantes

– Restrictions à l'importation de biens

Région/pays

Japon	Le Japon a pris des mesures dans plusieurs affaires contre des pratiques consistant à empêcher de manière déloyale les importations parallèles de porcelaine de table de marque, de pianos, de glaces et d'automobiles.
Union européenne	Selon le principe de l'épuisement à l'échelle de l'UE, les titulaires de DPI ne sont pas autorisés à restreindre les importations parallèles sur le territoire de l'UE. Cela entre de façon constante dans le champ de compétence de la Cour de justice de l'Union

⁸ Voir: Maskus K (2001). «Parallel imports in pharmaceuticals: Implications on competition and prices in developing countries». Disponible à l'adresse: http://www.wipo.int/export/sites/www/about-ip/en/studies/pdf/ssa_maskus_pi.pdf.

⁹ Voir l'article 6, Accord sur les ADPIC.

¹⁰ Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce.

Région/pays

européenne depuis son arrêt historique *Deutsche Grammophon/Metro*¹¹: «L'interdiction faite, par le titulaire d'un droit exclusif de distribution légalement reconnu, de commercialiser sur le territoire national des produits qui ont été écoulés par lui-même ou avec son consentement sur le marché d'un autre État membre au motif que la mise en circulation sur le territoire national n'aurait pas eu lieu, est contraire aux règles qui prévoient la libre circulation des produits à l'intérieur du marché commun. Une telle interdiction, consacrant l'isolement des marchés nationaux, se heurte au but essentiel du traité, qui tend à la fusion des marchés nationaux en un marché unique.».

Nouvelle-Zélande

Les importations parallèles sont légales lorsque les conditions prescrites par l'article 12 (5A) de la loi n° 143 de 1994 sur le droit d'auteur sont remplies. La disposition en question se lit comme suit:

«Un objet qu'une personne importe ou se propose d'importer en Nouvelle-Zélande n'est pas une copie contrefaite au sens du paragraphe 3 b) si les conditions ci-après sont remplies:

a) Il a été produit par le titulaire du droit d'auteur, ou d'un autre droit de propriété intellectuelle équivalent, sur l'œuvre en question dans le pays dans lequel l'objet a été fabriqué, ou avec son consentement; ou

b) Personne ne détenant le droit d'auteur, ou un autre droit de propriété intellectuelle équivalent, sur l'œuvre en question dans le pays dans lequel l'objet a été fabriqué, l'une ou l'autre de ces propositions s'applique:

i) La protection par le droit d'auteur (ou la protection par un autre droit de propriété intellectuelle équivalent) précédemment conférée à l'œuvre en question dans ce pays a expiré;

ii) La personne qui pourrait autrement prétendre au droit d'auteur (ou autre droit de propriété intellectuelle équivalent) sur l'œuvre en question dans ce pays n'a pas pris de mesure légalement disponible pour préserver le droit d'auteur (ou autre droit de propriété intellectuelle équivalent) sur l'œuvre dans ce pays;

iii) L'objet est une copie en trois dimensions d'une œuvre d'art faisant l'objet d'une application industrielle dans ce pays de la manière énoncée à l'article 75 4);

¹¹ Arrêt 78/70 rendu par la Cour de justice de l'Union européenne [1971] p. 487.

 Région/pays

iv) L'objet a été produit dans ce pays par le titulaire du droit de propriété intellectuelle sur l'œuvre en Nouvelle Zélande, ou avec son consentement.».

e) Quand il ne s'agit pas d'atteindre des objectifs commerciaux légitimes, comme la qualité, la sécurité, une distribution ou un service satisfaisant:

i) Refus partiel ou complet de traiter aux conditions commerciales habituelles de l'entreprise;

29. D'une manière générale, les entreprises, selon le principe de la liberté contractuelle, peuvent refuser de traiter avec d'autres entreprises. Les juridictions reconnaissent que l'obligation de traiter risque de se traduire par moins d'investissement et d'innovation. Dans certains cas, toutefois, les refus de traiter peuvent être utilisés comme un moyen d'évincer des concurrents ou d'accorder un avantage comparatif à une autre entreprise. Cela est très susceptible d'arriver lorsqu'une installation essentielle appartient à une entreprise dominante, c'est-à-dire lorsque cette entreprise possède des installations dont ses concurrents sont tributaires pour faire du commerce et qui ne peuvent pas être reproduites à un coût raisonnable du point de vue commercial. Dans ces cas, les effets négatifs de l'éviction des concurrents ne peuvent pas être compensés par la promotion de l'investissement et de l'innovation.

30. On gardera à l'esprit toutefois que les refus de traiter ne sont cependant pas en soi nuisibles à la concurrence et font partie des marchés concurrentiels. Les entreprises devraient généralement avoir la faculté de vendre et également d'accorder un traitement préférentiel aux acheteurs de longue date, aux entreprises apparentées, aux commerçants qui règlent leurs achats en temps voulu ou qui préserveront la qualité, la réputation, etc., du produit du fabricant. Il en va de même quand l'entreprise annonce d'avance les circonstances dans lesquelles elle refusera de vendre.

Formules différentes relevées dans des législations existantes

– Refus de traiter

 Région/pays

Brésil	La loi n° 8.884 de 1994 interdit à une entreprise en position dominante de «refuser de vendre un certain produit ou service suivant les conditions de paiement qui s'appliquent habituellement aux pratiques et politiques commerciales ordinaires» (art. 20 et 21, XIII).
États-Unis	«En accordant une valeur élevée au droit de refuser de traiter avec d'autres entreprises, nous n'en faisons pas pour autant un droit absolu (<i>Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp.</i> , 472 U.S. 585, 601, 105 S.Ct 2847, 86 L.Ed.2d 467 (1985)). Dans certains cas, un refus de coopérer avec des concurrents peut constituer un comportement anticoncurrentiel qui enfreint [l'article 2]. Nous avons reconnu ces exceptions avec la plus grande prudence, du fait de la valeur discutable de l'échange forcé

Région/pays

et de la difficulté qu'il y a à identifier le comportement anticoncurrentiel d'une seule entreprise et à y remédier (...).

Nous n'avons jamais reconnu ce principe [des installations essentielles] (...) et nous concluons que nous n'avons besoin ni de le reconnaître ni de le rejeter. Il suffira de noter pour le moment que la condition indispensable à remplir pour l'invoquer est le fait de ne pas pouvoir accéder à des "installations essentielles"; s'il y a accès, ce principe n'a aucune utilité¹².»

e) Quand il ne s'agit pas d'atteindre des objectifs commerciaux légitimes, comme la qualité, la sécurité, une distribution ou un service satisfaisant:

[...]

ii) Subordonner la fourniture de certains biens ou services à l'acceptation de restrictions concernant la distribution ou la fabrication de biens concurrents ou autres;

31. Ce comportement est souvent un aspect des «accords d'exclusivité» et peut se définir comme une pratique commerciale selon laquelle une entreprise obtient, fréquemment à l'intérieur d'un marché désigné, les droits exclusifs d'achat, de vente ou de revente des marchandises ou des services d'une autre entreprise. L'octroi de ces droits exclusifs est souvent subordonné à l'engagement, de la part de l'acheteur, de ne pas distribuer ou fabriquer de produits concurrents.

32. Aux termes d'un accord d'exclusivité, le concessionnaire renonce partiellement à sa liberté commerciale en échange d'un marché protégé contre des ventes du produit en question par des concurrents. Les modalités de l'accord dépendent généralement du pouvoir de négociation relatif des parties.

33. Les effets de ces restrictions sont semblables à ceux de l'intégration verticale à l'intérieur d'une entité économique, le fournisseur contrôlant le circuit de distribution à cette différence près que, dans le premier cas, le concessionnaire reste indépendant.

34. Il convient de noter qu'un grand nombre de lois sur la concurrence ne visent pas seulement les accords de distribution exclusive qui tombent sous l'interdiction d'abus de position dominante mais aussi ceux qui s'inscrivent dans le cadre des accords verticaux anticoncurrentiels.

¹² Au sujet des refus unilatéraux de vente, voir: *United States v. Colgate & Co*, Cour suprême des États-Unis, 1919. 250 U.S. 300, 39 S. Ct. 465, 53 1.Ed. 992, 7 A.L.R. 443. Également: *Eastman Kodak v. Image Technical Services, Inc.* 504 U.S. 451 (1992) (jugeant qu'un droit monopolistique de refus de traiter avec un concurrent n'est pas absolu, le jury devrait être autorisé à décider si les raisons avancées par le plaignant sont des prétextes).

e) Quand il ne s'agit pas d'atteindre des objectifs commerciaux légitimes, comme la qualité, la sécurité, une distribution ou un service satisfaisant:

[...]

iii) Imposer des restrictions à la revente ou à l'exportation des biens fournis ou d'autres biens quant au lieu ou à la personne du destinataire, ou quant à la forme ou au volume de ces biens;

35. Les accords conclus entre un fournisseur et son distributeur comportent souvent l'attribution d'un marché précis (répartition des marchés) ou d'une clientèle précise (répartition de la clientèle), c'est-à-dire des restrictions à la revente quant au lieu ou au destinataire. Par exemple, le droit concédé au distributeur peut être limité à la vente du produit en vrac par des grossistes ou à la vente directe à des détaillants. L'objet de ces restrictions est en général de minimiser la concurrence intramarques en empêchant le commerce parallèle par des tiers. Leurs effets se manifestent sur les prix et les conditions de vente, surtout en l'absence d'une forte concurrence intermarques sur le marché. Néanmoins les restrictions à la concurrence intramarques peuvent être insignifiantes ou favorables à la concurrence si la concurrence entre marques sur le marché considéré est forte.

36. La répartition des marchés peut consister en l'attribution, par le fournisseur, d'un certain marché au distributeur, à charge pour celui-ci de ne pas vendre à des clients résidant en dehors de ce marché ni à des clients qui, à leur tour, revendraient éventuellement les produits dans une autre région du pays.

37. Il y a répartition de la clientèle quand le fournisseur exige que l'acheteur ne revende qu'à un type de clients déterminé, par exemple uniquement à des détaillants. Les raisons de cette restriction sont ou bien que le fabricant souhaite préserver ou améliorer la réputation ou la qualité du produit, ou bien que le fournisseur veut peut-être se réserver les ventes par grandes quantités aux gros acheteurs, par exemple les ventes de véhicules aux entreprises qui entretiennent un parc complet ou les marchés avec l'État. La répartition de la clientèle peut aussi avoir pour but de limiter les ventes finales à certains points de vente, par exemple aux détaillants agréés remplissant des conditions déterminées. Elle vise parfois à empêcher l'approvisionnement des détaillants, afin d'imposer un prix de revente et de réduire le nombre des points de vente et de service.

38. Les accords de répartition des marchés et de la clientèle servent à appliquer des accords d'exclusivité qui permettent aux fournisseurs, s'ils détiennent une position dominante sur le marché du produit considéré, de cloisonner les marchés et de pratiquer ainsi des prix différenciés selon le maximum tolérable sur chaque marché. En outre, les systèmes de distribution sélective visent souvent à empêcher la revente par le biais d'exportations hors du marché concédé de peur qu'une concurrence par les prix ne s'instaure dans des régions où les prix sont fixés au niveau le plus élevé.

39. À ce propos, il convient de noter une fois de plus que de nombreux droits de la concurrence traitent des systèmes de distribution exclusive et sélective non seulement dans les dispositions relatives à l'abus de position dominante mais aussi dans celles qui interdisent les accords verticaux anticoncurrentiels.

e) *Quand il ne s'agit pas d'atteindre des objectifs commerciaux légitimes, comme la qualité, la sécurité, une distribution ou un service satisfaisant:*

[...]

iv) *Subordonner la fourniture de certains biens ou services à l'achat d'autres biens ou services auprès du fournisseur ou de la personne désignée par lui.*

40. Ce comportement est généralement dénommé «vente liée et vente par lots». Il consiste à offrir conjointement au moins deux produits (par exemple, les produits A et B). La vente liée consiste à ne vendre les produits qu'ensemble (par exemple, A+B). La vente groupée consiste à vendre les deux produits de manière conjointe (A+B) et séparément (A, B), auquel cas le premier est offert à un prix réduit – «remise de prix sur vente groupée»-. La vente liée est une pratique comparable, par laquelle le produit demandé n'est offert qu'avec le produit «lié» qui est aussi disponible séparément (A+B, B). Le produit «lié» peut être dénué de tout rapport avec le produit demandé ou appartenir à la même gamme. Des arrangements de ce genre sont imposés habituellement pour promouvoir la vente de produits qui se vendent mal et, en particulier, de ceux qui sont exposés à une concurrence plus forte de produits de substitution. Le fournisseur joue de sa position dominante sur le marché du produit demandé pour subordonner la vente à l'acceptation des autres produits.

41. La «vente liée et vente par lots» peut porter atteinte à la concurrence en entraînant une mainmise anticoncurrentielle sur le marché et en contribuant au maintien ou au renforcement de la puissance commerciale. La plupart des juridictions partent du principe selon lequel l'organisme chargé de la concurrence doit démontrer les effets anticoncurrentiels des accords de vente liée et de vente par lots alors que l'entreprise dominante a la charge de prouver que son comportement est justifié par des gains d'efficacité.

Formules différentes relevées dans des législations existantes

– «Vente liée et vente par lots»

Région/pays

Amérique latine

Brésil La loi n° 8.884 de 1994 interdit à une entreprise en position dominante de «subordonner la vente d'un produit à l'achat d'un autre produit ou à la commande d'un service, ou de subordonner la prestation d'un service ou la commande d'un autre service à l'achat d'un produit» (art. 20 et 21, XXIII).

Amérique du Nord

États-Unis La Cour suprême des États-Unis a donné la définition suivante de l'accord de vente liée: «un accord dans le cadre duquel une partie vend un produit donné mais seulement à la condition que l'acheteur achète aussi un produit différent (ou lié), ou accepte au moins de ne pas acheter le produit à un autre fournisseur¹³».

¹³ *Northern Pacific Railway Co v. United States*, 356 U.S. 1, 5 6, 78 S. CT. 514, 517, 2 L.Ed.2d 545 (1958).

Région/pays

Des arrangements de vente liée ont été jugés illégaux aux termes desquels des vendeurs exercent leur position de force sur le marché d'un produit pour forcer des acheteurs réticents à en acheter un autre¹⁴. La responsabilité de vente liée en vertu de l'article premier de la loi Sherman existe lorsque: i) sont concernés deux produits distincts; ii) le défendeur ne laisse d'autre choix à son client que d'acheter le produit lié afin de pouvoir se procurer le produit principal; iii) l'arrangement affecte un volume important d'échanges commerciaux entre États; et iv) le défendeur possède une situation de force sur le marché du produit principal¹⁵.

III. Autorisation ou dérogation

Les actes, pratiques ou opérations qui ne sont pas strictement interdits par la loi peuvent être autorisés ou faire l'objet d'une dérogation s'ils sont notifiés conformément aux dispositions de l'article 7, avant d'être réalisés, si les autorités compétentes sont informées avec exactitude de tous les faits pertinents, si les parties lésées ont la possibilité d'être entendues et s'il est ensuite déterminé que la conduite envisagée, telle qu'elle a été au besoin modifiée ou réglementée, est compatible avec les objectifs de la loi.

42. Sous certains droits de la concurrence, l'autorité de la concurrence peut autoriser un comportement qui n'est pas anticoncurrentiel a priori lorsque les éventuels gains d'efficacité l'emportent sur les effets anticoncurrentiels. Le droit européen de la concurrence européenne a appliqué cette formule pour les accords anticoncurrentiels et les pratiques concertées jusqu'en 2004. En d'autres termes, la Commission européenne n'était pas seulement habilitée à adopter des exemptions globales précisant les conditions dans lesquelles certaines catégories de contrats ne sont pas réputés anticoncurrentiels, mais elle autorisait aussi certains contrats et pratiques concertées à titre individuel sur demande des entreprises concernées. Cette dernière possibilité a été abandonnée en 2004, et il incombe désormais à chaque entreprise d'évaluer si son comportement est conforme aux prescriptions de la loi sur la concurrence.

43. Tous les pays qui se sont inspirés du droit de la concurrence de l'UE pour leur propre droit de la concurrence ont uniformément opté pour le passage à l'autoévaluation par les entreprises. Par exemple, plusieurs législations africaines sur la concurrence habilite toujours l'autorité de la concurrence à accorder des dérogations individuelles pour les accords et les pratiques concertées. Pour de plus amples renseignements sur cette question, on se reportera aux commentaires sur les chapitres 3 et 5.

44. On notera que traditionnellement, les autorisations et dérogations ne se rapportent qu'aux accords anticoncurrentiels et aux pratiques concertées. Toutefois, il n'est pas exclu que certains droits de la concurrence prévoient aussi cette possibilité pour l'abus de position dominante.

¹⁴ Voir *Jefferson Parish Hospital District n° 2 v. Hyde*, 466 V.S.2, 12(1984); *Northern Pacific Railway Co. v. United States*, 356 US1 6(1958); *Times-Picayune Publishing Co. v. United States*, 345 US 594, 605 (1953).

¹⁵ *Jefferson Parish Hospital District n° 2 v. Hyde*, 466 US.2 (1984); *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc.*; 504 US. 451, 461-62 (1992).