



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

Distr. limitée  
26 mai 2015  
Français  
Original : anglais

---

**Septième 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, 6-10 juillet 2015

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 (2015) :  
Chapitre IV révisé\***

---

\* Révision du document TD/RBP/CONF.7/L.4.



## 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 :*

*a) 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;*

*b) 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 :*

a) *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;*

b) *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: a) une réduction de la production ou des ventes et une hausse des prix; b) une détérioration de la qualité et de la variété des services ou produits; ou c) 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 en amont 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, tels que 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 de 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 contrecarrée 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'encadre 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.

## 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 superbénéfices. 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 incluent 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.

8. Quelle que soit la définition de la position dominante adoptée en droit de la concurrence, l'évaluation d'une position dominante dépend beaucoup 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.

9. Dans certaines juridictions, une position dominante peut être le fait non seulement d'une seule entreprise agissant unilatéralement, mais aussi de deux entreprises ou plus qui, agissant de concert, occupent une position de force sur le marché ou ont intérêt à agir de concert pour, ensemble, occuper une telle position (position dominante collective). Il s'agit de marchés très concentrés, où deux entreprises ou plus 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 européennes<sup>1</sup> dans le jugement « Vetro Piano » en Italie<sup>2</sup>, qui a été suivi peu après par la décision sur le dossier de la fusion entre Nestlé et Perrier<sup>3</sup>. 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**

Afrique du Sud L'article 7 de la loi n° 89 de 1998 sur la concurrence dispose qu'une entreprise a une position dominante sur un marché si elle contrôle : a) au moins 45 % du marché; b) entre 35 % et 45 % du marché, à moins de pouvoir démontrer qu'elle n'est pas en position de force; ou c) moins de 35 % du marché, mais est en position de force.

En application de l'article 8 de la loi, il est interdit à une entreprise dominante :

- a) De pratiquer des prix excessifs, au détriment des consommateurs;
- b) De refuser de donner à un concurrent accès à des installations essentielles quand cela est économiquement possible;

<sup>1</sup> Désormais appelé Tribunal de l'Union européenne.

<sup>2</sup> Commentaires émanant de la Commission de l'Union européenne. Jugement « Vetro Piano » en Italie, 10 mars 1992.

<sup>3</sup> Renseignements communiqués par la Commission européenne. Décision « Nestlé-Perrier », 22 juillet 1992.

c) De se livrer à des pratiques d'exclusion autres que celles énumérées au paragraphe d), si elles ont des effets anticoncurrentiels plus importants que les gains technologiques, d'efficacité ou autres favorables à la concurrence;

d) De se livrer aux pratiques d'exclusion ci-après, à moins que l'entreprise concernée ne puisse démontrer que les gains technologiques, d'efficacité ou autres favorables à la concurrence l'emportent sur les effets anticoncurrentiels de ces pratiques :

- i) Exiger qu'un fournisseur ou un client n'ait pas de relations commerciales avec un concurrent, ou l'inciter à agir de la sorte;
- ii) Refuser de fournir des biens rares à un concurrent quand cela est économiquement possible;
- iii) Subordonner la vente de biens ou de services à l'achat d'autres biens ou services n'ayant pas de lien avec l'objet du contrat ou à l'acceptation, par l'acheteur, d'une condition n'ayant pas de lien avec l'objet du contrat;
- iv) Vendre des biens ou des services à un prix inférieur à leur coût marginal ou à leur coût variable moyen;
- v) Procéder à des achats massifs de biens intermédiaires ou de ressources rares dont un concurrent a besoin.

Zambie

L'article 15, partie III, de la loi n° 24 de 2010 sur la concurrence et la protection des consommateurs indique qu'une entreprise est en position dominante pour ce qui est de la fourniture de biens ou de services si : a) 30 % ou plus de ces biens ou services sont fournis ou acquis par une seule entreprise ou si b) 60 % ou plus de ces biens ou services sont fournis ou acquis par au plus trois entreprises.

L'article 16 interdit l'abus de position dominante en indiquant qu'une entreprise doit s'abstenir de tout acte ou comportement si, par l'abus ou l'acquisition d'une position dominante sur le marché, celui-ci limite l'accès au marché ou, d'une autre manière, restreint indûment la concurrence, ou a ou risque d'avoir des effets préjudiciables au commerce ou à l'économie en général. Aux fins de cette partie, l'expression « abus de position dominante » s'entend notamment des pratiques ci-après :

- a) Imposer de façon directe ou indirecte des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction non équitables;
- b) Limiter la production, les débouchés ou l'accès aux marchés, les investissements, le développement technique ou les progrès technologiques d'une manière qui affecte la concurrence;
- c) Appliquer à l'égard de partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes;
- d) Subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de conditions supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats;
- e) Refuser à toute personne l'accès à des installations essentielles;
- f) Pratiquer des prix excessifs, au détriment des consommateurs; ou
- g) Vendre des biens à un prix inférieur à leur coût marginal ou à leur coût variable.

**Asie-Pacifique****Chine**

Conformément à l'article 17 de la loi antimonopole de la Chine, est définie comme position dominante la position détenue sur le marché par une entreprise qui a la capacité de contrôler le prix ou la quantité de marchandises ou toute autre condition de transaction sur le marché considéré, ou encore de freiner ou d'affecter l'entrée d'autres entreprises sur le marché considéré.

En outre, six importants facteurs, énoncés à l'article 18, sont utilisés pour juger de la position dominante d'une entreprise :

- a) La part de marché de l'entreprise et son statut concurrentiel sur le marché considéré;
- b) L'aptitude d'une entreprise à contrôler les ventes ou l'approvisionnement en matières premières;
- c) Les conditions financières et technologiques de l'entreprise;
- d) La mesure dans laquelle d'autres entreprises dépendent de l'entreprise en question dans les transactions;
- e) Le degré de difficulté avec laquelle d'autres entreprises entrent sur le marché considéré;
- f) D'autres facteurs pertinents pour juger de la position dominante d'une entreprise.

L'article 19 1) dispose qu'il existe une présomption réfragable de position dominante lorsqu'une entreprise satisfait à l'une des conditions suivantes :

- a) La part de marché d'une entreprise représente 50 % au moins du marché considéré;
- b) La part de marché conjointe de deux entreprises représente au moins les deux tiers du marché considéré;
- c) La part de marché conjointe de trois entreprises représente au moins les trois quarts du marché considéré.

Cependant, au titre des conditions prévues à l'article 19, 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 n'est pas considérée comme dominante si elle peut prouver le contraire.

**Inde**

L'article 4 de 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, qui lui permet d'opérer indépendamment des forces concurrentielles qui règnent sur le marché considéré ou 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. Le même article dispose qu'aucune entreprise ou aucun groupe ne doit exercer un usage abusif de sa position dominante. Est considérée comme exerçant un abus de position dominante toute entreprise qui impose de façon directe ou indirecte des conditions ou des prix, y compris des prix abusivement bas, non équitables ou discriminatoires pour l'achat ou la vente de biens ou de services.



## Région/pays

Mongolie En application de la loi de 2010 sur la concurrence de la Mongolie, une entreprise est considérée en position dominante lorsque, soit seule, soit avec d'autres entreprises ou une entreprise apparentée, elle domine le marché d'un bien particulier et compte pour au moins un tiers dans la production et les ventes de ce bien (art. 5.2). En outre, en application de l'article 5.3, une entreprise qui ne répond pas au critère énoncé à l'article 5.2 mais qui est capable d'empêcher l'entrée sur le marché d'autres entreprises ou d'évincer celles qui s'y trouvent déjà est considérée en position dominante, selon le type de produit, les limites géographiques et la concentration du marché, ainsi que la puissance commerciale.

**Europe (Union européenne)**

République tchèque L'article 10 1) de la loi de 2001 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'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 (leur) part du marché considéré au cours de la période examinée ne dépasse 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 % du chiffre d'affaires global. Les entreprises dotées de droits spéciaux ou de droits d'exclusivité, ou qui contrôlent des installations essentielles, sont également considérées comme dominantes; voir le paragraphe 13 de la loi de 2001 sur la concurrence.

Union européenne L'article 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne interdit l'abus de position dominante sans définir celle-ci. Dans leur pratique judiciaire, les institutions européennes ont défini la position dominante comme une situation de puissance économique détenue par une entreprise qui lui donne le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et, finalement, des consommateurs<sup>4</sup>. 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 énonce les critères qu'elle doit prendre en compte pour apprécier l'existence d'une position dominante, en particulier :

<sup>4</sup> Voir Cour de Justice de l'Union européenne, affaire 27/76, *United Brands Company and United Brands Continentaal BV c. Commission des Communautés européennes* (1978), Recueil de jurisprudence de la Cour de justice, p. 207, par. 65; Cour de Justice de l'Union européenne, affaire 85/76 *Hoffmann-La Roche & Company c. Commission des Communautés européennes* (1979) Recueil de jurisprudence de la Cour de justice, p. 461, par. 38.

a) 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);

b) Les contraintes constituées par la menace crédible d'une future expansion des concurrents actuels ou de l'entrée de concurrents potentiels (expansion et entrée);

c) Les contraintes résultant de la puissance de négociation des clients de l'entreprise (puissance d'achat compensatrice).

Allemagne

Conformément au paragraphe 19 de la loi sur les restrictions à la concurrence, une entreprise détient une position dominante lorsque, en tant que fournisseur ou acheteur de certains types de biens ou de services commerciaux sur le marché de produits et/ou marché géographique considéré, elle n'a pas de concurrent ou n'est pas exposée à une concurrence importante, ou est en position de force sur le marché par rapport à ses concurrents. À cette fin, il faut 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 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 biens ou de services commerciaux et où elles satisfont collectivement 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 d'entreprises qui comporte : a) trois entreprises ou moins dont la part de marché combinée est de 50 %; ou b) cinq entreprises ou moins dont 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.

Lituanie

En vertu de la loi de 1999 sur la concurrence, modifiée en dernier lieu en 2012, une position dominante s'entend de la position détenue, sur le marché considéré, par une ou plusieurs entités économiques qui ne sont directement confrontées à aucune concurrence ou qui sont capables d'influer unilatéralement sur une décision en restreignant la concurrence de manière efficace. La présomption de position dominante est établie lorsque la part de marché détenue est de 40 %. 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 : il est de 30 % dans le cas d'une entité économique individuelle et de 55 % dans le cas d'une position dominante conjointe détenue par trois ou moins entités économiques [art. 3 2)].

Pologne

Conformément à l'article 4 10) de la loi du 16 février 2007 sur la concurrence et la protection des consommateurs, une entreprise est considérée comme dominante si la position qu'elle occupe sur le marché lui permet d'empêcher une concurrence efficace sur le marché considéré et donc d'agir, dans une large mesure, de manière indépendante par rapport à ses concurrents, aux

*Région/pays*

parties contractantes et aux consommateurs. Une entreprise est présumée détenir une position dominante lorsque sa part de marché dépasse 40 %.

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 fournisseurs, à ses clients ou à ses concurrents, et donc de modifier le prix ou toute autre caractéristique du produit ou du service concerné à son propre avantage.

**Europe (hors Union européenne)**

Fédération de Russie L'article 5 1) de la loi fédérale de 2006 sur la protection de la concurrence, modifiée en 2011, définit une position dominante comme étant la position détenue par une ou plusieurs unités économiques sur le marché d'une marchandise particulière qui donne à celle(s)-ci la possibilité d'exercer une influence décisive sur les conditions générales de la circulation de cette marchandise sur le marché considéré, d'exclure d'autres unités économiques dudit marché et/ou d'entraver l'accès d'autres unités économiques à ce marché. L'article 5 1) prévoit une présomption réfragable de position dominante si une entreprise détient une part de marché supérieure à 50 %.

Conformément à l'article 5 2), une unité économique dont la part d'un marché particulier ne dépasse pas 35 % n'est pas jugée dominante, sauf dans les cas prévus aux paragraphes 3, 6 et 6.1 de cet article. En application du paragraphe 6.1 de l'article 5 2), un agent économique dont la part de marché est inférieure à 35 % est jugé dominant si toutes les conditions ci-après sont réunies :

a) L'agent économique peut unilatéralement fixer le niveau de prix d'une marchandise et exercer une influence décisive sur les conditions générales de sa vente sur le marché considéré;

b) L'accès au marché considéré de nouveaux concurrents est entravé, notamment en raison de restrictions économiques, technologiques, administratives ou autres;

c) La marchandise vendue ou achetée par un agent économique ne peut être remplacée par une autre marchandise, en particulier lorsqu'elle est consommée à des fins industrielles;

d) La modification du prix d'une marchandise n'induit pas une baisse de la demande pour cette marchandise.

**Amérique latine**

Brésil L'article 36 2) de la loi n° 12.529 du 30 novembre 2011 dispose qu'une entreprise ou un groupe d'entreprises qui, unilatéralement ou conjointement, peut modifier les conditions du marché ou contrôler 20 % ou plus du marché considéré détient une position dominante, étant entendu que ce pourcentage peut être modifié par l'autorité brésilienne de la concurrence pour certains secteurs de l'économie.

Colombie L'article 45 du 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.

*Région/pays*

Costa Rica

L'article 15 de la loi n° 7472 dispose que, pour déterminer si un agent économique occupe une position de force sur le marché considéré, les facteurs ci-après doivent être pris en compte :

- a) Sa participation sur ce marché et sa capacité à fixer les prix unilatéralement ou à restreindre, de manière substantielle, l'offre sur le marché considéré, sans que les autres agents économiques ne puissent, actuellement ou à l'avenir, contrer cette position;
- b) L'existence d'obstacles à l'entrée sur le marché et les éléments qui, vraisemblablement, peuvent influencer sur ces obstacles et l'approvisionnement des autres concurrents;
- c) L'existence d'autres concurrents et leur position sur le marché;
- d) Les possibilités d'accès aux sources d'intrants pour l'agent économique et ses concurrents;
- e) Ses comportements récents.

Nicaragua

L'article 21 de la loi n° 601 sur la promotion de la concurrence dispose que, pour déterminer si un agent économique détient une position dominante sur le marché considéré, les facteurs ci-après doivent notamment être pris en compte :

- a) L'existence d'obstacles, économiques ou juridiques, à l'entrée sur le marché des biens ou des services, et les éléments qui, vraisemblablement, peuvent influencer sur ces obstacles et l'approvisionnement des autres concurrents;
- b) Les possibilités d'accès aux sources d'intrants pour l'agent économique et ses concurrents;
- c) Ses comportements récents face à l'offre et à la demande sur le marché considéré;
- d) La possibilité de substitution ou de concurrence entre les marques, les produits ou les brevets sur le marché considéré;
- e) La position économique, financière ou technologique des agents économiques concurrents parties à la transaction.

**Amérique du Nord**

Canada

Conformément à l'article 79 1) de la loi sur la concurrence, avant de sanctionner l'abus de position dominante, le tribunal doit d'abord constater « a) 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; b) que cette personne ou ces personnes se livrent ou se sont livrées à une pratique d'agissements anticoncurrentiels; et c) que la pratique a, a eu ou aura vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence dans un marché ».

Dans ses lignes directrices révisées concernant les dispositions sur l'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.

*Région/pays*

États-Unis d'Amérique	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 [ <i>United States v. E. I. du Pont de Nemours and Company</i> , 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 situation de monopole.
--------------------------	---

<p><i>II. Actes ou comportements réputés abusifs</i></p>
--

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, certaines lois sur la concurrence établissent des listes non exhaustives d'actes qui sont réputés abusifs et sont interdits. Parmi ces types de comportement 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 IV 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 dans ce chapitre ne reflète pas nécessairement leur fréquence ou leur gravité du point de vue de leurs effets anticoncurrentiels. En outre, 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). Un certain nombre de régimes de droit de la concurrence ont toujours suivi une approche fondée sur la

forme, l'autorité de la concurrence étant chargée de déterminer si le comportement examiné correspond 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. L'utilisation 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 consommateurs<sup>5</sup>. D'autres juridictions estiment que des perspectives raisonnables ou une probabilité dangereuse de récupérer les pertes consenties ne sont pas nécessaires pour établir l'existence de prix d'agression<sup>6</sup>. 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 de biens ou de services pour mettre fin aux activités d'un concurrent, 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.

<sup>5</sup> *Brooke Group Ltd v. Brown and Williamson Tobacco Corporation*, Cour suprême des États-Unis, 509 U.S. 209, 113 S. Ct. 2578, 125 L.Ed2d 168 (1993).

<sup>6</sup> *Tetra Pak International SA c. Commission*, affaire T-83/91 (1994) Recueil de jurisprudence de la Cour de justice II-755 et Tribunal de première instance, affaire C-333/94P (1996), Recueil de jurisprudence de la Cour de justice I-5951, Cour de justice de l'Union européenne.

## Formules différentes relevées dans les législations existante : comportement prédateur

Région/pays

### Asie-Pacifique

Australie	<p>Les prix d'agression font l'objet de deux dispositions de l'article 46 de la loi de 2010 sur la concurrence et la protection des consommateurs : le paragraphe 1AAA prévoit que si une société fournit des biens ou des services pendant une période prolongée à un prix inférieur au prix coûtant, cette société peut enfreindre le paragraphe 1, qui définit l'abus de position dominante, 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.</p> <p>Le paragraphe 1AA dispose quant à lui que toute société détenant une part de marché notable ne doit pas fournir, ni proposer de fournir, des biens ou des services pendant une période prolongée à un prix inférieur au prix coûtant dans le but de poursuivre l'un des objectifs ci-après :</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>a) Éliminer un concurrent de la société ou d'une personne morale liée à celle-ci ou lui causer un préjudice notable sur le marché considéré ou sur tout autre marché;</li> <li>b) Empêcher l'entrée d'une personne sur le marché considéré ou sur tout autre marché;</li> <li>c) Dissuader ou empêcher une personne d'entrer en concurrence sur le marché considéré ou sur tout autre marché.</li> </ul>
Chine	<p>L'article 17 de la loi antimonopole du 30 août 2007 de la Chine interdit à une entreprise dominante de vendre des produits à un prix inférieur au prix coûtant sans motif valable.</p>
Mongolie	<p>L'article 7.1.4 de la loi de 2010 sur la concurrence de la Mongolie interdit à une entreprise dominante de vendre ses produits à un prix inférieur au coût réel dans le but d'empêcher l'entrée d'autres entreprises sur le marché ou de les évincer dudit marché.</p>

### Europe (Union européenne)

Union européenne	<p>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 ou d'autres conditions de transaction non équitables 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 aux consommateurs.</p>
------------------	--

## Région/pays

Hongrie L'article 21 h) de la loi LVII de 1996 sur la concurrence, modifiée en dernier lieu en 2010, 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 L'article 36 3) XV) de la loi n° 12529 du 30 novembre 2011 interdit à une entreprise en position dominante de vendre des biens ou des services à un prix exagérément bas.

Colombie Le décret n° 2153 de 1992 dispose qu'en cas de position dominante, les prix d'agression sont considérés comme abusifs. L'article 50 indique clairement 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.

**Amérique du Nord**

États-Unis La Cour suprême des États-Unis 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; 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 v. Brown and Williamson Tobacco Corporation*, 509 U.S. (1993). Voir aussi : *Cargill Inc. v. Montfort of Colorado Inc.*, 479 U.S. 104, 117 (1986)]. Selon la Cour suprême, 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 Company v. Zenith Radio Corporation*, 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 groupées »)<sup>7</sup>.

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*

---

Australie	La fixation de prix discriminatoires avait été interdite au titre de l'article 49 de la loi de 1974 sur les pratiques commerciales. Cette interdiction a toutefois été abrogée par la loi de 1995 sur la réforme de la politique de la concurrence. En application de la loi de 2010 sur la concurrence et la protection des consommateurs actuellement en vigueur, cette pratique n'est pas purement et simplement interdite. Néanmoins, la fixation de prix discriminatoires peut dans des circonstances précises violer l'article 46 de la loi, qui interdit l'abus de position dominante.
Colombie	En application de l'article 50 du décret n° 2153 de 1992, les actes ci-après qui sont de nature discriminatoire sont considérés comme un abus lorsque l'entreprise détient une position dominante : application, dans le cadre de prestations équivalentes, de dispositions discriminatoires qui désavantagent un consommateur ou un fournisseur par rapport à un autre consommateur ou

---

<sup>7</sup> R. O'Donoghue et A. J. Padilla, 2013, *The Law and Economics of Article 102 TFEU* [Treaty on the Functioning of the European Union], Hart Publishing, Oxford, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord.

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.

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 (art. 10.2 b) du décret législatif n° 1034 portant approbation de la loi sur la répression du comportement anticoncurrentiel).

Afrique du Sud L'article 9 de la loi n° 89 de 1998 sur la concurrence établit les interdictions ci-après concernant la fixation de prix discriminatoires par une entreprise dominante : un acte effectué par une entreprise dominante en tant que vendeur de biens ou de services constitue une fixation de prix discriminatoires dans les cas suivants :

a) L'acte est susceptible d'avoir pour effet d'empêcher la concurrence ou de la restreindre de manière notable;

b) L'acte concerne la vente, dans le cadre de prestations équivalentes, de biens ou de services d'une qualité similaire à des acheteurs différents; et

c) L'acte suppose une discrimination entre ces acheteurs concernant :

i) Le prix demandé pour les biens ou les services;

ii) Une remise, une réduction, un rabais ou un crédit accordé ou autorisé pour la fourniture de biens ou de services;

iii) La prestation de services à l'égard des biens ou services fournis;

iv) Le paiement des services accompagnant les biens ou les services.

Toutefois, une pratique consistant à accorder un traitement différencié aux acheteurs dans les cas recensés au point c) ne constitue pas une fixation de prix discriminatoires si l'entreprise dominante établit que le traitement différencié :

a) Traduit seulement, dans une mesure raisonnable, le fait que les coûts réels ou probables de fabrication, de distribution, de vente, de promotion ou de livraison des biens ou des services varient selon le lieu où ils sont fournis aux différents acheteurs, la façon dont ils le sont et la quantité;

b) Consiste en actes accomplis de bonne foi pour s'aligner sur un prix ou un avantage offert par un concurrent;

c) Est attribuable à l'évolution des conditions du marché des biens ou services concernés, notamment les suivantes :

i) Toute mesure prise en raison de la détérioration réelle ou imminente de marchandises périssables;

ii) Toute mesure prise en raison de l'obsolescence des marchandises;

Région/pays

- iii) Une vente effectuée dans le cadre d'une procédure de liquidation ou de mise sous séquestre;
- iv) Une vente effectuée de bonne foi dans le cadre d'une cessation d'activité pour les biens ou services concernés.

*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 devrait aussi être souligné 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

#### **Afrique**

Afrique du Sud L'article 5 2) de la loi n° 89 de 1998 sur la concurrence dispose que la fixation de prix de revente minimaux est interdite. Toutefois, l'article 5 3) prévoit qu'un fournisseur ou un producteur peut recommander un prix de revente minimal au revendeur d'un bien ou d'un service dans les cas suivants :

- a) Le fournisseur ou le producteur indique clairement au revendeur que la recommandation n'est pas contraignante;
- b) Si le prix est indiqué sur le produit, il est accompagné de la mention « prix recommandé ».

#### **Asie**

Chine En application de l'article 14 de la loi antimonopole de la Chine, toute entente intervenant entre une entreprise et ses partenaires commerciaux aux fins ci-après est interdite : fixer les prix des marchandises destinées à être revendues à une tierce partie, limiter le prix minimal des marchandises destinées à être revendues à une tierce partie ou tout autre accord monopolistique jugé comme tel par l'autorité antimonopole du Conseil d'État.

**Europe**

(Union européenne) Le droit de la concurrence de l'Union européenne 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'article 4 a) du règlement de 2010 concernant l'exemption par catégorie d'accords verticaux, la fixation du prix de revente constitue une restriction absolue qui exclut l'application de l'exemption par catégorie à l'accord vertical en question. Elle est définie comme le fait de restreindre la capacité de l'acheteur de déterminer son prix de vente, sans préjudice de la possibilité pour le fournisseur d'imposer un prix de vente maximal ou de recommander un prix de vente, à condition que ces derniers n'équivalent pas à un prix de vente fixe ou minimal sous l'effet de pressions exercées ou d'incitations par l'une des parties.

Suède En Suède, une approche économique a été choisie concernant la fixation du prix de revente. La fixation de prix minimaux, 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 de 2008 sur la concurrence. En particulier, l'article 7 du chapitre 2 de la loi dispose que tout abus par une ou plusieurs entreprises d'une position dominante sur le marché est interdit. Cet abus peut consister à imposer de façon directe ou indirecte des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction non équitables. Cependant, la fixation de prix maximaux de revente n'est pas interdite d'une manière générale.

**Amérique latine**

Brésil En application de l'article 36, section IX, de la loi n° 12.529 du 30 novembre 2011 sur la concurrence du Brésil, l'imposition, dans le cadre du commerce de biens ou de services, aux distributeurs, aux détaillants et aux représentants de prix de revente, de remises, de conditions de paiement, de volumes minimum ou maximum, de marges de profit, ou de toutes autres conditions de marché dans le cadre de leurs relations commerciales avec des tiers constitue une violation de l'ordre économique si cette pratique vise à limiter la concurrence, à contrôler le marché considéré, à augmenter les profits de manière arbitraire et à exploiter abusivement une position dominante, tel qu'établi dans le chapeau dudit article.

**Amérique du Nord**

Canada Précédemment, la loi canadienne sur la concurrence sanctionnait au pénal la fixation du prix de revente. Toutefois, en 2009, cette interdiction a été remplacée par une disposition exécutoire au civil qui habilite le Tribunal canadien de la concurrence à interdire la pratique seulement si elle a « pour effet de nuire à la concurrence » (art. 76 de la loi sur la concurrence). 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 ».

Région/pays

États-Unis

La Cour suprême des États-Unis a jugé que la fixation du prix de revente minimal est illégale a priori 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 *Business Electronics Corporation v. Sharp Electronics Corporation*, 485 U.S. 717, 720, 724 (1988)]. Comme la fixation du prix de revente maximal peut avoir pour conséquence une baisse des prix, la Cour suprême a récemment jugé que cette pratique n'est pas illégale a priori. À la place, elle a analysé 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 visées 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 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 susmentionnée de la loi type<sup>8</sup>.

<sup>8</sup> Cette pratique a fondé l'arrêt 3/78 rendu par la Cour de justice (1978), Recueil de jurisprudence de la Cour de justice, p. 1823. Dans une action en justice intentée par Centrafarm BV contre 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 ses droits de propriété intellectuelle, et Centrafarm quant à elle a allégué que les deux médicaments étaient identiques et qu'en conséquence, les droits de propriété intellectuelle d'AHP avaient été épuisés 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.

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 aucun effet sur l'existence de droits de distribution exclusive dans un autre pays, de sorte que les titulaires d'un droit de propriété intellectuelle local dans ce pays ou dans un autre 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 exclues<sup>9</sup>. Enfin, selon le principe de l'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 minimale énoncée à l'article 6 de l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, également connu sous le nom d'Accord sur les ADPIC.

26. Les défenseurs de l'interdiction des importations parallèles font valoir qu'un titulaire de droit de propriété intellectuelle local qui fait du commerce de détail en ayant l'exclusivité territoriale est plus enclin à investir dans le service après-vente ou les conseils avant-vente, par exemple, 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*

Costa Rica	Le régime de propriété intellectuelle du Costa Rica autorise les importations parallèles sur la base du principe de l'épuisement international, pour autant qu'il n'affecte pas de façon injustifiée le fonctionnement normal du brevet ou ne cause pas un préjudice déraisonnable aux intérêts légitimes du titulaire ou
------------	---

<sup>9</sup> Voir K. Maskus, 2001. Parallel imports in pharmaceuticals : Implications for 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](http://www.wipo.int/export/sites/www/about-ip/en/studies/pdf/ssa_maskus_pi.pdf), consultée le 19 mai 2015.

## Région/pays

	du détenteur de permis (art. 16.2 de la loi n° 6867 sur les brevets, les dessins et modèles industriels et les modèles d'utilité, modifiée en dernier lieu en 2008).
Union européenne	<p>Selon le principe de l'épuisement à l'échelle de l'Union européenne, les titulaires d'un droit de propriété intellectuelle ne sont pas autorisés à restreindre les importations parallèles sur le territoire de l'Union européenne. Cela entre de façon constante dans le champ de compétence de la Cour de justice de l'Union européenne depuis son arrêt historique <i>Deutsche Grammophon/Metro</i><sup>10</sup> :</p> <p>« 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. ».</p>
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.
Nouvelle-Zélande	<p>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 :</p> <p>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 :</p> <p>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</p> <p>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 :</p> <p>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;</p> <p>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;</p> <p>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);</p>

<sup>10</sup> Cour de justice de l'Union européenne, arrêt 78/70 (1971), Recueil de jurisprudence de la Cour de justice, 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.
Afrique du Sud	En application de l'article 56 2) e) de la loi n° 57 de 1978 sur les brevets, modifiée en 2002, une licence obligatoire peut être accordée si la demande concernant un produit protégé par un brevet est satisfaite par l'importation, et que le prix pratiqué par le titulaire du brevet, le détenteur de la licence ou l'agent est excessif par rapport au prix pratiqué dans les pays où l'article breveté est fabriqué par le titulaire du brevet, son prédécesseur en droit ou son ayant cause, ou visé par une licence.
Zimbabwe	L'article 24A de la loi sur les brevets dispose que les importations parallèles sont autorisées « si le coût d'importation d'un produit est inférieur au coût d'achat de ce produit auprès du titulaire de brevet » <sup>11</sup> .

*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 devrait garder à l'esprit toutefois que les refus de traiter ne sont 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 et la réputation du produit du fabricant, par exemple. Il en va de même quand l'entreprise annonce d'avance les circonstances dans lesquelles elle refusera de vendre.

<sup>11</sup> Organisation mondiale de la propriété intellectuelle, Exceptions et limitations relatives aux droits de brevet : épuisement des droits de brevet, 6 octobre 2014 (SCP/21/7), disponible à l'adresse : [http://www.wipo.int/edocs/mdocs/scp/fr/scp\\_21/scp\\_21\\_7.pdf](http://www.wipo.int/edocs/mdocs/scp/fr/scp_21/scp_21_7.pdf), consultée le 19 mai 2015.



## Formules différentes relevées dans des législations existantes : refus de traiter

### Région/pays

Brésil	L'article 36, section XI, de la loi n° 12529 dispose que le fait de refuser de vendre des biens ou de fournir des services suivant les conditions de paiement qui s'appliquent aux pratiques et politiques commerciales ordinaires constitue une violation de l'ordre économique.
Chine	L'article 17 3) de la loi antimonopole de la République populaire de Chine dispose qu'une entreprise détenant une position dominante sur le marché ne doit pas exploiter celle-ci de façon abusive en refusant de traiter avec un partenaire commercial sans motif valable.
Union européenne	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 indique qu'elle considérera qu'il y a lieu de traiter le refus de fourniture ou la compression des marges en priorité si les trois conditions suivantes sont réunies : le refus porte sur un produit ou un service qui est objectivement nécessaire pour pouvoir exercer une concurrence efficace sur un marché en aval, le refus est susceptible de conduire à l'élimination d'une concurrence effective sur le marché en aval, et le refus est susceptible de léser le consommateur.
Afrique du Sud	L'article 8 b) de la loi n° 89 de 1998 sur la concurrence indique qu'il est interdit à une entreprise dominante de refuser de donner à un concurrent accès à des installations essentielles quand cela est économiquement possible. En application de l'article 8 d) ii), il est également interdit à une entreprise dominante de refuser de fournir des biens rares à un concurrent quand cela est économiquement possible, à moins que l'entreprise concernée ne puisse démontrer que les gains technologiques, d'efficacité ou autres favorables à la concurrence l'emportent sur les effets anticoncurrentiels de cette pratique.
États-Unis	<p>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 Company v. Aspen Highlands Skiing Corporation</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 et de la difficulté qu'il y a à identifier le comportement anticoncurrentiel d'une seule entreprise et à y remédier [...].</p> <p>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 utilité<sup>12</sup>.</p>

<sup>12</sup> Au sujet des refus unilatéraux de vente, voir *United States v. Colgate and Company*, Cour suprême des États-Unis, 1919. 250 U.S. 300, 39 S. Ct. 465, 53 L.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 :*

*[...]*

*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.

*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 ou groupée ». La vente groupée consiste à offrir conjointement au moins deux produits, par exemple les produits A et B. La vente groupée pure consiste à ne vendre les deux produits qu'ensemble (par exemple, A+B), et la vente groupée mixte, à vendre les deux produits ensemble (A+B) ou séparément (A, B), auquel cas le premier est offert à un prix réduit – rabais multiproduits –. 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 vente liée sont souvent imposés pour promouvoir la vente de produits qui se vendent moins rapidement 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 ou groupée peut porter atteinte à la concurrence en débouchant sur une éviction anticoncurrentielle et en contribuant au maintien ou au renforcement d'une position de force sur le marché. 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 ou de vente groupée 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 : ventes liées et groupées

Région/pays

### Afrique

Afrique du Sud L'article 8 d) iii) de la loi n° 89 de 1998 sur la concurrence indique qu'il est interdit à une entreprise dominante de subordonner la vente de biens ou de services à l'achat d'autres biens ou services n'ayant pas de lien avec l'objet du contrat ou à l'acceptation, par l'acheteur, d'une condition n'ayant pas de lien avec l'objet du contrat.

### Asie

Chine L'article 17 5) de la loi antimonopole de la Chine dispose qu'une entreprise détenant une position dominante ne doit pas exploiter celle-ci de façon abusive pour se livrer à des pratiques telles que la vente liée de produits ou l'imposition de conditions déraisonnables sans motif valable.

### Europe

Union européenne L'article 102 d) du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne interdit toute pratique abusive consistant à subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats. Les points 47 à 50 des orientations sur les priorités retenues par la Commission européenne 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 indiquent que, en principe, la Commission interviendra au titre de l'article 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne lorsqu'une entreprise occupe une position dominante sur le marché liant et que les conditions suivantes sont également réunies: les produits liants et liés sont des produits distincts et la vente liée est susceptible de déboucher sur une éviction anticoncurrentielle.

### Amérique latine

Brésil En application de l'article 36, section XVIII, de la loi n° 12529 de 2011, le fait de subordonner la vente de biens à l'acquisition ou à l'utilisation d'un autre bien, ou encore de subordonner la prestation de services à l'acquisition ou à l'utilisation d'un autre service, constitue une violation de l'ordre économique.

### 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 fournisseur<sup>13</sup>.

Ont ainsi été jugés illégaux des arrangements de vente liée aux termes desquels des vendeurs exploitent leur position de force sur le marché d'un produit pour

<sup>13</sup> Voir *Northern Pacific Railway Company v. United States*, 356 U.S. 1, 5 6, 78 S. Ct. 514, 518, 2 L.Ed.2d 545 (1958).

---

 Région/pays
 

---

forcer des acheteurs réticents à en acheter un autre<sup>14</sup>. La responsabilité de vente liée en vertu de l'article premier de la loi Sherman existe lorsque :

- a) Sont concernés deux produits distincts;
- b) Le défendeur ne laisse d'autre choix à son client que d'acheter le produit lié afin de pouvoir se procurer le produit principal;
- c) L'arrangement affecte un volume important d'échanges commerciaux entre États;
- d) Le défendeur occupe une position de force sur le marché du produit principal<sup>15</sup>.

La Cour suprême des États-Unis a expliqué ce qui suit, dans l'affaire *Jefferson Parish*, 466 U.S., 12, 104 S. Ct. 1551: nos affaires ont permis de conclure que la caractéristique essentielle d'un accord de vente liée invalide concerne le fait que le vendeur exploite le contrôle qu'il détient sur le produit principal pour forcer l'acheteur à acheter un produit lié qu'il ne voulait pas du tout, ou qu'il aurait pu préférer acheter ailleurs à des conditions différentes. Au fil des ans, cependant, la forte désapprobation exprimée par la Cour à l'égard des accords de vente liée a sensiblement diminué. Dans ses avis les plus récents, la Cour, plutôt que de s'appuyer sur des hypothèses, a exigé que la position de force du vendeur du produit principal soit démontrée<sup>16</sup>.

Dans l'affaire *Jefferson Parish Hospital District. N° 2 v. Hyde*, 466 U.S. 2, 104 S. Ct. 1551, 80 L.Ed.2d 2 (1984), la Cour suprême a répété que, conformément à une jurisprudence constante, si le gouvernement a accordé au vendeur un brevet ou un monopole similaire pour un produit, il est raisonnable de présumer que l'impossibilité d'acheter ce produit ailleurs donne au vendeur une position de force sur le marché (Id., 16, 104 S. Ct. 1551). Cette présomption de position de force, qui s'applique dans le contexte antitrust lorsqu'un vendeur subordonne la vente d'un produit breveté (le produit principal) à l'achat d'un second produit (le produit lié), trouve son fondement dans la notion d'usage abusif des brevets créée par les tribunaux [voir *United States v. Loew Inc.*, 371 U.S. 38, 46, 83 S. Ct. 97, 9 L.Ed.2d 11 (1962)]. En 1988, le Congrès a sensiblement sapé ce fondement en modifiant la loi sur les brevets pour éliminer la présomption de position de force sur le marché dans les affaires d'usage abusif des brevets [voir 102 Stat. 4676, codifié à 35 U.S.C. par. 271 d)]. La question soumise à la Cour dans l'affaire *Illinois Tool Works Inc. v. Independent Ink, Inc.* était de savoir si la présomption de position de force détenue sur le marché pour un produit breveté devait continuer d'être invoquée dans la législation antitrust malgré son abandon dans le droit des brevets. La Cour a conclu que le simple fait qu'un produit principal était breveté ne confirmait pas une telle présomption<sup>17</sup>.

---

<sup>14</sup> Voir *Northern Pacific Railway Company v. United States*, 356 U.S. 1, 6 (1958); *Times-Picayune Publishing Company v. United States*, 345 U.S. 594, 605 (1953).

<sup>15</sup> Voir *Eastman Kodak Company v. Image Technical Services Inc.*, 504 U.S. 451, 461–62 (1992).

<sup>16</sup> Voir *Illinois Tool Works, Inc. v. Independent Ink, Inc.*, 547 U.S. 28, 34–35, 126 S. Ct. 1281, 1286, 164 L. Ed. 2d 26 (2006).

<sup>17</sup> Voir *Illinois Tool Works, Inc. v. Independent Ink, Inc.*, 547 U.S. 28, 31, 126 S. Ct. 1281, 1284, 164 L. Ed. 2d 26 (2006).

### 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. Selon certaines lois sur 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 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 par catégorie 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 du droit de la concurrence.

43. Les pays qui se sont inspirés du droit de la concurrence de l'Union européenne pour leur propre loi sur la concurrence n'ont pas tous opté pour le passage à l'auto-évaluation par les entreprises. Par exemple, plusieurs législations africaines en la matière 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 III et V.

44. 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.

45. Par exemple, l'article 16 4) de la loi de 2002 de la Barbade sur la concurrence indique qu'une entreprise ne sera pas considérée comme ayant exercé un usage abusif de sa position dominante si la Commission estime :

a) Que son comportement vise exclusivement à améliorer la production ou la distribution de marchandises ou à promouvoir un progrès technique ou économique, et qu'il réserve aux consommateurs une partie du profit qui en résulte;

b) Que l'effet réel ou probable de son comportement sur le marché est attribuable à ses excellents résultats en matière de concurrence;

c) Que l'entreprise applique un droit au titre d'un droit d'auteur, brevet, dessin ou modèle ou marque déposé existant, sauf si la Commission de la concurrence estime que l'exercice de ces droits :

i) A pour effet de diminuer sensiblement la concurrence sur un marché;

ii) Empêche le transfert et la diffusion de la technologie. En France, l'article L.420-4 du Code de commerce exclut certaines pratiques du champ d'application des dispositions sur l'exploitation abusive d'une position

dominante ou l'état de dépendance économique dans lequel se trouve une entreprise. Ces dérogations s'appliquent aux pratiques ou comportements commerciaux qui ont pour effet d'assurer un progrès économique, y compris par la création ou le maintien d'emplois, et qui réservent aux consommateurs une partie équitable du profit qui en résulte, sans donner aux entreprises intéressées la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause. Ces pratiques peuvent consister à organiser, pour les produits agricoles, sous une même marque ou enseigne, les volumes et la qualité de production ainsi que la politique commerciale.

---