



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

Distr. limitée
18 septembre 2020
Français
Original : anglais

**Huitième 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, 19-23 octobre 2020

Point 16 de l'ordre du jour provisoire

Questions diverses

**Loi type sur la concurrence (2020),
chapitre IV révisé***

* Révision du document TD/RBP/CONF.8/L.2.

GE.20-12137 (F) 121020 131020



* 2 0 1 2 1 3 7 *

Merci de recycler



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

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'encadré 4.1. La concurrence des importations peut être considérée comme une forme particulière d'entrée lorsque des sociétés étrangères commencent à vendre des produits concurrents sur le marché intérieur. Les importations peuvent ainsi constituer une source importante de concurrence et doivent être prises en compte dans l'évaluation d'une position dominante.

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

Formules différentes relevées dans les législations existantes : établissement d'une position dominante

Région/pays

Afrique

| | |
|----------------|--|
| 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. |
|----------------|--|

¹ Désormais appelé Tribunal de l'Union européenne.

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

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

En application de l'article 8 de la loi (telle que modifiée en 2018), il est interdit à une entreprise dominante :

- a) De pratiquer des prix excessifs, au détriment des consommateurs ou des clients ;
- b) De refuser de donner à un concurrent accès à des installations essentielles quand cela est économiquement possible ;
- 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 des prix artificiellement bas ;
 - v) Procéder à des achats massifs de biens intermédiaires ou de ressources rares dont un concurrent a besoin.
 - vi) Pratiquer la compression des marges bénéficiaires.

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 ;

Région/pays

- 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.

Région/pays

| | |
|----------------------------------|---|
| Inde | <p>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. Conformément à la loi de 2007 portant modification de la loi sur la concurrence, les dispositions sur l'abus de position dominante en vigueur en Inde s'appliquent de même aux groupes d'entreprises. On entend par groupe au sens de la loi deux entreprises ou plus qui, directement ou indirectement, sont en mesure : i) d'exercer 26 % ou plus des droits de vote au sein de l'autre entreprise ; ou ii) de nommer plus de 50 % des membres du conseil d'administration de l'autre entreprise ; ou iii) de contrôler la gestion ou les affaires de l'autre entreprise⁴.</p> <p>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.</p> |
| Mongolie | <p>D'après l'article 5.2 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. 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.</p> |
| Europe (Union européenne) | |
| Tchéquie | <p>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 %.</p> |
| Estonie | <p>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.</p> |

⁴ Loi n° 39 de 2007, loi du 24 septembre 2007 modifiant la loi sur la concurrence, disponible à l'adresse <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/in/in1111en.pdf>.

Région/pays

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. 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 :

- 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).

La Commission souligne que les parts de marché sont utiles pour avoir une première indication de la structure du marché et de l'importance relative des différentes entreprises présentes sur le marché. Elle interprète cependant les parts de marché en fonction des conditions appropriées du marché, et en particulier de la dynamique du marché et du degré de différenciation des produits.

Allemagne

Conformément au paragraphe 18 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. Au moment d'évaluer la position dominante, il faut tenir compte en particulier de la part de marché, de la puissance financière et de l'accès aux fournitures ou aux marchés de l'entreprise, de ses 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 40 %. 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.

Région/pays

| | |
|----------|---|
| Lituanie | En vertu du paragraphe 2 de l'article 3 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 entreprises 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, quand une part égale ou supérieure à 70 % du marché considéré est détenue par trois entreprises ou moins, la loi présume que chacune détient une position dominante. 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 ⁵ . |
| Pologne | Conformément à l'article 4 10) de la loi du 16 février 2007 sur la concurrence et la protection des consommateurs, une position dominante s'entend d'une position de marché qui permet à une entreprise 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 parties contractantes et aux consommateurs. Une entreprise est présumée détenir une position dominante lorsque sa part du marché considéré 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 | <p>L'article 5 1) de la loi fédérale de 2006 sur la protection de la concurrence, modifiée en 2015, définit une position dominante comme étant la position qui permet à une ou plusieurs entités économiques 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 entités économiques à ce marché. L'article 5 1) prévoit une présomption réfragable de position dominante si une entité détient une part de marché supérieure à 50 %, sauf si cette entité est une entreprise financière.</p> <p>Conformément à l'article 5 2), une entité économique dont la part du marché considéré ne dépasse pas 35 % n'est pas jugée dominante, sauf si l'entreprise est présente sur un marché fortement concentré où les parts de marché sont stables depuis longtemps, où les entrées sont peu fréquentes, et où l'élasticité de la demande est faible pour le produit considéré (art. 5 3)), ou si la loi fédérale prévoit autrement une constatation de position dominante (art. 6). Cette disposition a été abrogée en 2015⁶.</p> |
|----------------------|---|

⁵ Voir Lituanie, loi sur la concurrence n° VIII-1099, disponible à l'adresse <https://e-seimas.lrs.lt/portal/legalAct/lt/TAD/49e68d00103711e5b0d3e1beb7dd5516?jfwid=q8i88mf0v>.

⁶ Fédération de Russie, loi fédérale sur la protection de la concurrence (8 juillet 2006) (modifiée en 2015), disponible à l'adresse [en.fas.gov.ru/upload/documents/Federal%20Law%20On%20Protection%20of%20Competition%20\(as%20amended%20in%202015\).pdf](en.fas.gov.ru/upload/documents/Federal%20Law%20On%20Protection%20of%20Competition%20(as%20amended%20in%202015).pdf).

*Région/pays***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. |
| Costa Rica | <p>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 :</p> <ul style="list-style-type: none"> a) Sa part de marché et sa capacité à fixer les prix unilatéralement ou à limiter la production de manière substantielle sur le marché considéré, et l'incapacité où se trouvent les autres agents économiques, actuellement ou à l'avenir, de contrer cette position ; b) L'existence d'obstacles à l'entrée sur le marché et d'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 récents⁷. |
| Nicaragua | <p>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 :</p> <ul style="list-style-type: none"> 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. |

⁷ Organisation de coopération et de développement économiques et Banque interaméricaine de développement, 2014, Competition Law and Policy in Costa Rica : A Peer Review, disponible à l'adresse <https://www.oecd.org/daf/competition/CostaRica-PeerReview2014en.pdf>.

 Région/pays

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 degré significatif de puissance commerciale. Le Bureau définit généralement le marché considéré en délimitant celui-ci tant au niveau des produits que dans sa dimension géographique, puis étudie des éléments de preuve tels que les parts de marchés de la (des) personne(s) considérée(s) et les obstacles à l'entrée sur le marché.

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 (*United States v. E. I. du Pont de Nemours and Company*, 351 U.S. 377, 391 (1956)). Depuis l'arrêt du Pont, cependant, les juridictions inférieures ont divergé sur la question de savoir si pour qu'il y ait pouvoir monopolistique, preuve doit être faite aussi bien du pouvoir de contrôler les prix, que du pouvoir d'évincer la concurrence (Cour d'appel des États-Unis pour le troisième circuit, *Fineman v. Armstrong World Indus, Inc.* 980 F.2d 171, 201 (3d Cir. 1992), recours en *certiorari* rejeté, 507 US921 (1993)), ou si la preuve de l'un ou l'autre de ces éléments est suffisante pour conclure à l'existence d'un pouvoir monopolistique. La Cour suprême des États-Unis a spécifié que prouver l'exercice effectif de ce pouvoir n'est pas nécessaire : prouver la capacité d'une entreprise à augmenter les prix ou à évincer la concurrence est suffisant (*United States v. Griffith*, 334 US100, 107 (1948)).

D'après l'affaire relative à l'article 2 de la loi Sherman, les organismes antitrust des États-Unis et les plaignants privés doivent d'abord définir le marché concerné avant de prouver qu'une entreprise détient un pouvoir monopolistique (Cour suprême des États-Unis, *Spectrum Sports, Inc. v. McQuillan*, 506 US447, 453 (1993)). D'après les orientations du Département de la justice des États-Unis, un marché est défini au sens des lois antitrust par rapport à deux dimensions : a) le marché des produits, qui comprend tous les produits pour lesquels une entreprise hypothétique qui maximise son profit, et serait le seul vendeur actuel et futur de ces produits, trouverait profitable d'imposer une augmentation des prix « faible mais significative et non passagère » ; et b) le marché géographique est la zone hors de laquelle la géographie limite la volonté ou la capacité qu'ont certains clients de substituer aux produits considérés des produits analogues, ou la volonté ou la capacité qu'ont certains fournisseurs d'offrir leurs prestations à une clientèle déterminée. Les coûts de transport, la barrière de la langue, la réglementation, la fiscalité, la culture locale et la connaissance de celle-ci, la notoriété et l'existence des services, comptent parmi les éléments pertinents au moment de définir le marché géographique approprié.

Région/pays

Une fois défini le marché pertinent au sens des lois antitrust, les plaignants aux États-Unis peuvent montrer que le défendeur dispose d'un pouvoir monopolistique en présentant : a) des preuves indiciaires fondées sur la part de marché, envisagées dans le contexte de la structure du marché (concentration du marché et obstacles à l'entrée) ; et b) des preuves directes de l'utilisation du pouvoir monopolistique pour augmenter les prix, réduire la production ou évincer des concurrents réels et potentiels.

La Cour suprême des États-Unis a estimé que le pouvoir monopolistique peut être déduit de la part de marché de l'entreprise défenderesse (*United States v. Grinnell Corp.*, 384 US563 (1966)) ; si la part de marché exacte qui est nécessaire pour déduire qu'il y a pouvoir monopolistique n'a pas été explicitée, la Cour suprême des États-Unis n'a pas accepté de part de marché inférieure à 75 % comme suffisante en soi pour prouver l'existence d'un pouvoir monopolistique. Les tribunaux des États-Unis tiennent compte aussi de la structure du marché – même une part de marché de 100 % peut ne pas suffire à prouver le pouvoir monopolistique si des entreprises nouvelles ou marginales peuvent entrer ou se développer facilement sur le marché en question (voir Cour d'appel des États-Unis pour le neuvième circuit, *United States v. Syufy*, 903 F.2d 659 (9th Cir. 1990)).

Les tribunaux des États-Unis prêtent aussi attention aux éléments de preuve qu'un concurrent est effectivement en mesure de contrôler les prix du marché ou d'évincer ses concurrents (voir *United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit, United States v. Microsoft Corp.* 253 F.3d 34, 57 (D.C. Cir. 2001)). Ce type de preuve n'est généralement pas décisif, car la capacité de contrôler les prix peut n'être que temporaire, et un concurrent peut avoir des raisons valables de baisser sa production ou sa qualité. En règle générale, les plaignants aux États-Unis présentent des preuves directes du pouvoir monopolistique, parallèlement à des preuves indiciaires fondées sur la part de marché et la structure du marché.

| |
|--|
| <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 lorsque le comportement d'une entreprise dominante fausse le jeu de la concurrence, et risque donc de porter préjudice aux consommateurs.

11. En général, une entreprise abuse de sa position dominante lorsque les effets de son comportement empêchent des concurrents réels ou potentiels d'entrer en concurrence, et qu'un tel comportement ne serait pas efficace pour une entreprise qui ne détient pas de position dominante. 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. Pour évaluer le comportement d'entreprises dominantes, il importe de vérifier si le comportement en cause relève d'une concurrence fondée sur les mérites – autrement dit si, par ce comportement, l'entreprise dominante cherche simplement à réduire ses coûts ou à assurer un meilleur service à ses clients et, de ce fait, gêne ses concurrents. Certaines juridictions élargissent toutefois cette définition de l'abus de position dominante afin de protéger les petits concurrents moins efficaces 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. Enfin, selon la juridiction dans laquelle ils se produisent, différents actes abusifs sont présumés avoir un effet anticoncurrentiel plus ou moins important, selon la jurisprudence existante, le droit applicable et les hypothèses économiques sous-jacentes.

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). Les autorités s'appuient sur la théorie économique, les faits empiriques, les données d'expérience et le coût des erreurs éventuelles d'appréciation pour déterminer si les effets anticoncurrentiels du comportement d'une entreprise dominante justifient de condamner ce comportement. 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.

14. Dans la plupart des juridictions, il est prévu, au minimum, que le comportement anticoncurrentiel d'une entreprise dominante peut échapper à la condamnation s'il favorise l'efficacité. Cependant, une fois établie la preuve des effets anticoncurrentiels, c'est à l'entreprise dominante qu'il revient d'apporter les justifications qui établiront qu'elle adopte un comportement favorable à la concurrence. Pour pouvoir être considéré comme tant soit peu favorable à la concurrence, un comportement doit généralement correspondre au choix le moins défavorable à la concurrence que l'entreprise dominante pouvait opérer, en adaptant son comportement pour répondre à une préférence ou à un problème précis que ses clients ont manifesté ou rencontré.

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

15. L'une des formes les plus courantes de comportement prédateur est la fixation de prix d'agression, qui désigne généralement le fait pour une entreprise de pratiquer des prix bas à court terme, quand ces prix bas risquent d'être augmentés à long terme. Si dans la plupart des juridictions, l'entreprise doit pratiquer des prix inférieurs à l'aune d'une certaine définition du prix coûtant, dans d'autres juridictions, il suffit que l'entreprise suive une stratégie de bas prix pour éliminer ses concurrents. La fixation de prix d'agression peut procéder d'une tentative d'évincer des concurrents dans l'intention de conserver ou de renforcer une 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.

16. Étant donné que la faiblesse des prix profite généralement aux consommateurs, et que les consommateurs, en règle générale, subissent seulement un préjudice quand par la suite, l'entreprise pratique des prix supraconcurrentiels, les juridictions sont parfois 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 la fixation de prix d'agression. 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 souvent 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. Évaluer si une certaine stratégie de fixation des prix doit être considérée comme « prédatrice » est difficile en soi, car il faut un critère approprié pour mesurer que les prix sont « trop bas ». Le critère retenu dans pratiquement chaque régime juridique est une certaine définition du prix coûtant de l'entreprise dominante, même si dans quelques pays, les prix sont plutôt mesurés par rapport à une valeur normale ou habituelle. Le choix des coûts de l'entreprise dominante par rapport auquel mesurer les prix présente une autre difficulté : le coût variable moyen (soit le coût variable total divisé par la quantité produite) est le critère le plus souvent utilisé, mais les plaignants et les organismes chargés de l'application de la loi n'utilisent pas le même critère pour mesurer les coûts dans tous les cas. Les tests prix-coût utilisant le coût total moyen (coût total divisé par la quantité produite) sont également courants et sont souvent utilisés en sus des tests de coût variable moyen.

18. En règle générale, les tests prix-coût sont utiles en ce qu'ils indiquent deux choses. En premier lieu, les tests prix-coût indiquent si une entreprise dominante est prête à sacrifier ses bénéfices à court terme. Un tel comportement ne s'explique que s'il renforce, ou si l'entreprise dominante croit qu'il renforcera son pouvoir économique, au détriment de ses concurrents. En deuxième lieu, les tests prix-coût peuvent indiquer si le comportement d'une entreprise dominante empêche de lui faire concurrence même un concurrent tout aussi efficace qu'elle. Avec l'idée du concurrent tout aussi efficace, on veut souligner l'idée, soutenue par certains, que des réductions de prix qui portent préjudice à des concurrents ne doivent pas faire l'objet d'une évaluation juridique aussi longtemps que seuls des concurrents moins efficaces sont lésés. Certaines juridictions, cependant, se préoccupent des concurrents qui ne sont « pas encore aussi efficaces » ou sont « raisonnablement efficaces » ; le recours à l'idée du concurrent tout aussi efficace aboutirait à ce que la loi soit sous-appliquée dans les juridictions qui sont disposées à renoncer aux avantages à court terme de prix inférieurs pour le consommateur dans l'espoir que les entreprises moins efficaces deviendront tout aussi efficaces à l'avenir.

19. 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 (voir *Brooke Group Ltd v. Brown and Williamson Tobacco Corporation*, Cour suprême des États-Unis, 509 US209, (1993)). D'autres juridictions estiment que des perspectives raisonnables ou une probabilité dangereuse de récupérer les pertes consenties ne sont pas nécessaires pour considérer qu'une stratégie de prix est prédatrice. Il suffit que le défendeur vende en dessous du prix de revient.

20. Le comportement prédateur ne se limite pas au prix. D'autres actes, comme le surinvestissement dans les capacités ayant pour objet d'évincer la concurrence ou l'acquisition d'intrants dans le but d'augmenter les coûts 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.

Formules différentes relevées dans les législations existantes : comportement prédateur

Région/pays

Asie-Pacifique

Australie Les prix d'agression font l'objet de deux dispositions du paragraphe 1AAA de l'article 46 de la loi de 2010 sur la concurrence et la protection des consommateurs : 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 pourrait ne jamais être capable de récupérer le manque à gagner par la fourniture desdits biens ou services.

Le paragraphe 1AA dispose ce qui suit : 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 :

- 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 ;
- b) Empêcher l'entrée d'une personne sur le marché considéré ou sur tout autre marché ;
- c) Dissuader ou empêcher une personne d'entrer en concurrence sur le marché considéré ou sur tout autre marché.

Chine 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, ainsi que de vendre à un prix indûment élevé ou d'acheter à un prix indûment faible. L'article 17 interdit aussi à une entreprise dominante de refuser de commercer avec des tiers sans motif légitime.

Mongolie 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.

Europe

Union européenne Selon l'article 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, imposer de façon directe ou indirecte des prix d'achat ou de vente 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.

Région/pays

| | |
|----------------------|---|
| Allemagne | Le paragraphe 19 de la loi allemande sur les restrictions à la concurrence prévoit des interdictions plus générales visant les comportements d'entreprises dominantes pouvant entrer dans la catégorie des comportements prédateurs. En premier lieu, une entreprise en position dominante ne peut faire obstacle directement ou indirectement à une autre entreprise de manière déloyale, ni traiter une autre entreprise différemment des autres, sans justification objective. Il est aussi interdit à toute entreprise d'imposer des conditions de paiement ou d'autres conditions commerciales moins favorables que celles imposées à des acheteurs semblables par l'entreprise dominante sur un marché comparable, sauf s'il existe une justification objective. D'après les termes de la loi, on ne peut dire avec certitude si la pression à la baisse exercée sur les prix par des entreprises concurrentes sur un marché déterminé, et non sur un autre, constituerait une justification objective des différences de prix. |
| 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 efficience supérieure par rapport à celle des concurrents et semblant devoir écarter des concurrents du marché considéré ou entraver leur entrée sur le marché. |
| Pologne | L'article 9 de la loi polonaise sur la concurrence et la protection du consommateur (2007) contient une énumération précise des sept moyens qui, s'ils ont été utilisés par une ou plusieurs entreprises, peuvent entraîner un abus de position dominante, notamment le fait d'imposer directement ou indirectement des prix inéquitables, y compris la fixation de prix excessifs ou d'agression, de longs délais de paiement ou certaines autres conditions commerciales ⁸ . |
| Fédération de Russie | <p>L'article 7 de la loi fédérale sur la protection de la concurrence (telle que modifiée en 2015) de la Fédération de Russie interdit de fixer le prix des biens à des prix bas de monopole. Les prix bas de monopole sont ceux qui sont inférieurs à la somme des coûts nécessaires de production et de distribution des biens et du bénéfice, et inférieurs aux prix qui seraient formés à des conditions de concurrence sur un marché dont la structure est comparable, du point de vue des acheteurs et des vendeurs en présence, des conditions de circulation et d'entrée, et de la réglementation publique applicable (y compris en matière de fiscalité et de droits de douane et de tarifs douaniers), si un tel marché existe en Fédération de Russie ou à l'étranger, y compris le prix fixé :</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. En réduisant un prix fixé antérieurement pour les biens, sous réserve que les conditions ci-après soient remplies en totalité : <ol style="list-style-type: none"> a) Les dépenses nécessaires à la production et à la distribution du produit soient restées les mêmes, ou si elles ont été modifiées, le changement ne correspond pas au changement de prix ; b) La structure du marché, vue sous l'angle des acheteurs et des vendeurs en présence, est restée inchangée, ou le changement a été insignifiant ; c) Les conditions de la circulation du produit sur le marché, y compris celles qui proviennent de la réglementation, sont restées les mêmes, ou ont changé de manière disproportionnée par rapport à l'évolution du prix ; 2. En maintenant ou en s'abstenant d'augmenter un prix fixé antérieurement, sous réserve que les conditions ci-après soient remplies en totalité : |

⁸ Pologne, loi sur la concurrence et la protection du consommateur (16 février 2007), disponible à l'adresse http://www.polishlaw.com.pl/pdf/act12b_new.pdf.

Région/pays

- a) Les dépenses nécessaires à la production et à la distribution du produit ont fortement augmenté ;
- b) La structure du marché, vue sous l'angle des acheteurs et des vendeurs en présence, a rendu possible une augmentation du prix du produit ;
- c) Les conditions de la circulation du produit sur le marché, y compris celles qui proviennent de la réglementation, ont rendu possible une augmentation du prix du produit.

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 inférieur au prix de revient. Au sujet du procès récent concernant le fabricant de médicaments Genzyme, le Conseil administratif de défense économique du Brésil a indiqué que l'objectif de la loi antitrust est d'établir un marché concurrentiel et équilibré où le consommateur ait accès à des produits au meilleur prix. Le manquement aux règles en matière de prix d'agression peut donc être constaté seulement si une logique de concurrence est absente du comportement d'une entreprise. Les plaignants au procès Genzyme n'ont pas apporté la preuve que Genzyme pratiquait des prix inférieurs à son propre coût variable moyen, ni que Genzyme avait une raison de pratiquer des prix d'agression. |
| 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. |
| Pérou | L'article 10 de la loi péruvienne sur la concurrence définit l'abus de position dominante comme le fait pour un agent économique qui détient une position dominante sur un marché déterminé d'utiliser cette position pour restreindre indûment la concurrence, ce qui n'aurait pas été possible s'il n'avait occupé une position dominante. L'autorité péruvienne de la concurrence, l'Institut national de défense de la concurrence et de protection de la propriété intellectuelle (INDECOPI), doit montrer que le comportement suspect produit ou risque de produire des effets anticoncurrentiels qui seraient préjudiciables à la protection du consommateur, en mettant l'accent plutôt sur l'efficacité que sur la protection des entreprises moins efficaces ⁹ . |

Amérique du Nord

| | |
|--------|---|
| Canada | L'article 78 de la loi canadienne sur la concurrence donne une définition de l'« agissement anticoncurrentiel » auquel il est interdit en vertu de l'article 79 à une entreprise en position dominante de se livrer. L'alinéa i) du paragraphe 1 de l'article 78 fait entrer dans le champ de l'interdiction « le fait de vendre des articles à un prix inférieur au coût d'acquisition de ces articles dans le but de discipliner ou d'éliminer un concurrent ». La définition de l'article est non exhaustive mais elle énumère des formes multiples de comportement prédateur dont peut faire preuve une entreprise en position dominante. |
|--------|---|

⁹ Organisation de coopération et de développement économiques, 2018, OECD-IBD Peer Reviews of Competition Law and Policy : Peru, disponible à l'adresse <https://www.oecd.org/daf/competition/PERU-Peer-Reviews-of-Competition-Law-and-Policy-2018.pdf>.

Région/pays

Le Bureau de la concurrence du Canada a émis des lignes directrices sur l'abus de position dominante, aux termes desquelles « [i]l y a pratique d'éviction lorsque l'entreprise fixe délibérément les prix sous son propre prix coûtant, de manière à éliminer ou à mettre au pas des rivaux actuels ou encore à dissuader des tentatives d'entrée sur le marché ». L'estimation du prix coûtant de l'entreprise suspecte qu'il convient de retenir n'est pas indiquée.

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 US (1993). Voir aussi : *Cargill Inc. v. Montfort of Colorado Inc.*, 479 US 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 US 574, 594 (1986)). Les mêmes critères ont été étendus à la notion d'offre prédatrice lorsque la Cour suprême a statué que *Weyerhaeuser*, exploitant de scierie, encourrait seulement l'application du paragraphe 2 de la loi Sherman si le demandeur pouvait montrer que *Weyerhaeuser* avait subi, ou s'attendait à subir une perte à court terme en raison de son offre plus élevée relative à des intrants de billes d'aulne, et qu'il existait une dangereuse probabilité que l'entreprise récupère cette perte en fixant des prix plus élevés sur le marché de production (*Weyerhaeuser Co. c. Ross-Simmons Hardwood Lumber Co.*, 127 S. Ct. 1069, 1078 (2007)).

Le Département de la justice des États-Unis souligne que s'il existe un large consensus sur le fait que les prix d'agression peuvent être anticoncurrentiels, on admet généralement qu'il serait déraisonnable que les autorités antitrust interdisent les baisses de prix toutes les fois qu'une entreprise baisse ses prix en sachant qu'elle mettra en difficulté ses concurrents, ou même qu'elle évincera du marché des concurrents. Le Département de la justice considère ainsi que le double critère issu de l'arrêt *Brooke Group* apporte une rigueur et un ordre nécessaires au droit applicable à la fixation de prix d'agression, en concluant qu'il n'existe pas de moyen fiable de faire la distinction entre les prix d'agression fixés au-dessus du coût et les rabais légitimes. Il estime donc que la fixation de prix au-dessus du coût doit elle-même rester légale, quelle que soit la situation monopolistique d'une entreprise. Le Département de la justice estime aussi que la fixation de prix au-dessus du coût total moyen devrait elle-même être légale, et qu'il peut être rationnel économiquement de fixer des prix sous le coût total moyen. Dans ses lignes directrices, le Département de la justice tient compte de ce que l'on s'accorde de plus en plus à considérer que le coût évitable moyen constitue le meilleur critère pour évaluer les plaintes liées à des prix d'agression, car entrent alors en ligne de compte les coûts auxquels on s'est exposé en recourant à des prix d'agression. Selon le Département, le coût évitable moyen correspond à un flux de trésorerie négatif tandis que les ventes augmentent, et peut donc traduire une volonté d'éviction. Lorsque le coût évitable moyen est difficile à évaluer, le Département de la justice estime que le coût variable moyen constitue généralement la meilleure solution de rechange (voir *Competition and Monopoly : Single-Firm Conduct Under Section 2 of the Sherman Act*, chapter 4, Price predation, disponible à l'adresse <https://www.justice.gov/atr/competition-and-monopoly-single-firm-conduct-under-section-2-sherman-act-chapter-4>).

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.

21. 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.

22. 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 »)¹⁰.

23. 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).

24. 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.

¹⁰ O'Donoghue R. et Padilla A. J., 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.

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 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) ¹¹ . |
| Afrique du Sud | <p>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 :</p> <ul style="list-style-type: none"> 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 : <ul style="list-style-type: none"> 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. |

¹¹ Pérou, décret législatif n° 1034 portant approbation de la loi sur la répression du comportement anticoncurrentiel (24 juin 2008), disponible à l'adresse <https://www.apeccp.org.tw/htdocs/doc/Peru/Competition/Legislative%20Decree%201034.pdf>.

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 ;
 - 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.

Les autorités de la concurrence des États-Unis considèrent que la fixation de prix discriminatoires est, en règle générale, licite pour autant qu'elle s'explique par les différences de coûts liées au fait de traiter avec des clients différents ou la tentative du vendeur de parvenir au prix d'un concurrent. Cependant, la fixation de prix discriminatoires peut être illicite en application de la loi Robinson-Patman si les conditions ci-après sont remplies :

1. Le produit en cause doit être une marchandise et doit avoir été acheté et non pris à bail.
2. Les marchandises doivent être de type et de qualité similaires.
3. Il doit être établi que la stratégie de fixation de prix discriminatoires risque de porter atteinte à la concurrence.
4. Les ventes doivent normalement s'inscrire dans le commerce interétatique, autrement dit franchir des frontières étatiques.

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

25. 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.

26. La fixation du prix de revente est aussi possible par des moyens indirects, tels que des marges de distribution fixes, des niveaux de rabais fixes ou divers comportements comme les menaces, les avertissements et les sanctions.

27. 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, non modifié par la loi de 2018 portant modification de la loi 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 ».

Dans les cas où une restriction verticale fait intervenir une entreprise (ou des entreprises) considérée(s) comme dominante, au sens du paragraphe 7 de la loi, les règles de limitation des abus peuvent aussi s'appliquer, mais celles-ci font l'objet d'un article distinct relatif aux abus de position dominante.

Marché commun de l'Afrique de l'Est et de l'Afrique australe La Commission de la concurrence du Marché commun de l'Afrique de l'Est et de l'Afrique australe (COMESA) classe la fixation de prix de revente parmi les accords verticaux qui portent préjudice aux consommateurs du fait que les entreprises assujetties à des restrictions de ce type ne sont pas en mesure de répondre efficacement à la demande des consommateurs et de livrer une concurrence efficace à leurs concurrents, et ils sont donc interdits en vertu des règles du COMESA sur la concurrence. La Commission de la concurrence du COMESA a enquêté sur les pratiques verticales restrictives de distribution de Coca-Cola et de ses distributeurs. À la suite de cette enquête, les parties ont accepté de supprimer la clause de fixation de prix de revente de leurs contrats de distribution (Commission de la concurrence du COMESA, Staff Paper No. 2018/12RR/08, Coca-Cola, 6 décembre 2018). La décision a été critiquée en faisant valoir que des précisions importantes en étaient absentes concernant l'analyse de la fixation présumée de prix de revente et la mention du critère juridique applicable selon les règles du COMESA pour procéder à l'évaluation¹².

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. Cependant, l'article 15 de la loi antimonopole énonce une liste de circonstances dans lesquelles un accord comportant une restriction verticale peut être exonéré de l'interdiction prévue à l'article 14. Les articles 17 à 19 de la loi antimonopole peuvent aussi être appliqués pour évaluer des restrictions verticales lorsqu'une partie détient une position dominante sur le marché considéré.

¹² COMESA, 2019, COMESA guidelines on restrictive business practices, document disponible à l'adresse https://www.comesacompetition.org/wp-content/uploads/2019/08/Final-Guidelines-on-RBP_May-2019.pdf ; Voir également <https://www.comesacompetition.org/?p=2090>.

Région/pays

| | |
|---------|---|
| | La Cour populaire suprême de la Chine s'est prononcée récemment sur une affaire de fixation de prix de revente et a estimé qu'il n'incombe pas aux autorités de la concurrence chinoises de prouver les effets anticoncurrentiels de ces pratiques des entreprises. |
| Inde | En vertu de la loi sur la concurrence, adoptées en 2002, les accords de fixation de prix de revente, mentionnés expressément parmi les types d'accords verticaux, doivent être jugés selon la règle de raison (art. 3 4)). La loi semble traiter des prix de revente fixes plutôt que maximum et minimum. À l'alinéa 4 2) a) ii), la loi indique que la fixation unilatérale du prix de revente constitue une pratique abusive qui relève du cadre juridique de l'abus de position dominante ¹³ . Dans une affaire récente, l'Autorité indienne de la concurrence a statué que la fixation du prix de revente passant par la surveillance du niveau de remise maximum autorisé, au moyen d'un mécanisme de contrôle des remises, et l'imposition d'une sanction pécuniaire en cas de montant non conforme, reviennent à imposer sans justification des restrictions verticales en violation de l'article 3 4) de la loi (Commission indienne de la concurrence, affaire n° 17/2017, Honda Motorcycle and Scooter, décision du 14 mars 2018) ¹⁴ . |
| Japon | Dans le cadre de la loi japonaise sur la concurrence, la fixation du prix de revente est interdite en ce qu'elle limite abusivement le prix de vente des produits d'une tierce partie au sens du paragraphe 12 de la « Désignation des pratiques commerciales déloyales » (avis public n° 15 de la Commission des pratiques commerciales loyales, 1982) ¹⁵ . La Commission des pratiques commerciales loyales du Japon a indiqué dans ses lignes directrices sur les systèmes de distribution et les pratiques commerciales que la fixation du prix de revente est réputée « illégale en principe en tant que pratique commerciale déloyale » ¹⁶ . Elle y est cependant autorisée si elle repose sur un « motif valable ». Cette condition a été interprétée de façon restrictive par la Cour suprême et n'est pas satisfaite « du seul fait que pour un entrepreneur, il soit nécessaire ou rationnel du point de vue de la gestion commerciale d'imposer la condition restrictive » (recours intenté par Meiji Shoji Co., Ltd. en annulation d'une décision de la Commission des pratiques commerciales loyales du Japon, décision de la Cour suprême datée du 11 juillet 1975) ¹⁷ . |
| Turquie | Dans le cadre de la loi turque sur la concurrence, la fixation de prix de revente minimaux et fixes est assurément interdite en vertu du Communiqué sur les accords verticaux et c'est à cette condition que les accords verticaux peuvent bénéficier de l'exemption par catégorie. Dans sa pratique décisionnelle, l'Autorité turque de la concurrence a jugé suffisant dans sa jurisprudence antérieure de déterminer si l'accord de fixation de prix de revente a pour objectif ou pour effet d'interdire cette pratique (Dogus Automotive/Volkswagen ; WB Company ; Efes). Plus récemment, l'Autorité de la concurrence a aussi pris en considération la structure du marché dans une large mesure, notamment la question de savoir si la concurrence s'exerce entre marques ou au sein d'une marque, ou la question des avantages pour le consommateur (Kütas Tekanne, Vira). |

¹³ Inde, 2002, loi de 2002 sur la concurrence, disponible à l'adresse https://www.cci.gov.in/sites/default/files/cci_pdf/competitionact2012.pdf.

¹⁴ Inde, Commission de la concurrence, affaire n° 17/2017 – Honda Motorcycle and Scooter India Private Ltd. (voir <https://www.cci.gov.in/sites/default/files/Case%20No.17%20of%202017.pdf>).

¹⁵ Japon, Commission des pratiques commerciales loyales, 1982, Désignation des pratiques commerciales loyales, avis public n° 15 du 18 juin 1982 (voir https://www.jftc.go.jp/en/legislation_gls/unfairtradepactices.html).

¹⁶ Commission japonaise des pratiques commerciales loyales, 2017, Guidelines concerning distribution systems and Business Practices under the Antimonopoly Act (version anglaise du texte japonais ; voir https://www.jftc.go.jp/en/legislation_gls/imonopoly_guidelines_files/DistributionSystemsAndBusinessPractices.pdf).

¹⁷ Voir Organisation de coopération et de développement économiques, 2008, table ronde sur la fixation du prix de revente, note du Japon, DAF/COMP/WD(2008)56, disponible à l'adresse https://www.jftc.go.jp/en/int_relations/oced_files/RESALEPRICEMAINTEANCE.pdf.

*Région/pays***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. La fixation du prix de revente 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.

Conformément au règlement 330/2010, les principes fondamentaux régissant la fixation verticale du prix peuvent être décrits comme, d'une part, une restriction caractérisée visant à imposer des prix de revente fixes ou minimaux et, d'autre part, une exemption automatique sous réserve des conditions applicables à l'exemption par catégorie lorsque des prix de revente maximaux sont imposés ou que des recommandations de prix sont émises (art. 4, al. a), concernant l'application de l'exemption par catégorie à certaines catégories d'accords verticaux). La fixation du prix de revente équivaut à une restriction caractérisée s'il y a présomption réfragable que les conditions de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ne sont pas remplies. Néanmoins, les lignes directrices de la Commission européenne sur les restrictions verticales comportent elles-mêmes des exemples de cas où les pratiques verticales de fixation du prix peuvent remplir les quatre conditions cumulatives de l'article 101, paragraphe 3 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, ce qui peut être source de tension compte tenu des liens entre le problème de la fixation du prix de revente et l'article 101, paragraphe 3 du traité.

Suède Les articles 1^{er} et 2 du chapitre 2, et 7 du même chapitre de la loi suédoise sur la concurrence correspondent aux articles 101, paragraphe 1 et 101, paragraphe 3 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ainsi que 102 du même traité et incluent les accords verticaux. Le droit de la concurrence de la Suède est réglé expressément sur le droit de la concurrence de l'Union européenne, comme il est indiqué dans les travaux préparatoires de la loi suédoise sur la concurrence. Toutefois, la loi n'interdit pas de manière générale la fixation du prix de revente et aucune définition spécifique des restrictions verticales n'y figure. Tout accord ou pratique concertée entre des entreprises présentes dans le commerce à différents niveaux qui tend à limiter la concurrence peut tomber sous le coup de la loi.

Allemagne En droit allemand de la concurrence, la fixation du prix de revente est visée par une interdiction générale. La fixation du prix de revente relève de la notion d'accords définie au paragraphe 1 de la loi sur les restrictions à la concurrence. Toutefois, le paragraphe 2 de la loi permet une exemption s'il existe une justification d'efficacité tournée vers l'intérêt du consommateur. Le paragraphe 30 de la loi sur les restrictions à la concurrence prévoit en outre une exemption de l'interdiction générale de la fixation du prix de revente pour les livres, journaux et magazines. Concernant la définition de la fixation du prix de revente, l'ancienne version du paragraphe 14 de la loi sur les restrictions à la concurrence disposait que cette pratique consiste dans « des accords entre les entreprises qui ... limitent la liberté d'une partie de déterminer les prix ... dans des accords conclus avec des tiers concernant les produits fournis, d'autres produits ou des services commerciaux ».

Région/pays

Pologne En vertu de la loi polonaise sur la concurrence et la protection du consommateur, la fixation du prix de revente est interdite, mais admet une exemption si elle contribue au progrès technique ou économique et si le consommateur reçoit une part équitable des avantages produits par l'accord¹⁸. Le traitement de la fixation du prix de revente en droit de la concurrence est toutefois une question qui fait débat et le débat sur le bien-fondé de cette pratique est suivi de près par l'autorité polonaise de la concurrence (Bureau de la concurrence et de la protection du consommateur)¹⁹.

Amérique latine

Brésil L'article 36 de la loi n° 12.529 du 30 novembre 2011 sur la concurrence du Brésil définit un cadre pour l'évaluation des restrictions verticales, entendues comme tous les comportements anticoncurrentiels autres que les fusions. Le paragraphe 3 de l'article énonce une liste non exhaustive des actes pouvant constituer une pratique anticoncurrentielle. Parmi ces actes figurent les accords verticaux potentiellement anticoncurrentiels, y compris la fixation du prix de revente. Selon l'annexe I de la résolution n° 20/99 du Conseil administratif de défense économique (CADE), les restrictions verticales telles que la fixation du prix de revente présupposent généralement l'existence d'un pouvoir de marché sur le marché d'origine (ce pouvoir est présumé exister quand l'entreprise contrôle 20 % ou davantage du marché considéré). L'annexe I dispose aussi que ces pratiques sont évaluées d'après la règle de raison car l'autorité doit mettre en balance les effets favorables et défavorables à la concurrence. Toutefois, dans une affaire récente de fixation du prix de revente, l'autorité brésilienne de la concurrence a semblé s'écarter de la méthode de la règle de raison en matière de fixation du prix de revente en jugeant qu'une pratique de cette nature est illégale sauf si les défendeurs peuvent en prouver le gain d'efficacité. Une infraction a été constatée indépendamment de la durée de la pratique ou du point de savoir si les distributeurs avaient respecté les prix de revente minimaux (SKF, procédure administrative 08012.001271/2001-44).

Mexique D'après la section II de l'article 10 de la loi fédérale du Mexique sur la concurrence économique, la fixation du prix de revente, comme toutes les autres restrictions verticales, est une pratique monopolistique soumise à la règle de raison ; elle y est définie comme le fait de fixer les prix ou les autres conditions auxquels un distributeur ou un fournisseur doit se conformer lorsqu'il commercialise ou distribue des biens ou fournit des services²⁰.

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 ».

¹⁸ Loi du 16 février 2007 sur la concurrence et la protection du consommateur.

¹⁹ Organisation de coopération et de développement économiques, 2008, table ronde sur la fixation du prix de revente, note de la Pologne, DAF/COMP/WD(2008)59, document disponible à l'adresse [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WD\(2008\)59&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WD(2008)59&docLanguage=En).

²⁰ Organisation de coopération et de développement économiques, 2004, Competition Law and Policy in Mexico: An OECD Peer Review, disponible à l'adresse <https://www.oecd.org/mexico/31430869.pdf>.

Région/pays

États-Unis

La Cour suprême des États-Unis a jugé initialement que les pratiques de fixation du prix de revente tant maximal que minimal sont illégales a priori en vertu de l'article premier de la loi Sherman (Albrecht, Dr. Miles), s'il existe un accord réel qui oblige le distributeur à respecter des prix spécifiques (voir *Business Electronics Corporation v. Sharp Electronics Corporation*, 485 US717, 720, 724 (1988)). Néanmoins, la Cour suprême a renoncé en 2007 à l'illégalité a priori des pratiques de fixation du prix de revente et est passée à une analyse fondée sur la règle de raison (voir *Leegin Creative Leather Products Inc. v. PSKS Inc. dba Kay's Kloset*, 551 US877 (2007)). La Cour suprême a estimé que la règle de l'illégalité a priori est inappropriée, n'ayant trouvé aucun élément permettant de conclure que la fixation du prix de revente tend toujours ou presque toujours à restreindre la concurrence ou à limiter la production, ou que la fixation du prix de revente est manifestement anticoncurrentielle. L'arrêt Leegin propose trois facteurs à considérer dans les affaires de fixation du prix de revente : d'une part, le nombre de fabricants ayant recours à cette pratique ; d'autre part, la question de savoir si la pratique est utilisée à l'initiative des fabricants ou des détaillants ; et enfin, la question de savoir si le fabricant ou le détaillant en cause dispose d'un pouvoir de marché.

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.

28. 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 type²¹.

²¹ 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, Centrafarm affirmait avoir le droit, en qualité d'importateur parallèle, de vendre aux Pays-Bas certains médicaments fournis par la American Home Products Corporation sous la marque « Seresta » sans l'autorisation de cette société. Celle-ci vendait ces médicaments au Royaume-Uni sous la marque « Serenid D ». American Home Products Corporation 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'American Home Products Corporation 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

29. 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 exclues²². 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.

30. 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.

31. 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.

32. 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.

33. Dans le contexte de la dématérialisation croissante et du commerce électronique, les questions concernant les restrictions en matière de commerce parallèle²³ se retrouvent dans l'économie numérique où des restrictions analogues comme le blocage géographique (pratique de commerce en ligne consistant à restreindre les ventes internationales en fonction de la nationalité ou du lieu de résidence ou d'établissement du consommateur) créent des obstacles aux consommateurs internationaux de contenu numérique. L'Union européenne a donc adopté, le 27 février 2018, un règlement qui interdit le blocage géographique injustifié et d'autres formes de discrimination fondée sur la nationalité, le lieu de résidence ou le lieu d'établissement des clients (règlement (UE) 2018/302).

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.

²² 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, consultée le 19 mai 2015.

²³ Il peut y avoir restriction des importations parallèles lorsque le fournisseur d'un produit utilisant un système exclusif de distribution (physique ou en ligne) cherche à renforcer la protection de ses distributeurs exclusifs. La concurrence est restreinte dans ce cas lorsqu'un consommateur ou un client veut acheter un produit en ligne mais que la vente est refusée en raison de critères discriminatoires liés à la nationalité ou au lieu de résidence ou d'établissement, qui produisent un effet anticoncurrentiel dépourvu de toute justification sur les ventes en ligne internationales.

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 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). En 2013, des tensions sont apparues au Costa Rica entre l'autorité de la concurrence et le Ministère de la santé, qui avait limité les importations parallèles de médicaments et les avait subordonnées au consentement du détenteur du brevet. Les motifs par lesquels il avait justifié ces mesures étaient de garantir la qualité des produits, ainsi que d'empêcher la commercialisation de produits par des tiers sans le consentement du détenteur du brevet. L'autorité costaricienne de la concurrence a estimé cependant que cette limitation serait contraire à la réglementation en vigueur, qui autorise expressément les importations parallèles et limite les obstacles à l'entrée de nouveaux concurrents, et aurait donc pour effet de restreindre la concurrence sur le marché considéré²⁴.

Union européenne La définition des importations parallèles prévue dans le droit européen vise le commerce de produits qui a lieu en dehors du système officiel établi par une entreprise déterminée. 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 *Deutsche Grammophon/Metro*²⁵ :

« 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. ».

La restriction des importations parallèles peut violer l'article 101 ou l'article 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne si l'entreprise concernée est réputée dominante. Les juridictions européennes ont estimé par ailleurs que tout accord visant à limiter le commerce parallèle est abusif « par son objet », même si le préjudice pour le consommateur n'est pas démontré (*GlaxoSmithKline* C-501/06 P, C-513/06 P, C-519/06 P).

²⁴ Organisation de coopération et de développement économiques, 2014, *Competition Law and Policy in Costa Rica : A Peer Review*, disponible à l'adresse <https://www.oecd.org/daf/competition/CostaRica-PeerReview2014en.pdf>.

²⁵ Cour de justice de l'Union européenne, arrêt 78/70 (1971), Recueil de jurisprudence de la Cour de justice, p. 487.

Région/pays

| | |
|------------------|---|
| Suisse | La limitation des importations parallèles peut être considérée comme une restriction territoriale illicite en vertu du paragraphe 4 de l'article 5 de la loi suisse sur les cartels ²⁶ . Dans une décision du 19 décembre 2013 (Gaba International AG, Gebro Pharma GmbH), un tribunal suisse a estimé que la restriction des ventes passives constituait une restriction illicite indépendamment des effets sur la concurrence en Suisse, et des preuves apportées quant au degré d'importance de ces effets ²⁷ . |
| Japon | Le droit japonais de la propriété intellectuelle n'interdit pas, ni ne sanctionne les importations parallèles. Dans le cadre du droit antimonopole, toutefois, entraver les importations parallèles est illégal a priori, sans que la règle de la raison s'applique ²⁸ . 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 | La loi de 1998 portant modification de la loi sur le droit d'auteur légalise les importations parallèles en Nouvelle-Zélande à certaines conditions ²⁹ . Avant 1998, la loi de 1994 sur le droit d'auteur interdisait l'importation parallèle en Nouvelle-Zélande de tous les biens protégés par le droit d'auteur, autres que ceux importés pour usage domestique. Les importations parallèles de copies non contrefaites sont légales lorsque les conditions prescrites par l'article 12 (5A) de la loi n° 143 de 1994 sur le droit d'auteur sont remplies. La disposition en question se lit comme suit : |

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

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

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

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

²⁶ Suisse, loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (6 octobre 1995, état le 1^{er} décembre 2014), disponible à l'adresse <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19950278/index.html>.

²⁷ Concurrences, 2013, The Swiss Federal Administrative Court upholds fines imposed by the Competition Authority to a toothpaste manufacturer and licensor and its distributor and licensee for prohibiting parallel imports from Austria to Switzerland (Gaba International), 19 décembre, disponible à l'adresse <https://www.concurrences.com/en/bulletin/news-issues/december-2013/The-Swiss-Federal-Administrative-64200>.

²⁸ Japon, Commission des pratiques commerciales loyales, 2017, révision, Guidelines concerning Distribution Systems and Business Practices under the Antimonopoly Act, disponible à l'adresse https://www.jftc.go.jp/en/legislation_gls/imonopoly_guidelines_files/DistributionSystemsAndBusinessPractices.pdf.

²⁹ Nouvelle-Zélande, loi de 1998 portant modification de la loi sur le droit d'auteur (voir <http://www.legislation.govt.nz/act/public/1998/0020/latest/DLM426040.html>).

Région/pays

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

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

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 L'article 34 2) d) de la loi sur les marques autorise les importations parallèles et dispose qu'une marque enregistrée n'est pas violée par l'importation ou la distribution, la vente ou la commercialisation sur le territoire République de produits dont la marque a été apposée par le propriétaire de celle-ci ou avec son accord. 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 Les importations parallèles non autorisées peuvent généralement entrer au 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 »³⁰.

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 ;

34. 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.

35. 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

³⁰ Organisation mondiale de la propriété intellectuelle, 2014, Exceptions et limitations relatives aux droits de brevet : épuisement des droits de brevet (SCP/21/7), disponible à l'adresse : http://www.wipo.int/edocs/mdocs/scp/fr/scp_21/scp_21_7.pdf.

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.

Formules différentes relevées dans des législations existantes : refus de traiter

Région/pays

| | |
|------------------|---|
| Brésil | Le refus de traiter ainsi que le refus de donner accès à des installations essentielles sont réputés potentiellement contraires à la législation antitrust, conformément aux alinéas V et XI du paragraphe 3 de l'article 36 de la loi n° 12, 529/2011. Pour que l'infraction à la législation antitrust soit constituée, l'accès à l'installation doit être réputé indispensable à l'entrée sur le marché et sa reproduction doit être impossible ou ne pas être raisonnablement possible. Dans une enquête récente concernant Thyssenkrupp, l'autorité brésilienne de la concurrence (CADE) a estimé qu'il existait suffisamment de fournisseurs de substitution et que le comportement présumé ne portait pas atteinte à la législation antitrust. D'autres enquêtes sur le comportement de refus de traiter concernent le secteur financier, notamment des entreprises qui offrent des services de cartes de crédit (enquêtes visant des établissements financiers importants au Brésil) et d'autres entreprises de traitement des paiements. |
| Chine | L'article 17 3) de la loi antimonopole chinoise 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. L'article 4 du règlement de l'Administration nationale pour l'industrie et le commerce sur l'abus de position dominante et l'article 13 du règlement de la Commission nationale de développement et de réforme sur l'interdiction des prix de monopole offrent des exemples détaillés du refus de traiter. |
| 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) (2009/C 45/02) aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes, la Commission européenne indique qu'elle considère le refus de fourniture comme un abus potentiel de position dominante. D'après les orientations, le refus de fourniture recouvre le refus de fournir des produits à des clients, le refus d'accorder une licence de droits de propriété intellectuelle, ou le refus de donner accès à des installations ou à un réseau essentiels. La Commission considérera qu'il y a lieu de traiter ces pratiques 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. Dans un arrêt récent du Tribunal de l'Union européenne (<i>Slovak Telekom, a.s., c. Commission européenne</i> , affaire T-851/14, 13 décembre 2018), il a été décidé que, pour conclure au refus de traiter, la démonstration que l'accès est indispensable aux concurrents potentiels pour pouvoir exercer leurs activités, n'était pas requise, car le cadre réglementaire pertinent, en tout état de cause, reconnaissait clairement la nécessité d'un accès. |
| 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 accès à des installations essentielles quand cela est économiquement possible. D'après la section 1 vi) de la loi sur la concurrence, une « installation essentielle » est une infrastructure ou une ressource sans laquelle un concurrent ne peut pas raisonnablement fournir des biens ou des services à ses clients. |

Région/pays

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. Quant aux effets anticoncurrentiels concrets du comportement abusif, il a été estimé dans l'affaire *Nationwide Airlines (Pty) Ltd, Comair Ltd contre South African Airways (Pty) Ltd* que pour qu'il y ait abus, il n'est pas nécessaire de prouver le préjudice effectivement subi par les consommateurs et il suffit de prouver que la concurrence a été évincée fondamentalement ou dans une large mesure, y compris par le verrouillage du marché.

États-Unis

Le droit de la concurrence des États-Unis n'interdit pas expressément les pratiques consistant à refuser de traiter et la Cour suprême des États-Unis n'a jamais adopté expressément de doctrine des « installations essentielles ». Dans les limites définies pour l'affaire *Aspen Skiing*, la cessation d'une relation commerciale existante peut constituer une violation du paragraphe 2 de la loi Sherman car les bénéfices à court terme sont sacrifiés en vue d'éliminer un concurrent du marché à long terme (*Aspen Skiing Co. c. Aspen Highlands Skiing Corp.* 472 US585, 601 (1985)). En 2004, la Cour suprême a souligné que cette catégorie se situe aux limites du champ d'application du paragraphe 2 et a réaffirmé la règle générale selon laquelle une entreprise peut refuser de traiter avec ses concurrents (*Verizon Communications, Inc. c. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP*).

Inde

L'article 4 de la loi indienne de 2002 sur la concurrence énonce une liste de pratiques qui, quand elles émanent d'une entreprise ou d'un groupe dominant, constituent a priori un abus de position dominante, et tout comportement d'une entreprise dominante qui relève de ces catégories de comportement est susceptible d'être interdit, y compris le fait de limiter la production de biens ou la fourniture de services et le fait de se livrer à des pratiques qui reviennent à refuser l'accès aux marchés de quelque manière que ce soit³¹. Par ailleurs, la Commission indienne de la concurrence indique dans ses orientations sur le droit de la concurrence en Inde que les entreprises ont toute latitude, de manière générale, pour choisir leurs partenaires commerciaux. Néanmoins, si ces choix sont opérés moyennant une entente avec un tiers (autre concurrent, entreprise ou particulier), il y a de fortes chances que ce soit contraire à la loi³². Dans une affaire récente, la Commission indienne de la concurrence a décidé d'enquêter sur le refus de traiter auquel s'étaient livrées Sony et Star India dans le secteur de la télédiffusion et a estimé la détermination du pouvoir de marché était nécessaire à l'évaluation (*Commission indienne de la concurrence, affaire n° 30/2017, Noida Software Technology Park/Star India/Sony Pictures Network India, 27 juillet 2018*)³³.

³¹ Inde, loi de 2002 sur la concurrence, disponible à l'adresse https://www.cci.gov.in/sites/default/files/cci_pdf/competitionact2012.pdf.

³² Global Compliance News, n/d, Antitrust and competition in India, disponible à l'adresse <https://globalcompliancenes.com/antitrust-and-competition/antitrust-and-competition-in-india/>.

³³ Commission indienne de la concurrence, affaire n° 30/2017, Noida Software Technology Park/Star India/Sony Pictures Network India, 27 juillet 2018, disponible à l'adresse <https://www.cci.gov.in/sites/default/files/Case%20No.%2030%20of%202017.pdf>.

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 ;

36. 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.

37. 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.

38. 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.

39. 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.

Formules différentes relevées dans des législations existantes : représentation exclusive

Région/pays

| | |
|------------------|---|
| Union européenne | Dans ses lignes directrices relatives à l'article 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, la Commission européenne utilise l'expression « représentation exclusive » pour désigner les obligations expresses ainsi qu'indirectes d'achat exclusif et les rabais sous condition. Elle étend également la notion de représentation exclusive à la fourniture exclusive qui, du point de vue de la concurrence, risque surtout de mener à l'éviction d'autres clients. Dans le droit de l'Union européenne, la représentation exclusive peut constituer un abus de position dominante au sens de l'article 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, mais peut aussi être illicite en l'absence de position dominante comme accord anticoncurrentiel au sens de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. La Cour européenne de justice a estimé qu'il existe une présomption d'illégalité de la représentation exclusive lorsque le fournisseur détient une part de marché de 50 %. D'autre part, le règlement d'exemption par catégorie de restrictions verticales prévoit une zone de sécurité lorsque la part de marché de l'une ou l'autre partie ne dépasse pas 30 % et lorsque la durée de l'exclusivité est limitée à cinq ans. |
|------------------|---|

Région/pays

| | |
|---------------------|--|
| États-Unis | Les tribunaux des États-Unis considèrent généralement les accords d'exclusivité comme des accords verticaux et ils sont donc soumis à une analyse selon la règle de raison (<i>Standard Stations v. United States</i> , 1949). Dans une opinion qui a fait date à propos de l'affaire <i>Continental TV v. GTE Sylvania</i> , la Cour suprême a estimé en particulier que les effets sur le marché d'une restriction verticale intramarques autre que de prix étaient complexes, du fait que s'exercent simultanément, d'une part, une réduction de la concurrence intramarques, et d'autre part, une augmentation de la concurrence intermarques ³⁴ . |
| Chine | L'article 17 de la loi chinoise antimonopole définit une liste non exhaustive des types de comportement qui faute de justification, sont en principe considérés comme abusifs et donc interdits. Fin 2018, si aucune enquête visant, à proprement parler, des accords verticaux autres que de prix, n'avait été ouverte, des enquêtes sur des abus de position dominante ont concerné des accords verticaux, parmi lesquels des accords de représentation exclusive. Dans le secteur automobile, deux types d'accords de représentation exclusive portant sur les pièces de rechange, dont sont à l'origine des constructeurs automobiles détenant une position dominante sur le marché des pièces de rechange des véhicules de leurs marques, font l'objet actuellement d'une surveillance de l'Autorité chinoise de la concurrence, y compris les obligations d'achat exclusif imposées aux membres agréés du réseau (à savoir les restrictions visant les achats auprès d'autres sources) et les obligations de fourniture exclusive imposées aux fournisseurs de pièces en empêchant ces derniers de vendre directement sous une marque privée sur le marché des pièces de rechange. |
| Chili | En vertu du droit chilien de la concurrence, la représentation exclusive constitue une restriction verticale, couverte par le principe général énoncé à l'article 3 du décret-loi n° 211/1973 selon lequel tout acte ou contrat qui empêche, restreint ou entrave la libre concurrence ou tend à produire des effets de cette nature peut donner lieu à des sanctions. En outre, les accords verticaux exclusifs peuvent constituer des moyens d'abus de position dominante car toute disposition contractuelle peut être interprétée comme « abusive » si elle a pour objet d'élever des obstacles injustifiés à l'entrée pour créer ou renforcer une position dominante. L'autorité chilienne de la concurrence a donc décidé que les clauses d'exclusivité imposées par des entreprises dominantes à l'effet de créer des obstacles à l'entrée sur le marché seraient réputées anticoncurrentielles (<i>FNE c. CCU</i>) |
| République de Corée | La Commission coréenne des pratiques commerciales loyales veille à l'application du droit coréen de la concurrence dans le cadre du règlement sur les monopoles et de la loi sur les pratiques commerciales loyales, y compris en ce qui concerne l'abus de position dominante. Dans ce contexte, la Commission coréenne des pratiques commerciales loyales a enquêté, par exemple, sur Google Play, afin de déterminer si Google avait conclu des accords de représentation exclusive avec des développeurs de jeux. |

³⁴ Concernant les refus de traiter unilatéraux, voir *United States v. Colgate and Company*, Cour suprême des États-Unis, 1919, 250 US300, 39 S. Ct. 465, 53 1.Ed. 992, 7 A.L. R. 443. Voir également *Eastman Kodak v. Image Technical Services Inc.*, 504 US451 (1992) (où l'on soutient que le droit tiré d'un monopole de refuser de traiter avec un concurrent n'est pas absolu, et que le jury devrait être autorisé à décider si les raisons avancées par le plaignant sont des prétextes).

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

[...]

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

40. 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.

41. 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.

42. 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.

43. 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.

44. 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.

Formules différentes relevées dans des législations existantes : répartition des marchés et de la clientèle

Région/pays

| | |
|------------------|--|
| Union européenne | La répartition des marchés ou de la clientèle n'est généralement pas autorisée en application l'article 4 b) du règlement de la Commission européenne concernant l'exemption par catégorie d'accords verticaux et des lignes directrices sur les accords verticaux. Les lignes directrices prévoient toutefois certaines exceptions comme les systèmes de distribution sélective (qui font l'objet d'une « liste blanche »). |
|------------------|--|

Région/pays

Japon Conformément à l'avis public de la Commission japonaise des pratiques commerciales loyales relatif à la désignation des pratiques commerciales déloyales, le commerce entre des entreprises est interdit s'il repose sur des conditions qui limitent indûment quelque forme de commerce que ce soit entre les parties. Cette disposition générale s'étend à des restrictions injustifiables autres que la fixation du prix de revente ou la représentation exclusive, telles que les restrictions de marché ou de clientèle. Dans ses lignes directrices concernant les systèmes de distribution et les pratiques commerciales visées par la loi antimonopole, la Commission du commerce équitable a aussi défini des critères de légalité des mesures de répartition des marchés ou de la clientèle.

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.

45. 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.

46. 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.

47. Lorsque certaines conditions économiques sont réunies, la vente liée peut en théorie permettre à une entreprise dont la position est dominante sur un marché de faire jouer son pouvoir de marché sur un autre marché, en réduisant ou supprimant la concurrence sur ce second marché et en verrouillant l'accès de celui-ci à de nouvelles entreprises.

48. Dans le contexte de la numérisation, les notions de vente liée et de vente groupée ont évolué, car elles ont été conçues à l'origine pour la vente conjuguée de deux produits et sont maintenant appliquées à des cas propres à l'économie numérique et font intervenir des pratiques comme l'intégration de logiciels ou l'affichage prioritaire dans les résultats de moteurs de recherche.

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. Pour conclure à une vente liée illicite, un effet anticoncurrentiel doit avoir été démontré, autrement dit il faut prouver l'existence d'un vrai préjudice à la protection des consommateurs ou d'un effet de fermeture substantielle du marché aux concurrents (*Competition Commission v South African Airways (Pty) Ltd.* 18/CR/Mar01), sans que les avantages technologiques, les gains d'efficacité ou un autre élément favorable à la concurrence qui l'emporte sur l'effet anticoncurrentiel du comportement en cause ait pu être montré.

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.

Inde Dans le droit indien de la concurrence, la vente liée est une forme d'accord vertical à analyser selon la règle de raison. Cette pratique est mentionnée expressément et peut être interdite en application de la loi sur la concurrence selon l'incidence qu'elle produit ou peut produire sur les conditions de concurrence. Pour en évaluer les effets probables, l'autorité indienne de la concurrence tient compte des facteurs énumérés à l'article 19 3) de la loi sur la concurrence³⁵. Parmi ces facteurs figurent notamment l'éviction du marché de concurrents existants, le verrouillage du marché et les barrières accrues à l'entrée du marché.

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 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. En 2018, la Commission européenne a infligé une amende à Google au terme d'une enquête de trois ans pour s'être livré à des pratiques illicites de vente liée et groupée, notamment. Le comportement de Google recouvrait la vente liée illicite de ses applications de recherche et de navigation (Commission européenne, affaire AT.40099 – Google Android, 18 juillet 2018).

³⁵ Inde, loi de 2002 sur la concurrence, disponible à l'adresse https://www.cci.gov.in/sites/default/files/cci_pdf/competitionact2012.pdf.

Région/pays

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.

Argentine L'article 3 de la loi antitrust argentine énonce une liste non exhaustive de pratiques qui, si elles remplissent les critères prévus à l'article premier de la même loi, constituent des pratiques illicites. Les alinéas f) et g) de l'article 3 mentionnent à cet égard les conditions qui lient la vente de biens à l'achat d'autres biens ou à l'utilisation d'un service et celles qui lient la fourniture d'un service à l'utilisation d'un autre service ou à l'achat de biens, ainsi que celles qui lient un achat ou une vente à un engagement de ne pas utiliser, acheter, vendre ou fournir les biens ou les services produits, transformés, distribués ou exploités commercialement par des tiers³⁶.

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 (*Northern Pacific Railway Company v. United States*, 356 US 1, 5–6 (1958)).

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 forcer des acheteurs réticents à en acheter un autre³⁷. 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 principal³⁸.

³⁶ Argentine, Commission nationale de protection de la concurrence, 2018, projet de lignes directrices pour l'analyse des affaires d'abus de position dominante, disponible à l'adresse https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/traduccion_ingles_lineamientos_abuso_posicion_dominante.pdf.

³⁷ 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).

³⁸ Voir *Eastman Kodak Company v. Image Technical Services Inc.*, 504 U.S. 451, 461–62 (1992).

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 démontrée³⁹.

Dans l'affaire *Jefferson Parish*, 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. 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 US38, 46, (1962)).

Dans l'affaire *Microsoft*, la cour d'appel des États-Unis pour le circuit du district de Columbia a annoncé une nouvelle règle plus souple en matière de responsabilité qui a écarté la règle prédominante émanant de la Cour suprême de l'illégalité a priori des ventes liées, en soulevant le problème des effets dynamiques qu'une règle a priori aurait sur l'innovation (*United States v. Microsoft Corp.*, 253 F.3d 34, 48 (D.C. Cir. 2001)).

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.

49. 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.

50. 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

³⁹ 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).

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.

51. 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.

52. 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.

53. 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.
