

La nouvelle jurisprudence du Conseil de la Concurrence en matière d'abus de dépendance économique La dépendance économique collective



Amine KNANI
Avocat à la cour

Le Conseil de la Concurrence a forgé une notion originale qui n'a pas été prévue expressément par la loi sur la concurrence et les prix¹. Il s'agit de l'abus de dépendance économique collective, qui qualifie la situation d'une entreprise victime d'abus de dépendance provenant de plusieurs personnes juridiques.

Contrairement à l'article L420-2 du code de commerce français, qui vise les pratiques mises en œuvre « par une entreprise ou un groupe d'entreprises »¹, le Droit tunisien garde le silence sur l'auteur des agissements prohibés.

L'article 5 paragraphe 2 de la loi susvisée, prévoit « qu'est prohibée l'exploitation abusive...d'un état de dépendance économique dans lequel se trouve une entreprise cliente ou fournisseur qui ne dispose pas de solutions alternatives, pour la commercialisation, l'approvisionnement ou la prestation de services ».

Vous trouvez la suite de cette étude au n° du mois de Février 2017 d'«Infosjuridiques»



La nouvelle jurisprudence du Conseil de la Concurrence en matière d'abus de dépendance économique : La dépendance économique collective

Par Maître Amine KNANI
Avocat à la cour

Société d'avocats Boussayene Knani & associés

Le Conseil de la Concurrence a forgé une notion originale qui n'a pas été prévue expressément par la loi sur la concurrence et les prix¹. Il s'agit de **l'abus de dépendance économique collective** qui qualifie la situation d'une entreprise victime d'abus de dépendance provenant de plusieurs personnes juridiques.

¹ Loi n° 2015-36 du 15 septembre 2015, relative à la réorganisation de la concurrence et des prix qui a abrogé la loi n° 91-64 du 29 juillet 1991, relative à la concurrence et aux prix.

Contrairement à L'Article L420-2 du code de commerce français qui vise les pratiques mises en œuvre « *par une entreprise ou un groupe d'entreprises* »², le Droit tunisien garde le silence sur l'auteur des agissements prohibés.

L'article 5 paragraphe 2 de la loi susvisée prévoit « *qu'est prohibée l'exploitation abusive...d'un état de dépendance économique*³ dans lequel se trouve une entreprise cliente ou fournisseur qui ne dispose pas de solutions alternatives, pour la commercialisation, l'approvisionnement ou la prestation de services ».

Dans son avis n°3282 du 17 Juillet 2003 le Conseil de la Concurrence avait adopté une position de principe quant à l'interprétation du silence législatif. Il a précisé que « l'absence de textes juridiques dans une matière donnée ne peut servir de prétexte pour laisser certains phénomènes urgents, nouveaux ou provisoires porter atteinte à l'économie nationale et aux mécanismes du marché ».

Dans l'affaire n° 121301 du 25 décembre 2015 relative au marché de la distribution des détergents à travers les grandes et moyennes surfaces, le Conseil a jugé que la société STID était dans une situation de dépendance économique collective par rapport aux grandes et moyennes surfaces (GMS): Carrefour, Magasin Général et Monoprix. Ces GMS étaient accusées de profiter de cette situation pour commettre des abus différents justifiant leur condamnation pour abus de dépendance économique collective⁴.

Le Conseil de la Concurrence a prononcé, à l'encontre des (GMS), des sanctions financières allant de 500.000,000 dinars à 800.000,000 dinars et a ordonné la publication de la décision.

² Article L420-2 tel que modifié par la Loi n°2005-882 du 2 août 2005 - art. 40 JORF 3 août 2005 « Est en outre prohibée, dès lors qu'elle est susceptible d'affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve à son égard une entreprise cliente ou fournisseur...»

³ Sur l'abus de dépendance économique en droit français. V. E. Claudel, Abus de dépendance économique : absence de solution équivalente or not absence de solution équivalente ?, RTD Com. 2003 p.75 ; E. CHEVRIER, Préavis interprofessionnel et dépendance économique collective, Recueil Dalloz 2009 p. 92; Le Lamy droit économique, 2016, n°1200 et s; L. BOY. Abus de dépendance économique : reculer pour mieux sauter ?, Revue Lamy de la concurrence, 2010, p. 93.

⁴ Le Conseil a entériné presque intégralement les conclusions établies dans le rapport de clôture de l'instruction qui a considéré que « *la requérante était dans une situation de dépendance économique d'un type spécial qu'on peut qualifier sous le vocable de dépendance économique collective envers les grandes et moyennes surfaces* »

La consécration de cette nouvelle notion de dépendance économique collective (I) nous semble critiquable à divers titres (II).

I / La notion de dépendance économique collective

La notion de dépendance économique collective est d'une originalité relative par rapport à ce qui est admis dans la jurisprudence du Conseil de la Concurrence (1). L'analyse de sa décision du 25 décembre 2015, permet de relever que le Conseil s'est référé aux critères d'usage de la dépendance économique individuelle (2).

1/ L'originalité relative de la notion de dépendance économique collective :

Cette notion de dépendance économique collective est d'une originalité relative⁵. Elle n'est pas totalement nouvelle par rapport à ce qui est admis dans la jurisprudence du Conseil de la Concurrence. Le Conseil a depuis plusieurs années opté pour une interprétation extensive d'une notion voisine qui est la position dominante en admettant l'existence d'une **position dominante collective**. Cette notion a été mise en œuvre notamment dans la décision n° 2142 du 25 septembre 2003 qui a sanctionné le comportement de « *sociétés indépendantes juridiquement mais qui s'avèrent liées financièrement et structurellement et opèrent d'une manière collective et coordonnée sur le marché pertinent pour réaliser un objectif commun ... à moins qu'il ne s'agisse d'un comportement atteignant le stade de la fusion totale et permettant de considérer plusieurs sociétés comme une seule et même unité économique. En pareil cas ces sociétés sont considérées dans une position dominante individuelle et non collective.* »

Une nouvelle évolution de la notion de position dominante collective a été déclenchée par la décision n°121306 du 25 décembre 2015 qui marque un alignement total sur la jurisprudence européenne consacrée par l'arrêt « Airtours » du 6 Juin 2002⁶.

Le Conseil confirme le principe de la position dominante collective à travers une interprétation encore plus extensive mettant en œuvre de nouveaux critères.

En effet, il est désormais possible de qualifier un comportement de position dominante collective même en l'absence des critères classiques à savoir les liens juridiques ou structurels entre des entreprises, tels que des liens en capital ou

⁵ La question a été déjà soulevée devant le Conseil de la Concurrence dans le cadre de l'affaire n° 71147 du 31 Décembre 2008. Toutefois le Conseil n'a pas eu l'occasion de bien développer sa position dans la mesure où l'action a été déclarée prescrite conformément à l'article 11 de la loi relative à la concurrence et aux prix.

⁶ Le Tribunal de première instance des Communautés européennes (TPICE) a, le 6 juin 2002, annulé la décision du 22 septembre 1999 de la Commission européenne qui avait déclaré l'opération de concentration entre deux voyagistes britanniques, Airtours (aujourd'hui MyTravel) et First Choice, incompatible avec le marché commun.

encore des accords formalisés entre elles voire même l'adoption d'une ligne commune d'action sur le marché.

La nouveauté dans cette décision c'est qu'en absence de ces liens, il est désormais possible qu'une position dominante collective soit retenue si trois conditions cumulatives sont réunies⁷ à savoir :

- la structure oligopolistique et la transparence du marché pertinent ;
- la possibilité d'exercer des représailles sur les entreprises déviant de la ligne d'action commune ;
- la non contestabilité du marché pertinent ou l'absence de concurrence potentielle.

Le Conseil affirme qu'en l'espèce toutes les conditions sont réunies pour qualifier le comportement des entreprises poursuivies de position dominante collective :

A titre principal, le Conseil a fait recours aux conditions classiques en se basant sur l'existence de liens juridiques et structurels entre les entreprises. Les investigations menées ont en effet permis de déceler l'existence d'accords formalisés, et ce, suite à la découverte d'une fiche de comportement signée par les entreprises.

Subsidiairement, le Conseil a relevé que l'enquête a permis de dévoiler que les conditions nouvelles sont également réunies ; puisque le marché pertinent de l'impression, de l'émission et de la distribution des tickets restaurants est un marché transparent, dominé par un nombre très réduit d'opérateurs pouvant exercer des représailles sur les entreprises déviant de la ligne d'action commune.

2/ La consécration de la notion de dépendance économique collective:

Pour apprécier la dépendance économique d'une société à l'égard d'une société dominante, la jurisprudence est constante. Elle tient compte, de la notoriété de la marque de la société dominante, de sa part de marché, de l'importance de la part du chiffre d'affaires réalisé par la société dépendante avec la société qui la domine ainsi que de l'existence et de la diversité de solutions alternatives pour la société dépendante⁸.

Dans sa décision n° 121301 du 25 décembre 2015, le Conseil a utilisé les critères d'usage pour justifier la dépendance économique de la société productrice de produits détergents par rapport aux grandes et moyennes surfaces, à savoir :

⁷ En version originale :

(أ) وجود درجة شفافية عالية بسوق ذات احتكار الأقلية (ب) وفي إمكانية وجود آليات ردع ومعاقبة للمؤسسات التي تحيد عن إتباع السلوك المتوازي (ت) وفي غياب سياسة تنافسية شرسة بالسوق أو عدم قدرة منافسين جدد على الولوج إلى السوق

⁸ A titre d'exemple, ces mêmes critères ont été retenus dans l'affaire n°71142 du 17 Septembre 2009.

- **Premier critère : la notoriété de la marque des distributeurs** : le Conseil a constaté que les marques Carrefour, Magasin Général, Monoprix et Géant sont des marques notoires ;

- **Deuxième critère : la part de marché des distributeurs** : Le Conseil rappelle sa jurisprudence constante en matière de dépendance économique. Cette jurisprudence se contente de vérifier que la société dominante contrôle une part considérable du marché, sans qu'il soit nécessaire qu'elle soit en position dominante.

- **Troisième critère : le degré d'influence des grandes et moyennes surfaces dans le chiffre d'affaires réalisé par la requérante** : l'étude de marché a permis au Conseil de conclure que les pourcentages de chiffres d'affaires que réalise la requérante avec les grandes et moyennes surfaces sont importants à l'exception de la société Géant (entre 4 % et 7%). Le degré d'influence étant faible, le Conseil a décidé d'exclure Géant des poursuites.

- **Quatrième critère : L'inexistence de solutions alternatives de commercialisation** : L'enquête a permis de constater que la requérante fournit des produits haut de gamme, « amis de l'environnement » et biodégradables dont les composantes sont végétales et qui diffèrent du reste des produits détergents existant sur le marché. Cette différence se traduit par des prix élevés et par une clientèle spécifique qui n'existe que dans les grandes et moyennes surfaces. Le Conseil a donc estimé que toutes ces données objectives font que la requérante se trouve en fait obligée de distribuer ses produits uniquement à travers les grandes et moyennes surfaces.

Au vu de ce qui précède, le Conseil s'est prononcé dans le même sens que le rapport de clôture de l'instruction en jugeant « *que la requérante était dans une situation de dépendance économique **d'un type spécial** qui peut être qualifiée de dépendance économique collective envers les grandes et moyennes surfaces.* »⁹

Ceci étant exposé, il est permis de se demander si la consécration par le Conseil de la Concurrence de cette notion de dépendance économique collective ne prête pas le flanc à la critique, en obligeant d'une certaine manière une certaine catégorie de distributeurs (les GMS) à commercialiser des produits spécifiques, sachant que les autres circuits de distributions ne leur sont pas adaptés.

II/ Les limites de la consécration de la notion :

L'examen de la décision n° 121301 du 25 décembre 2015 et du rapport de clôture de l'instruction y relatif, a permis de constater une application approximative des

⁹ Rapport de clôture des investigations p 48

critères de la dépendance économique **(1)**. En outre, ces critères étaient insuffisants pour caractériser la dépendance collective qui suppose la connivence entre les entreprises poursuivies **(2)**.

1/ L'application approximative des critères de la dépendance

Cette application approximative se manifeste à travers plusieurs points :

- L'inutilité du critère de la part de marché des distributeurs

La référence du Conseil de la Concurrence aux critères ci-dessus énumérés sans distinguer suivant que l'entreprise dépendante soit fournisseur ou distributeur n'est pas à l'abri de la critique.

Concrètement, l'examen de la part de marché contrôlée par les distributeurs semble dénué de fondement. Ce critère de la part de marché du distributeur n'est pas utile dans l'appréciation du degré de dépendance du fournisseur. La dépendance du fournisseur doit se mesurer en réalité et selon une doctrine très autorisée « avant tout par référence à la position de force relative du distributeur à son égard. **Cette dernière est appréciée non à partir de la part de marché contrôlée par le distributeur**, mais compte tenu de l'importance quantitative (part du chiffre d'affaire réalisée avec lui) et qualitative (rôle dans la commercialisation) du distributeur pour le fournisseur dont la dépendance est alléguée »¹⁰

Par contre, dans le cas opposé relatif à la dépendance du distributeur par rapport à son fournisseur le critère de la part de marché de la société dominante devient capital. Dans plusieurs décisions, la jurisprudence française examine l'importance de la part de marché du fournisseur.¹¹

- L'existence d'alternatives de commercialisation

Selon l'article 5 paragraphe 2 de la loi de la concurrence et des prix, ne sont prohibées que les agissements subis par une entreprise ne disposant pas de solutions alternatives de commercialisation¹².

¹⁰ **Louis Vogel : Du Droit commercial au Droit économique.** Traité de Droit des affaires. LGDJ Tome 1, Volume 1. 2010, P 1007.

¹¹ Par exemple : Décision Cons. Conc. N°89-D-16 du 2 mai 1989.

¹² En droit Français le nouvel article L 420-2 ne définit plus l'état de dépendance économique, comme le faisait l'ancien texte, à savoir une relation commerciale dans laquelle l'un des partenaires, entreprise cliente ou fournisseur, "**ne dispose pas de solution équivalente**". Même si cette disposition relative à l'absence de solution équivalente a disparu du texte, il s'agit d'un critère fondamental de l'état de dépendance économique, que continuent à utiliser l'Autorité de la

En l'espèce, le Conseil a exposé les pourcentages de chiffres d'affaires que réalise la requérante avec les grandes et moyennes surfaces :

- Carrefour : entre 25% et 36%
- Le groupe Magasin général : entre 40% et 53%
- Monoprix-Géant: Monoprix entre 12% et 19% et Géant entre 4% et 7%

En décidant d'exclure des poursuites la société Géant parce qu'elle exerce un degré d'influence faible, le Conseil admet implicitement que la requérante n'était pas en situation de dépendance économique par rapport au groupe Monoprix-Géant puisqu'il présente, à travers Géant, des alternatives de commercialisations qui peuvent être explorées et développées.

Le Conseil de la Concurrence français a souvent adopté une interprétation rigoureuse de la notion de dépendance¹³. A l'occasion d'une affaire similaire opposant des fournisseurs à une centrale d'achat, alors que les fournisseurs étaient de petites entreprises, réalisant entre 22% et 60% de leur chiffre d'affaires avec la centrale, il a estimé que n'était pas rapporté la preuve qu'il n'existait pas pour eux de solution alternative dans la région et qu'il n'étaient pas en mesure de trouver d'autres débouchés à leurs produits¹⁴.

- **La dépendance économique est inhérente à un choix stratégique :**

La jurisprudence constante du Conseil tunisien de la Concurrence exige une condition supplémentaire de bon sens pour constater l'état de dépendance. « *Les facteurs ayant conduit à la situation de dépendance ne doivent pas être causés par le comportement de la société victime du comportement dénoncé ou de sa politique* »

concurrence et la Cour d'appel de Paris dans leur jurisprudence « **Cass. com 6 février 2007, SARL Les Oliviers (arrêt n°179 F-D)** »

Dans le même contexte, la Cour de cassation a rejeté un moyen qui soutenait que, dès lors que l'article L. 420-2, tel qu'il résulte de la loi de nouvelle régulation économique (NRE) du 15 mai 2001, ne fait plus directement référence à l'absence de « solution équivalente », cette dernière condition a été implicitement supprimée. (Com. 3 mars 2004, n° 02-14.529 Sté Concurrence, Bull. civ. IV, n° 44).

¹³ La jurisprudence française a reconnu que la seule circonstance de réalisation d'une part très importante, voire exclusive, du chiffre d'affaires avec une société ne suffit pas à caractériser un état de dépendance économique (Cass. Com 3-3-2004 n°457 : RJDA 7/04 n°908). De même un concessionnaire automobile ne se trouve pas dans une situation de dépendance économique à l'égard de son concédant si, en cas de rupture des relations contractuelles, ce concessionnaire a la possibilité de s'intégrer dans le réseau d'autres constructeurs (Cons. conc.2-5-1998 n°89-D-16 , aff « Mercedes Benz »).

¹⁴ Affaire Cora : Décision du Conseil de la Concurrence du 8 Juin 1993, Rapport annuel pour 1993 p 206.

commerciale dans la mesure où la dépendance ne peut être un choix délibéré mais une situation imposée »¹⁵.

Dans ce contexte, une étude réalisée par l'Institut National de la Consommation¹⁶, démontre que les habitants du grand Tunis acquièrent uniquement 47% des produits détergents auprès des GMS. Les solutions alternatives de distribution représentent donc 53%. Il en résulte qu'a priori la requérante n'est nullement en situation de dépendance économique par rapport aux GMS.

Le Conseil fait néanmoins valoir qu'eu égard aux spécificités qualitatives du produit, à son prix ainsi qu'à la clientèle qu'il attire, la requérante ne pouvait le vendre qu'à travers les grandes et moyennes surfaces.

Ce constat semble ne pas tenir compte des habitudes de consommation dans le marché pertinent. En effet, le Conseil ne s'est référé à aucune étude scientifique et n'a pas comparé les différents produits de détergents substituables. Il n'a pris en considération ni leurs prix ni leurs spécificités qualitatives ni les parts de vente à travers les GMS et les autres voies de distribution avant de conclure que le produit de la requérante présente des spécificités uniques ayant des conséquences sur le mode distribution.

De façon générale, le Conseil n'a cité aucune étude justifiant que les produits détergents dont les prix sont élevés et ayant la réputation d'être « amis de l'environnement » n'attirent que les clients des grandes et moyennes surfaces.

Il est permis ainsi de penser que le Conseil a supposé simplement que le produit haut de gamme et cher ne peut être distribué que dans les GMS ; ce qui n'est pas « scientifiquement » démontré.

2/ L'absence de connivence entre les sociétés dominantes

Sur le plan de la réalité des pratiques elles-mêmes, les infractions économiques reprochées étaient indépendantes les unes des autres et ne s'inscrivaient pas dans une même ligne d'action.

Il n'a pas été prouvé qu'elles étaient le résultat d'une connivence ou d'une complicité. Rien ne permet de présumer que les entreprises poursuivies ont agité, ensemble, notamment en raison des facteurs de corrélation existant entre elles, pour adopter une même ligne d'action sur le marché.

¹⁵ Affaire n°71142 du 17 septembre 2009.

¹⁶ Etude intitulée « L'impact de la modernisation du commerce sur le comportement du consommateur tunisien et ses dépenses ».

A titre comparatif, le Conseil de la Concurrence français a exigé la coordination comme critère essentiel pour que les agissements en cause soient qualifiés d'abus de dépendance collective. Dans sa décision n° 08-D-31 du 10 décembre 2008 relative à une saisine de la société « Concurrence » dénonçant notamment un abus de dépendance économique mis en œuvre collectivement par les sociétés Philips, Sony et Samsung, le Conseil a déclaré qu' « Il n'existe aucun élément au dossier permettant de soutenir de manière probante l'idée d'une coordination entre les comportements de Sony, Philips et Samsung à l'égard de la société Concurrence, qui pourrait fonder un hypothétique « abus de dépendance collective » invoqué par la saisissante. »¹⁷

Le Conseil, statuant sur une demande de mesures conservatoires de la société « Concurrence », a rejeté l'allégation d'abus de dépendance économique collective au motif qu'aucun élément n'avait été rapporté permettant de caractériser l'idée d'une coordination entre les comportements des trois fabricants de produits bruns concernés afin d'abuser de la dépendance économique de cette société.

Dans l'affaire du 25 Décembre 2015 objet de cette étude, le Conseil de la Concurrence n'a nullement établi l'existence d'une coordination entre les GMS dans leur comportement vis à vis du fabricant des détergent biodégradable. Celui-ci s'est lui-même placé dans une situation de dépendance économique par rapport aux distributeurs contre lesquels il a dirigé son action à supposer bien entendu que ses allégations suivants lesquelles il était dépourvu de toute alternative de distribution autre, soient établies.

Conclusion :

Au vu de ce qui précède, il appert à travers la décision n° 121301 du 25 Décembre 2015, que le Conseil de la Concurrence a fait une interprétation extensive de la dépendance économique. Il a dépassé l'absence de définition de l'auteur des agissements dans l'article 5 de la loi de la concurrence pour admettre l'existence d'une dépendance économique collective, s'alignant ainsi sur L'article L.420-2 du code de commerce français qui vise les pratiques mises en œuvre « *par une entreprise ou un groupe d'entreprises* ».

¹⁷ Rapp. Cons. conc. pour 2008, p. 282, Lettre distrib. janv. 2009, Contrats, conc., consom. 2009, comm. 49, obs. Malaurie-Vignal M. ; *adde* CA Douai, 20 nov. 2007, RLC 2008/15, n° 1075, obs. Béhar-Touchais M., arrêt partiellement cassé par Cass. com., 2 déc. 2008, n° 08-10.731, Bull. civ. IV, n° 201, D. 2009, p. 92, note Chevrier E., JCP G 2009, IV, n° 1068, RJDA 2009, n° 273.

Toutefois, la décision n° 121301 du 25 décembre 2015 instaurant la dépendance économique collective consacre les mêmes critères de la dépendance économique individuelle et fait abstraction de la connivence entre les sociétés dominantes.

Il est permis ainsi de penser que dans sa qualification, le Conseil de la Concurrence aurait à tort assimilé la dépendance économique collective à la position dominante collective, et ce, en considérant que dans l'absence d'adoption d'une ligne commune d'action sur le marché, les entreprises dominantes peuvent également être condamnées pour abus de dépendance économique collective si les conditions cumulatives¹⁸ de l'arrêt « Airtours » du 6 Juin 2002 sont réunies.

¹⁸Ces conditions sont :

- la structure oligopolistique et la transparence du marché pertinent ;
- la possibilité d'exercer des représailles sur les entreprises déviant de la ligne d'action commune ;
- la non contestabilité du marché pertinent ou l'absence de concurrence potentielle.

