

Abus de dépendance économique

L'abus de dépendance économique désigne deux comportements quasiment identiques mais proscrits de manière autonomes par le Code de commerce.

L'abus de dépendance économique est d'abord une *pratique anticoncurrentielle**. Selon l'article L. 420-2 du Code de commerce, est prohibée dès lorsqu'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. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées, en pratiques discriminatoires ou en accords de gamme. L'infraction peut être poursuivie et sanctionnée devant les juridictions de l'ordre judiciaire ainsi que devant le Conseil de la concurrence. Elle est constituée lorsque sont réunies une condition préalable (l'état de dépendance économique d'une entreprise envers une autre) et deux éléments constitutifs (une exploitation abusive de la situation d'une part, et d'autre part une affectation de la concurrence).

La notion d'exploitation abusive ne présente pas de différence conceptuelle significative lorsqu'elle s'applique à une dépendance économique et lorsqu'elle s'applique à une position dominante. On peut donc renvoyer à la notion d'*abus de position dominante** pour la compréhension de la notion d'exploitation abusive.

La notion de dépendance économique vise principalement les relations de clients à fournisseurs (Com. 7 janvier 2004, *Bull.* n° 4 ; Cons. Conc. n° 05-D-05 du 18 février 2005, BOCC du 28 oct. 2005), ce qui recouvre donc essentiellement deux hypothèses. D'une part, la situation dans laquelle une entreprise est obligée de poursuivre des relations commerciales avec un fournisseur, car il lui est impossible de s'approvisionner en produits substituables dans des conditions équivalentes. L'état de dépendance économique s'apprécie alors en tenant

compte notamment de la notoriété de la marque du fournisseur. Est également prise en compte l'importance de sa part dans le marché considéré ainsi que dans le chiffre d'affaires du client. D'autre part, il se peut qu'inversement, le fournisseur soit en état de dépendance économique envers son client. Cette dépendance s'apprécie alors au regard de plusieurs critères : notamment l'importance de la part du chiffre d'affaires réalisées par le fournisseur avec le distributeur, l'importance du distributeur pour la commercialisation des produits concernés, l'existence et de la diversité éventuelle de solutions alternatives pour le fournisseur. La dépendance s'apprécie aussi au regard des facteurs qui ont conduit à la concentration des ventes du fournisseur auprès du distributeur. Le juge devra donc vérifier de façon concrète si le fournisseur était dans l'impossibilité de trouver d'autres débouchés.

Enfin, la condition relative à l'affectation du fonctionnement de la structure de la concurrence soulève une difficulté de preuve souvent insurmontable. C'est la raison pour laquelle le législateur du 15 mai 2001 a doublé l'abus de dépendance économique prévu à l'article L. 420-2, al. 2, du Code de commerce, d'une disposition nouvelle insérée article L. 442-6, I, 2^e, b du même Code, faisant ainsi de l'abus de dépendance économique une *pratique restrictive de concurrence**. En vertu de ce dernier texte en effet, « engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers, [...] d'abuser de la relation de dépendance dans laquelle il tient à un partenaire, ou de sa puissance d'achat ou de vente en le soumettant à des conditions commerciales ou obligations injustifiées [...] ». Allégée de la condition liée à l'impact sur la concurrence, l'infraction d'abus de dépendance économique devient plus facilement utilisable. En tant que pratique restrictive de concurrence, elle échappe cependant à la compétence du Conseil de la concurrence pour relever de la seule compétence du juge de droit commun. J.-P. V.

▷ Abus de position dominante

Bibl. : A. DECOCQ et G. DECOCQ, *Droit de la concurrence interne et communautaire*, LGDJ, 2004 • M.-A. FRISON-ROCHE et M.-S. PAYET, *Droit de la concurrence*, Dalloz, 2006 • M. MALAURIE-VIGNAL, *Droit de la concurrence*, Armand Colin, 2005 • Ch. BOURGEON, « À propos de l'abus de relation de dépendance ou de puissance d'achat ou de vente » : *Rev. des contrats*, 2003, p. 243 • S. DELORT, « La qualification aléatoire de l'abus de puissance d'achat, de vente ou de relations de dépendance » : *JCP E* 2005, 483 • D. MAINGUY, « L'esprit et la lettre du nouvel article L. 442-6 du Code de commerce », *JCP E* 2002, 1729 • G. J. VIRASSAMY, *Les contrats de dépendance, Essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique*, thèse Paris, LGDJ, 1986 • J.-P. CHAZAL, *De la puissance économique en droit des obligations*, thèse Grenoble, 1996.

Abus de droit (droit des sociétés)

Le droit des sociétés est dominé par le libre exercice du droit de vote et par la loi de la majorité. Ainsi, les associés minoritaires doivent se soumettre aux décisions prises par la majorité quant bien même celles-ci ne répondraient pas à leur intérêt personnel, et le juge n'a pas à intervenir dans la vie de la société. Mais il existe une exception à ces principes lorsque certains associés se rendent coupable d'abus de droit. Il s'agit de l'abus du droit de vote dont font preuve les associés lors d'une assemblée générale.

D'une façon générale, l'abus est caractérisé lorsque l'intérêt social est bafoué et qu'il y a rupture d'égalité entre associés ; les deux conditions doivent être prouvées (Cass. Civ., 3^e, 18 juin 1997 : *RJDA* 11/1997, n° 1360). On distingue l'abus de majorité de l'abus de minorité ou d'égalité.

L'abus de majorité est caractérisé lorsque les associés votent une décision contraire à l'intérêt social*, dans leur intérêt personnel au détriment des autres associés. Les minoritaires peuvent alors demander en justice l'annulation de la décision et agir contre les majoritaires en réparation de leur préjudice personnel (Cass. com., 6 juin 1990, *D.* 1996, jur., p. 56, note J-Y. Choley-Combe ; *Bull. Joly* 1990, § 233, note P. Le Cannu).

Il y a abus de minorité (ou d'égalité) lorsque les minoritaires disposant d'une minorité de blocage, (ou l'associé égalitaire), refusent de voter une décision essentielle pour la société (Cass. com., 15 juillet 1992 : *RJDA* 8-9/1992, n° 826. — Cass. com., 9 mars 1993 : *RJDA* 4/1993, n° 323) portant ainsi atteinte à l'intérêt social et ceci en poursuivant un intérêt égoïste (Cass. com., 16 juin 1998 : *Rev. sociétés* 1999, p. 103, note K. Medjaoui ; *Bull. Joly* 1998, § 331). Pendant longtemps, la jurisprudence a sanctionné cet abus par l'allocation de dommages-intérêts au profit de la société en réparation de son préjudice, et éventuellement au profit des associés minoritaires s'ils prouvaient avoir subi un préjudice personnel, distinct de celui de la société (Lyon, 20 déc. 1984 : *D.* 1984, jur., p. 506, note Y. Reinhard). Certaines juridictions du fond ont tenté de trouver une sanction plus efficace, en décidant comme votée la résolution refusée par les minoritaires (Lyon, 25 juin 1987 : *RTDcom.* 1988, 70, note Y. Reinhard ; Paris, 25 mai 1993 : *Dr. sociétés* août-sept. 1993, n° 165, note H. Le Nabasque ; *JCP E*, 1993, pan. N° 1007) ; cette solution a toujours été condamnée par la Cour de cassation (Cass. com., 9 mars 1993 : *JCP E* 1993, II, 448, note A. Viandier). En revanche, elle admet la nomination d'un mandataire de justice pour représenter les minoritaires défaillants à l'assemblée générale et voter en leur lieu et place « dans l'intérêt général sans porter préjudice aux intérêts légitimes des minoritaires » (Cass. com., 9 mars 1993 : *op. cit.*) et même, pour voter dans l'intérêt de la société au lieu et place des minoritaires opposants, ce qui va encore plus loin que la position précédente puisqu'ici, contrairement à l'affaire de 1993, les minoritaires s'étaient bien présentés

à l'assemblée et avaient refusé de voter (Cass. com., 5 mai 1998 : *Dr. sociétés* 1998, comm. n° 129). R. B. G.

- ▷ AGE
- ▷ AGO
- ▷ Assemblée générale
- ▷ SA
- ▷ SAS
- ▷ SARL
- ▷ SNC

Bibl. : M. CABRILLAC, « De quelques handicaps dans la construction de l'abus de minorité » in *Mélanges A. Colomer*, Litec Paris 1993, p. 109 s • D. TRICOT, « Abus de droit dans les sociétés — abus de majorité et abus de minorité » : *RTDcom.* 1994, 617 • P. MERLE, « L'abus de minorité » : *RJcom* Nov. 1991, n° sp., La loi de la majorité, 1991, p. 89.

Abus de position dominante

L'article 82 du traité de Rome déclare « incompatible avec le marché commun est interdit [...] le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché commun ou dans une partie substantielle de celui-ci ». Selon ce même texte, « ces pratiques abusives peuvent notamment consister à : imposer de façon directe ou indirecte des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transactions non équitables ; limiter la production, les débouchés ou le développement technique au préjudice des consommateurs, appliquer à l'égard de partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes, en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence, 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 ». Ce texte s'applique aux pratiques qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres (*Affectation du commerce entre États membres**). Lorsque les effets des pratiques sont localisés au sein d'un seul et même État membre, c'est le droit national qui s'applique exclusivement.

Pour sa part, le droit français interdit également l'abus de position dominante. Selon l'article L. 420-2, alinéa 1^{er}, « est prohibée [...] L'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises d'une position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées ou en conditions de vente discriminatoires ainsi que dans la rupture de relations commerciales établies, au seul motif que le partenaire refuse de se soumettre à des conditions commerciales injustifiées ».

Droit français et droit communautaire présentent donc certaines différences de formulation, qui peuvent justifier des solutions à certains égards distinctes. Ceci soulève la question des rapports entre droit communautaire et droit national. En effet, une pratique est susceptible de relever à la fois du droit communautaire et du droit français lorsqu'elle affecte à la fois le marché français et le commerce entre États membres. En vertu de l'article 3 du règlement communautaire n° 1/2003, le juge national a l'obligation d'appliquer le droit communautaire chaque fois que celui-ci est applicable. S'il applique également son droit national, le juge national doit faire prévaloir le droit communautaire. Par exception, le juge national peut faire prévaloir le droit national lorsque celui-ci sanctionne plus sévèrement un comportement unilatéral de l'entreprise. En résumé, cela signifie que le droit français des abus de position dominante pourra prévaloir sur le droit communautaire chaque fois qu'il conduira à une solution plus sévère. En revanche, c'est le droit communautaire qui prime si le droit national est moins sévère.

En pratique, les autorités nationales s'efforcent d'interpréter le droit français de manière à éviter les divergences avec le droit communautaire, ce qui est un gage de cohérence. Il est alors possible de dégager communément au droit français et au droit communautaire les traits caractéristiques d'une infraction dont la mise en œuvre obéit à des principes que l'on retrouve également en matière de droit des ententes*. Ceux-ci ont d'abord trait à la compétence des autorités de concurrence pour connaître de ces infractions, qui est partagée avec la compétence, chacune dans les domaines qui leur sont propres, des juridictions judiciaires et administratives (notamment : C. com. : art. L. 420-7). Les autorités de concurrence agissent dans l'intérêt général ; elles prononcent des sanctions, des injonctions et peuvent également rendre obligatoires des engagements pris par les contrevenants, de mettre fin aux pratiques. Le juge civil qui constate l'abus d'une position dominante, est compétent pour allouer des dommages-intérêts à la victime. Le juge pénal peut être amené à prononcer une sanction pénale, pouvant aller jusqu'à quatre ans d'emprisonnement et 75 000 € d'amende, contre la personne physique qui aurait pris une part personnelle et déterminante dans la conception, l'organisation ou la mise en œuvre de l'abus de position dominante. Pour sa part, le juge administratif est compétent pour apprécier la légalité d'un acte administratif au regard de l'interdiction des abus de position dominante. L'acte pourrait être remis en cause s'il favorisait un tel abus.

Droit français et droit communautaire présentent également des traits communs en ce qui concerne les éléments constitutifs de l'infraction. On peut distinguer une condition préalable : la position dominante ; et un élément matériel : l'abus.

I. Position dominante

Selon la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE), la position dominante est une position 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 lui fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable à l'égard de ses concurrents, de ses clients et finalement des consommateurs (CJCE, 14 février 1978, *United Brands* ; 13 février 1979, *Hoffmann-La Roche*). Selon cette définition, la position dominante existe lorsque l'entreprise, par sa situation, a le pouvoir, les moyens, d'échapper à la pression concurrentielle qui pèse normalement sur les entreprises, lorsqu'elle est en mesure de déterminer son comportement, sa ligne de conduite sur le marché, sans tenir compte des réactions probables des autres entreprises. La position dominante s'observe principalement à partir des parts de marché de l'entreprise en cause. Mesurer les parts de marchés de l'entreprise suppose préalablement de déterminer le *marché** de référence, le « marché pertinent » selon l'expression consacrée. Ensuite, il convient de comparer les parts de marché détenues par l'entreprise ou les entreprises en cause, et celles détenues par les concurrents et la répartition entre les concurrents, des parts restantes du marché. De faibles parts de marché ne permettent pas de détenir une position dominante. Au-delà de 40 %, il existe une présomption forte de position dominante (CJCE 3/7/91, *Aff 62/86 Akzo*, Rec. I-3359). Au contraire, la Cour de justice des Communautés européennes a eu l'occasion d'indiquer que lorsque l'entreprise détient moins de 10 % de parts de marché, il est en principe exclu qu'elle soit en position dominante sur ce marché (CJCE, 22 oct. 1986, *Metro II*). Les parts de marché ne sont pas les seuls indices de la position dominante. Les avantages concurrentiels de l'entreprises (notoriété des marques exploitées, qualité des réseaux de distribution, connaissances techniques dont dispose l'entreprise, etc.) sont également analysés, étant entendu qu'il s'agit toujours d'apprécier la position de l'entreprise au moment où les pratiques en cause ont été développées.

La générosité des textes permet de prendre en considération pour l'appréciation de la position dominante, la situation de plusieurs entreprises dès lors qu'elles forment ensemble une collectivité telle, qu'elles apparaissent comme une entité unique. On parle alors de position dominante collective pour désigner cette situation. Les liens entre les entreprises en question sont un élément décisif. Ils doivent révéler une communauté d'intérêts. Ce sera par exemple le cas lorsque les entreprises sont reliées entre elles en capital et si elles poursuivent une stratégie de marché coordonnée (TPICE, 7 oct. 1999, *aff. T-228/97, Irish Sugar*). En présence d'une position dominante collective, l'abus mis en œuvre par l'une des entités formant la collectivité, et qui à elle seule n'occupe pas une position dominante, sera considéré comme un abus de position dominante.

II. L'exploitation abusive

Les textes ne définissent pas la notion d'exploitation abusive. Ils se contentent d'identifier certaines pratiques considérées comme des abus, de manière non exhaustive. Les autorités de concurrence ont pu dégager une définition de cette notion. Selon la Cour de justice des Communautés européennes « la notion d'exploitation abusive est une notion objective qui vise les comportements d'une entreprise en position dominante qui sont de nature à influencer la structure d'un marché où, à la suite précisément de la présence de l'entreprise en question, le degré de concurrence est déjà affaibli et qui ont pour objet de faire obstacle, par le recours à des moyens différents de ceux qui gouvernent une compétition normale des produits ou services sur la base des prestations des opérateurs économiques, au maintien du degré de concurrence existant encore sur le marché ou au développement de cette concurrence » (CJCE, 13 février 1979, Hoffmann-La Roche). Cette définition met en avant trois éléments fondamentaux de la notion d'exploitation abusive en droit de la concurrence. Tout d'abord, il s'agit d'une notion objective, détachée de tout élément moral et intentionnel. Ensuite, pour qu'une pratique soit qualifiée abusive, elle doit engendrer une perturbation de la structure du marché, notamment par la diminution de la concurrence sur ce marché ; c'est le cas lorsque un concurrent se trouve éliminé ou risque d'être éliminé en raison de la mise en œuvre d'une pratique donnée. Ainsi, a été sanctionné le fait pour une entreprise en position dominante sur le marché de la production de certaines substances chimiques, de refuser de livrer à un distributeur, lorsque ce refus est destiné à éliminer le distributeur et à permettre à l'entreprises auteur du refus de développer une position dominante sur le marché de la distribution de ces mêmes produits (CJCE, 6 mars 1974, Commercial Solvents Corporation, Rec. p. 223). Enfin, il n'est pas interdit à une entreprise, même en position dominante, de mettre en œuvre des comportements normaux, en particulier de baisser ses prix, y compris pour défendre sa position dominante. Le comportement devient anormal lorsqu'une entreprise qui ne serait pas en position dominante ne serait pas capable de le mettre en œuvre durablement. Il en est ainsi de la pratique des prix dits « prédateurs », c'est-à-dire insuffisamment élevés pour être maintenus à ce niveau sur le long terme et qui visent l'élimination de la concurrence.

La Commission européenne a récemment lancé une discussion au sujet de l'appréciation de l'article 82 et notamment en ce qui concerne les pratiques dites d'entraves à l'entrée, c'est-à-dire les pratiques qui tendent à préserver la position dominante en empêchant d'autres entreprises de devenir concurrentes sur le marché. Est abordée l'éventualité de prendre en compte, en ce qui concerne les pratiques prosrites par l'article 82, les gains d'efficacité susceptibles de résulter des pratiques en cause, à l'instar de ce qui existe en droit français. Aux termes de l'article L. 420-4-I du Code de commerce en effet, « ne sont pas soumises aux dispositions des articles [...] L. 420-2 les

pratiques [...] Qui résultent de l'application d'un texte législatif ou d'un texte réglementaire pris pour son application », non plus que les pratiques « dont les auteurs peuvent justifier qu'elles ont pour effet d'assurer un progrès économique, y compris par la création ou le maintien d'emplois, et qu'elle réserve aux utilisateurs 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 [...] ». En droit communautaire, le recours à cette technique dite de *l'exemption**, est aujourd'hui cantonné au domaine des *ententes**. J.-P. V.

- ▷ Abus de dépendance économique
- ▷ Affectation du commerce entre États membres
- ▷ Concentrations
- ▷ Marché

Bibl. : A. DECOCQ et G. DECOCQ, *Droit de la concurrence interne et communautaire*, LGDJ, 2004 • M.-A. FRISON-ROCHE et M.-S. PAYET, *Droit de la concurrence*, Dalloz, 2006 • M. MALAURIE-VIGNAL, *L'abus de position dominante*, LGDJ, 2002 • M. MALAURIE-VIGNAL, *Droit de la concurrence*, Armand Colin, 2005.

Accord de règlement amiable

- ▷ Règlement amiable

Accordéon (coup d')

Technique de traitement des pertes, utilisée par les sociétés, lorsque la valeur des capitaux propres est inférieure à la valeur du capital. Pour remettre les choses en état la société fait appel à la capacité d'investissement des associés.

L'opération a lieu en deux temps, les associés décident de réduire le capital en tenant compte de la valeur vénale* du titre social, puis de souscrire à une augmentation de capital, pour le porter à la valeur nécessaire à la reconstitution de l'actif.

Dans les sociétés par actions (et avant la loi 2003-721 du 1^{er} août 2003, dans les SARL) la réduction du capital à un montant inférieur au minimum légal ne peut être décidée que sous condition suspensive d'une augmentation portant le capital à ce minimum, ou d'une transformation de la société en une autre forme (C. com., art. L. 224-2 al. 2). R. B. G.

- ▷ Augmentation de capital
- ▷ Diminution de capital