

Abus de dépendance économique (Droit antitrust)

Conc.

Originellement contenue dans un avis de l'ancienne Commission de la concurrence du 14 mars 1985 (Avis relatif à la situation des centrales d'achat et de leurs regroupements, rapport de la Commission de la concurrence pour 1985, annexe n° 1), cette notion a d'abord été introduite en droit français par la loi n° 85-1408 du 30 décembre 1985, et conservée par l'article 8 de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986. Elle se trouve désormais reprise aux articles L. 420-2 alinéa 2, L. 430-6 et L. 442-6, § I, 2°/b du Code de commerce* (issus de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001, relatives aux nouvelles régulations économiques).

I. Évolution

La notion de dépendance économique a progressivement évolué. Originellement, elle désignait la « relation commerciale par laquelle l'un des partenaires n'a pas de solution alternative s'il souhaite refuser de contracter dans les conditions que lui impose son client ou son fournisseur » (Rapp. Colon, JO doc Sénat 1985-1986, n° 56, p. 24).

L'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 a modifié cette formule et introduit l'exigence d'« absence de solution équivalente » pour l'opérateur dépendant comme critère d'application du texte (Ord. n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986, art. 8, devenu ensuite l'article L. 420-2, I, 2° du Code de commerce, V. CA. Paris, 5 juill. 1991 : D. 1991, IR, 247 ; CA. Versailles, 27 janv. 2000 : D. 2000, AJ. 157 ; JCP E. 2000, n° 23, p. 872 ; Cass. Com, 9 avr. 2002 : RTD com. 2003, 75, obs. E. Claudel ; Les Petites affiches, 3 juill. 2003, p. 62, obs. M. Malaurie-Vignal).

La loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 a exclu cette exigence, suppression dont a fait fi la jurisprudence (Cons. conc., déc. 2001-D-49 du 31 août 2001, Société Sony : BOCCRF 30 oct. 2001 ; Rec. Lamy, n° 862, comm. M.-E. André ; CA. Paris, 9 avr. 2002 : RTD com. 2003, p. 75 obs. E. Claudel ; Cass. Com. 9 avr. 2002 : Les Petites affiches, 3 juillet 2003, p. 62 ; Cass. Com. 3 mars 2004 : D. 2004, p. 874, obs. E. Chevrier, D. 2004, p. 1661, note Y. Picod ; CA. Paris, 1^{re} Ch., Sect. H, 15 novembre 2005 : Juris-Data n° 2005-293751 ; Cons. conc., déc. 06-D-10 du 12 mai 2006 et les obs. de M. Chagny et Ph. Stoffel-Munck, *L'interprétation restrictive de la dépendance économique a toujours les faveurs du Conseil de la concurrence*, Com. comm. électr., 2007, p. 32). L'article L. 420-2 alinéa 2 dispose désormais qu'est 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* (CA. Versailles, 22 nov. 2001 : D. 2002, p. 1824, note S. Zeidenberg ; Cass. Com. 7 janv. 2004, Sofemi c/ Comilog : Juris Data n° 021692 : « une entreprise ne peut invoquer le bénéfice de l'article L. 420-2 du Code de commerce qu'à la condition de démontrer s'être trouvée dans un rapport de client à fournisseur ». Voir également. A. et G. Decocq, *Droit de la concurrence interne et communautaire*, LGDJ, 2^e éd. 2004, n° 103 et s.).

Modifié par l'article 40 de la loi n° 2005-882 du 2 août 2005, en faveur des petites et moyennes entreprise, l'article L. 420-2 du Code de commerce prévoit que ces abus peuvent notamment consister en refus de vente*, en ventes liées*, en pratiques discriminatoires* visées au I de l'article L. 442-6 du Code de commerce, ou en accords de gamme*.

a

12

II. Sanction

Sous l'empire de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, l'exploitation abusive de la dépendance économique devait constituer une entrave à la concurrence pour faire l'objet d'une sanction (Cons. conc., déc. n° 93-D-21 du 8 juin 1993, Groupe Cora : BOCCRF, 25 juill. 1993, p. 197 ; Recueil Lamy, n° 538, comm. M.-E. André ; Cass. Com. 10 déc. 1996 : Bull. IV, n° 310). La nouvelle rédaction de l'article L. 420-2, issue de la loi du 15 mai 2001, exige que l'abus soit « susceptible d'affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence » (sur l'atténuation de la nécessité de l'entrave à la concurrence, R. Bout, M. Bruschi, M. Luby et S. Poillot-Peruzzetto, *Lamy Droit économique*, 2006, n° 1019). D. M. et C. R.

Bibl. : G.-J. VIRASSAMY, *Les contrats de dépendance, essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique*, LGDJ, Coll. Bibl. dr. privé, t. 190, 1986.

Abus de dépendance économique (pratiques restrictives)

Conc.

Face à l'échec du mécanisme de l'abus de dépendance économique tel qu'on le conçoit en droit antitrust français, la loi NRE, aménageait une forme de « civilisation » de l'abus de dépendance économique, via deux fautes présumées différentes.

Une première présomption de faute (art. L. 442-6, I, 2°, a) vise un comportement de prime abord plutôt aisé à repérer : « obtenir ou tenter d'obtenir d'un partenaire commercial un avantage quelconque ne correspondant à aucun service commercial effectivement rendu ou manifestement disproportionné au regard de la valeur du service » et suivent quelques exemples correspondant à la périphrase de la célèbre affaire Cora et de la pratique dite de la « corbeille de la mariée ». Ce texte est, d'abord, un outil de lutte contre ce qu'on appelle parfois la « fausse coopération commerciale* ». L'article L 442-6, I, 2°-a, qui réprime ces avantages sans contrepartie, a été également complété en 2005 par la stigmatisation de la « globalisation des achats » : « un tel avantage peut également consister en une globalisation artificielle des chiffres d'affaires ou une demande d'alignement sur les conditions commerciales obtenues par d'autres clients ». Sont ici clairement visées toutes les réductions de prix supplémentaires résultant des seules opérations de globalisation de chiffres d'affaires réalisées par des regroupements de centrales d'achat, qui avaient jusqu'à présent donné lieu à de simples avis du Conseil de la concurrence mais également les demandes d'alignement sur les conditions d'un « autre client », concurrent ou non donc.

Une seconde présomption de faute (art. L. 442-6-2°, b) est le véritable siège de l'abus de dépendance économique envisagé comme une faute civile : « abuser de la relation de dépendance dans laquelle il tient un partenaire ou de sa puissance d'achat ou de vente en le soumettant à des conditions commerciales ou obligations injustifiées ». La loi de 2005 a par ailleurs complété le texte en l'élargissant aux « remises de gammes » c'est-à-dire les remises* accordées par un fournisseur à un distributeur si celui-ci achète toute la gamme du premier, au lieu de s'en tenir à quelques produits phares de cette gamme et la loi du 3 janvier 2008 ajoute les pénalités disproportionnées. D. M. et J.-L. R.

Abus de faiblesse (délit d')

Consom.

Introduit en droit de la consommation, relativement au démarchage à domicile, l'abus de faiblesse est également pénalement sanctionné. Les articles L. 122-8 du Code de la consommation et 223-15-2 du Code pénal répriment une infraction quasi identique. En effet, l'appréciation de l'abus de faiblesse diffère à propos de la vulnérabilité de la personne et l'infraction n'emporte pas les mêmes peines.

I. Droit de la consommation

A. Champ d'application

Ce délit, qui s'inscrit dans le cadre des engagements souscrits à la suite d'un démarchage à domicile, est destiné à protéger les personnes, d'une vulnérabilité accrue. En effet, le démarchage à domicile donne prise à des pressions importantes dans le but d'inciter des personnes vulnérables à conclure des contrats le plus souvent superflus.

Par la suite, au terme de l'article L. 122-9 du Code de la consommation, cette infraction a été étendue à d'autres techniques commerciales au nombre desquelles figurent le démarchage par téléphone ou par télécopie, ou encore la sollicitation personnalisée.

B. Conditions

L'infraction d'abus de faiblesse suppose la réunion d'un élément matériel et d'un élément moral.

En premier lieu, aux termes de l'article L. 122-8 du Code de la consommation, ce délit consiste à punir tout démarcheur qui abuse « de la faiblesse ou de l'ignorance d'une personne pour lui faire souscrire, par le moyen de visite à domicile, des engagements au comptant ou à crédit sous quelque forme que ce soit », encore faut-il que « les circonstances montrent que la personne n'était pas en mesure d'apprécier la portée des engagements qu'elle prenait ou de déceler les ruses ou artifices déployés pour la convaincre à y souscrire, ou font apparaître qu'elle a été soumise à une contrainte ».

a

14

La caractérisation de l'abus de faiblesse oblige les juges à opérer une analyse *in concreto* de l'état de faiblesse, de la vulnérabilité particulière des personnes démarchées. Il pourra notamment être apprécié en fonction de l'âge de la victime, de sa situation sociale ou de son niveau intellectuel ou culturel.

L'état de faiblesse ou d'ignorance de la victime doit exister « préalablement à la sollicitation et indépendamment des circonstances dans lesquelles elle a été placée pour souscrire l'engagement » (Cass. Crim., 18 mai 1999, Gaz. Pal., 19-21 sept 1999, Chr. 126, note Doucet).

Il a ainsi été jugé que l'âge ne présuppose pas un état de faiblesse (Paris, 7 nov. 2006, Contrats, Conc., Consom., mai 2007, comm. 135, obs. G. Raymond). De même, les juges ont refusé d'admettre qu'un handicap physique puisse être suffisant pour caractériser un abus de faiblesse, dès lors que cette personne disposait de toutes les facultés mentales lui permettant de « déceler les ruses et artifices » du démarcheur (Douai, 7 déc. 2006, Contrats, conc., consom., mai 2007, comm. 136, obs. G. Raymond). Par contre, il a été admis que doit être puni tout démarcheur qui abuse du « très bas niveau d'instruction et du peu d'aptitude au raisonnement de leurs victimes » (Lyon, 19 sept. 1990, D. 1991, p. 250, note Ruellan ; Paris, 13 mai 1996, Contrats, conc., consom., 1996, comm. 178, obs. G. Raymond).

En second lieu, bien que cette condition ne soit pas explicitement prévue à l'article L. 122-8 du Code de la consommation, les juges estiment que l'infraction

d'abus de faiblesse n'est constituée que si au surplus, « l'état de faiblesse psychologique est apparent et que le vendeur ait conscience du préjudice occasionné » (Paris, 11 janv. 2005, *Contrats, conc., consom.*, nov. 2005, comm. 195, obs. G. Raymond). Les juges recherchent ainsi si l'auteur de l'abus est conscient de la faiblesse de la personne démarchée et s'il est animé d'une volonté d'exploiter cet état de faiblesse, d'une intention délictueuse.

Il en serait ainsi, par exemple, en cas de contraintes exercées sur la victime, en cas de vente à des prix exorbitants (Paris, 22 mai 1991, *BID*, 1991, n° 12, p. 20 ; Angers, 11 mars 1999, *Contrats, conc., consom.*, 2000, n° 15, obs. G. Raymond) ou encore en cas de vente d'un bien inutile eu égard aux besoins du ménage (Trib. corr. Albi, 11 juill. 1985, *Gaz. Pal.* 1985, 2, *jur.*, p. 588, note J. P. D).

Enfin, contrairement, à l'article 223-15-2 du Code pénal, l'article L. 122-8 du Code de la consommation n'impose pas que l'engagement « soit valable ou que le dommage se soit réalisé » (Cass. Crim., 12 janv. 2000, *RLDA*, 2000, n° 26, n° 1630, obs. P. Storrer ; D. 2001, n° 10 p. 813, note J.Y. Marechal).

C. Sanctions

L'auteur d'un abus de faiblesse encourt une amende de 9 000 euros et/ou une peine de prison de cinq ans.

II. Droit pénal

A. Champ d'application

L'article 223-15-2 du Code pénal confère au délit d'abus de faiblesse un champ d'application plus large par rapport à l'article L. 122-8 du Code de la consommation, dans la mesure où il peut être invoqué en toute circonstance.

Par ailleurs, la portée de cet article est plus large que l'article L. 122-8 du Code de la consommation, dès lors que peuvent être mises en cause tant les personnes physiques que les personnes morales.

B. Conditions

En vertu de l'article 223-15-2 du Code pénal, est punissable le fait d'abuser frauduleusement « de l'état d'ignorance ou de la situation de faiblesse soit d'un mineur, soit d'une personne dont la particulière vulnérabilité, due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse, est apparente et connue de son auteur, soit d'une personne en état de sujétion psychologique ou physique résultant de l'exercice de pressions graves ou répétées ou de techniques propres à altérer son jugement, pour conduire ce mineur ou cette personne à un acte ou à une abstention qui lui sont gravement préjudiciables ».

Contrairement à l'ancien article 313-4 du Code pénal qui réprimait l'abus de faiblesse, il est acquis que le délit peut être réprimé pénalement uniquement si la vulnérabilité de la personne est, cumulativement, apparente et connue de l'auteur (Crim. 6 sept. 2005, *Contrats, conc., consom.*, déc. 2005, comm. 209, obs. G. Raymond).

D'autre part, l'article 223-15-2 intéresse l'acte mais également l'abstention de la victime.

Enfin, contrairement au délit prévu dans le Code de la consommation, la victime doit subir un préjudice grave.

C. Sanctions

Ce délit est puni de 375 000 euros d'amende et de 3 ans d'emprisonnement. V. P.

Abus de position dominante

Conc.

Entaché d'illicéité, autant en droit interne qu'en droit communautaire, l'abus de position dominante d'une entreprise* ou d'un groupe d'entreprises, en situation de monopole* ou d'oligopole*, est constitutif d'une entrave destinée à restreindre toute concurrence sur le marché* pertinent.

I. Droit interne

L'abus de position dominante, plus communément dénommé « abus de domination », a été intégré dans la législation française par la loi n° 63-628 du 2 juillet 1963, et est aujourd'hui prohibé par l'article 8-1 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 devenu l'article L. 420-2 du Code de commerce. Ainsi, « est prohibé l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises : 1° d'une position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci ».

L'identification d'une position dominante* repose sur la réunion de trois conditions : une entreprise ou un groupe d'entreprises jouissant d'une position de domination sur un marché de référence. La prohibition suppose par exemple la détermination de l'abus en considération des pratiques utilisées, de la politique tarifaire ou de la politique commerciale poursuivie. L'article L. 420-2 al. 1 du Code de commerce précise, de manière non exhaustive, que « ces abus peuvent notamment consister en refus de vente*, en ventes liées*, 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 ».

II. Droit communautaire

L'article 82 al. 1 du Traité CE sanctionne, « dans la mesure où le commerce entre États membres est susceptible d'être affecté, 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 ». Dans la mesure où le droit interne est calqué sur les règles du droit communautaire, la définition de l'abus de position dominante est analogue.

L'application de l'article 82 du Traité CE suppose la réunion de trois conditions cumulatives : l'affectation du commerce entre les États membres*, l'identification de la position dominante sur le Marché commun et l'exploitation abusive de cette position dominante.

En effet, la constitution d'une position dominante n'est pas en soi entachée d'illicéité (CJCE 15 juin 1976, « EMI Records », Rec., p. 811 ; CJCE 5 oct. 1988, « Renault », Rec., p. 6039 ; CJCE 6 avr. 1995, « Magill », Rec., I, p. 743, RJD, 8-9 1995, n° 1072 ; TPICE 16 déc. 1999, « Micro Leader Business », Rec., II, p. 3989 ; CJCE 29 avr. 2004, « IMS Health », RTD Eur., oct.-déc. 2004, p. 691, obs. G. Bonet). Seule est prohibée la position dominante d'une entreprise dont les activités « ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché ». Le comportement d'une entreprise est abusif, dès lors que « par le recours à des moyens différents de ceux qui gouvernent une compétition normale de produits ou services », elle fait obstacle au maintien de la concurrence (CJCE 13 févr. 1979, « Hoffman-La-Roche », Rec., p. 1139). Par conséquent, un contrôle de proportionnalité entre les moyens employés et le but poursuivi par l'entreprise doit être opéré par les autorités communautaires.

Par ailleurs, une attention particulière est portée par le droit communautaire à l'égard de la position dominante collective (Déc. n° 89/33/CEE de la Commission, 7 déc. 1988, « Verre Plat », Rev. Conc. consom. 1989, n° 48, p. 43, obs. Dalens ; JCP éd. G, 1990, II, n° 21433, obs. N.-Ch. Boutard-Labarde et L. Vogel). La position dominante collective d'entreprises peut être admise « si les entreprises du groupe sont suffisamment liées entre elles pour adopter une même ligne d'action sur le marché » (CJCE 17 oct. 1995, « DIP Spa et Commune di Bassano del Grappa », Rec. CJCE, I, p. 3257 ; RTD Eur., 1995, p. 862, obs. J.B. Blaise). Dès lors, une interdépendance, un parallélisme des comportements ou une entente peuvent être révélateurs d'une position dominante collective.

Peuvent notamment être constitutifs d'une entrave illicite à la concurrence, l'imposition de prix d'achat ou de vente, la limitation de la production, des débouchés, du développement technique, l'utilisation de pratiques discriminatoires à l'égard des partenaires commerciaux, la pratique des prix* abusivement bas ou celle des prix prédateurs, l'exercice abusif d'un droit de propriété intellectuelle*...

Dès lors que les conditions de l'infraction sont réunies, la sanction peut être ordonnée sans que soit prise une décision préalable (Règlement 1/2003, article 1 § 3).

Le droit communautaire n'octroie aucune exemption à l'égard des entreprises condamnables au titre d'un abus de position dominante. V. P.

a

17

Abus de puissance d'achat ou de vente

Conc., Distr.

L'article L. 442-6, I, 2°), b) du Code de commerce (Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001, relatives aux nouvelles régulations économiques) introduit une nouvelle pratique restrictive* de concurrence* : l'abus de puissance d'achat ou de puissance de vente. Sous le régime de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, ces pratiques pouvaient être sanctionnées sur le fondement de l'article L. 420-2 du Code de commerce sous la condition que

le fonctionnement ou la structure de la concurrence soit affecté (Commission d'examen des pratiques commerciales, avis n° 04-04, 7 juill. 200, BRDA 2004, n° 10, p. 14 ; L. Vogel, « Droit de la concurrence et puissance d'achat : Plaidoyer pour un changement », JCP E, 1997, 713).

Désormais, est prohibé le fait, pour un producteur, commerçant, industriel ou artisan, d'abuser de sa puissance d'achat ou de sa puissance de vente afin d'imposer à un partenaire économique des conditions commerciales ou obligations injustifiées.

L'abus de puissance de vente ou d'achat est sanctionné per se, sans qu'il soit nécessaire de démontrer une atteinte portée au jeu de la concurrence, à l'équilibre du marché* (contrairement à l'article L. 420-2 al. 2 du Code de commerce).

Ces infractions visent les comportements d'opérateurs économiques situés à différents niveaux du processus économique, notamment entre fournisseurs et distributeurs. La puissance d'achat ou de vente résulterait d'un avantage économique détenu par un agent économique sur un autre, qui l'amènerait à imposer des conditions commerciales ou des obligations injustifiées, en raison de sa place incontournable sur le marché.

L'abus de puissance d'achat ou de vente se distingue de l'abus de dépendance économique* en ce sens que le partenaire qui abuse de la faiblesse d'un partenaire économique peut être sanctionné au titre de l'article L. 442-6, I, 2°), b) sans que soit besoin d'être caractérisée une quelconque relation de dépendance (P. Catala, *Les lois du marché*, mélanges J. Ghestin : LGDJ, 2001, p. 209, n° 17).

La puissance d'achat ou de vente induit la relation de dépendance. Dès lors, le demandeur n'a plus à apporter la preuve d'une dépendance économique. Par contre, il lui appartiendra de déterminer l'exploitation abusive de cette puissance d'achat, en démontrant le caractère injustifié de la pratique.

La mise en œuvre de l'article L. 442-6, I, 2°), b) du Code de commerce suppose que soient réunies deux conditions.

I. L'existence d'une puissance d'achat ou de vente

L'article L. 442-6, I, 2°), b) dissocie la puissance de vente de la puissance d'achat sans les définir.

La notion de puissance d'achat est définie par la Commission européenne à l'aune de la notion de position dominante, en raison du fait qu'elle « confère à une entreprise commerciale une influence considérable sur le choix des produits mis sur le marché... Des produits qui ne sont pas achetés par une entreprise disposant d'une forte puissance d'achat n'ont pratiquement aucune chance d'atteindre le consommateur final, dans la mesure où, pour le fournisseur, les autres débouchés sont rares. De ce fait, c'est finalement la société en position dominante qui décide des chances de succès des nouveaux produits ... » (Décision n° 99/674/CE, 3 févr. 1999, JOCE, 23 oct. 1999, n° L 274, p. 1).

L'abus de puissance d'achat vise à sanctionner la pratique litigieuse de l'acheteur à l'égard de son fournisseur. Cette hypothèse illustre la domination que peut exercer le distributeur ou une centrale d'achat sur ses fournisseurs. En raison des débouchés qu'il ou elle peut représenter, le distributeur ou la centrale d'achat peuvent ainsi