

EVOLUTION RECENTE DE LA
NOTION D'ABUS DE POSITION DOMINANTE
DANS LA C. E. E.

par Michel CARDON de LICHTBUER °
Francis HERBERT °°

Document de travail C. R. I. D. E. n° 719

Les auteurs remercient les Professeurs
A. JACQUEMIN et W. VAN GERVEN, dont les
commentaires furent des plus précieux.

La présente étude s'inscrit dans le cadre
d'un projet de recherches financé par le Fonds
de la Recherche Fondamentale Collective.

- ° Assistant au Centre de Recherches Interdisciplinaires Droit-
Economie (C. R. I. D. E.), U. C. L.
- °° Assistant à l'Instituut voor Handelsrecht, Aspirant N. F. W. O.,
K. U. L.

INTRODUCTION

Deux arrêts de la Cour de Justice et une décision de la Commission ont, dans la première moitié de l'année 1971, mis l'interprétation et l'application de l'art. 86 du Traité de Rome à l'ordre du jour.

- L'arrêt "SIRENA" du 18 février 1971 (affaire 40-70) a été pris sur une question préjudicielle posée par le "Tribunale Civile e Penale" de Milan. La société italienne Sirena produit et vend une crème à raser sous la marque "Prep". Cette marque lui avait été cédée en 1937 par la société américaine Mark Allen, qui l'avait déposée en Italie en 1933. Depuis 1937, SIRENA a renouvelé à plusieurs reprises l'enregistrement de la marque en son propre nom. Plus récemment Mark Allen accorda une licence de sa marque, pour la République Fédérale, à une société allemande. Celle-ci importa son produit "Prep" en Italie à un prix nettement inférieur à celui de SIRENA, et ce par l'intermédiaire d'une société italienne d'import-export "Novimpex". SIRENA intenta une action contre Novimpex pour violation de son droit de marque. L'importateur se défendit en invoquant les articles 85 et 86 du Traité de Rome, qui, d'après lui, s'opposaient à un tel exercice du droit de marque. Une des questions posées par le juge italien à la Cour de Justice tendait à savoir s'il fallait interpréter les articles 85 et 86 du Traité dans un sens tel qu'il n'était plus permis au propriétaire d'une marque régulièrement déposée dans un Etat-Membre, de faire appel aux droits absolus qui en découlent, pour interdire à des tiers d'importer des produits d'autres Etats-Membres, alors que ces produits avaient été régulièrement pourvus de la même marque dans le pays d'origine.

- L'arrêt "Deutsche Grammophon GmbH" du 8 juin 1971 (affaire 78-70) a lui aussi été pris sur une question préjudicielle : elle était posée par le "Hanseatische Oberlandesgericht" à Hambourg. Les faits se rapportent, comme pour l'affaire Sirena, à la relation entre d'une part l'existence et l'exercice des droits de propriété industrielle, d'autre part les règles de concurrence communautaire. La "Deutsche Grammophon Gesellschaft" produit et vend des disques. Certains interprètes sont liés à elle par des clauses d'exclusivité. Les disques produits sont commercialisés sous diverses marques. En République Fédérale, les disques sont directement livrés aux détaillants ainsi qu'à deux grossistes en livres. En principe les prix au détail sont imposés. Les détaillants s'engagent par écrit à observer ces prix. Ceci vaut également pour les disques achetés à des tiers, qui ne peuvent les importer sans l'autorisation de DGG, subordonnée à l'acceptation de la clause de prix imposé. Le système vise donc à assurer l'étanchéité de la distribution à prix imposé (la garantie de cette étanchéité étant, en Allemagne, condition essentielle pour la licéité des prix imposés).

A l'étranger la commercialisation se fait par l'intermédiaire des filiales de la DGG ou de Philips (la DGG étant une filiale commune de Philips et de Siemens). C'est le cas pour la France où la S.A. Polydor Paris distribue les produits DGG. L'utilisation des marques de la DGG lui est assurée par un contrat de licence avec DGG. Un importateur allemand, la firme Metro-SB-GmbH avait réussi à vendre des produits DGG à prix réduit en Allemagne. Ces disques, produits en Allemagne, avaient été achetés en Suisse et provenaient de la filiale strasbourgeoise de Polydor Paris.

Devant les tribunaux allemands, DGG invoqua le droit de propriété industrielle spécifique accordé aux fabricants de "porteurs de son" en vertu d'une loi du 9 septembre 1965 et qui leur confère le droit exclusif à la multiplication et la distribution des "porteurs de son".

Condamné en première instance, l'importateur fit appel en invoquant l'épuisement, par la licence concédée à Polydor Paris, du droit invoqué. Un second argument concernait l'incompatibilité du système de distribution avec les articles 85 et 86, puisque ce système rendait plus difficiles les échanges entre Etats-Membres.

L'Oberlandesgericht de Hambourg pose donc deux questions à la Cour de Justice :

- la première concernait l'interprétation de l'art. 85 par rapport aux relations contractuelles entre DGG et Polydor et au système de protection de propriété industrielle;
- dans la seconde question, le juge allemand demandait à la Cour de Justice si l'exercice du droit à la diffusion par les fabricants de porteurs de son pouvait être considéré comme constituant un abus de droit, étant donné les conditions suivantes : le prix minimum fixé est plus élevé que le prix d'un produit original réimporté d'un autre Etat-Membre et les interprètes sont liés par des clauses d'exclusivité aux fabricants des porteurs de son.

x

x

x

Dans sa réponse à la question du juge italien qui portait sur l'application de l'art. 86, la Cour, lors de l'arrêt *Sirena*, dit pour droit que le titulaire d'une marque ne jouit pas d'une position dominante au sens de l'art. 86 du seul fait qu'il peut s'opposer à l'importation de produits portant la marque. " Il faut, en outre, qu'il ait le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur une partie importante du marché à prendre en considération ". Le niveau élevé du prix peut, en l'absence de justifications objectives, constituer un indice déterminant.

L'arrêt "*Deutsche Grammophon*" s'exprime en des termes comparables pour répondre à la seconde question du "*Hanseatische Oberlandesgericht*" : l'exercice d'un droit de propriété industrielle ne constitue pas de soi-même une position dominante. Il en serait autrement si le titulaire pouvait, eu égard aux circonstances, empêcher une concurrence effective sur une partie importante du marché. La différence de prix constatée peut - par son importance en l'absence de justifications objectives - constituer une indication déterminante de l'existence d'un abus

x

x

x

La décision de la Commission concerne la "*GEMA*" (*Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte*), société d'exploitation des droits d'auteur musicaux en Allemagne. La Commission constata à son égard un ensemble de comportements, tant vis-à-vis des membres que sur le marché, qui constituaient, d'après la Commission, des abus de position dominante. Elle accorda un délai de six mois à la Société pour y porter remède (décision du 2 juin 1971).

Un sursis de six mois a été accordé pour une partie de la décision par ordonnance du Président de la Cour de Justice du 18 août 1971 (J.O.C.E., 28-9-1971, n° 95, p. 5).

Confrontés à cette récente mise en oeuvre de l'article 86, qui est susceptible de se multiplier dans les années à venir, il nous est apparu que la doctrine restait singulièrement vague et contenait de nombreuses contradictions dans son interprétation.

L'objet de notre étude est dès lors d'essayer, à la lumière de ces cas et à travers une analyse des concepts centraux de l'article 86, l'entreprise, la position dominante, l'abus, de dégager des lignes de force susceptibles de favoriser un minimum de convergence dans l'application de cette importante disposition.

Chapitre I : LA NOTION D'ENTREPRISE

Ce terme, employé aussi bien dans la formule de l'article 85 (... tous accords entre entreprises) que dans celle de l'article 86 (... le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante ...) n'est pas explicité par le Traité. Bon nombre d'auteurs ont tenté d'en donner une définition. Certains ont axé leur définition sur la personnalité juridique, d'autres ont préféré voir l'entreprise sous son aspect d'entité économique.

Pour la première conception, "l'entreprise ne peut être qu'un sujet de droit; une simple unité économique ne suffit pas"(1). Il en découle une conséquence très importante au niveau des groupes de sociétés : comme les unités dont ils sont composés sont sujets de droit, alors que le groupe ne jouit pas de la personnalité juridique, c'est au niveau de ces unités qu'il faudra voir s'il n'y a pas d'ententes; c'est également à ce niveau qu'il faudra envisager l'application de l'article 86 (2).

Pour la seconde conception, l'entreprise est également une unité économique, c'est-à-dire un ensemble de moyens humains et matériels

(1) BRAUN, GLEISS & HIRSCH, Droit des Ententes de la C.E.E., Paris - Bruxelles, 1967, p. 49, avec références d'autres ouvrages.

(2) von GAMM, Das Kartellrecht im E.W.G. Bereich, Kartellrundschaу, n° 3, 1961, p. 23. Voir également Ellis-Van den Heuvel, Europees Mededingings en Kartelrecht, p. 95, avec référence : Wohlfarth - Everling - Glaesner - Sprung.

organisé en vue de la poursuite d'un but économique (1). La même idée se retrouve chez Cheminade (2) : " L'entreprise est l'ensemble des éléments matériels et humains mis en oeuvre pour réaliser l'objectif recherché par ses fondateurs " (3).

Au niveau de l'application, la Cour de Justice s'est prononcée, à propos du Traité CECA, en faveur de la notion juridique : " Attendu ... que la notion d'entreprise au sens du Traité s'identifie au concept de personne physique ou morale, étant donné que le Traité fait essentiellement appel à cette notion pour désigner les titulaires de droits et obligations découlant du droit communautaire " (4).

" Attendu que l'entreprise est constituée par une organisation unitaire d'éléments personnels, matériels et immatériels, rattachés à un sujet juridiquement autonome et poursuivant d'une façon durable un but

(1) Droit des Communautés Européennes, p. 816, n° 2018. Voir également THIESING, Handbuch für Europäischen Wirtschaft, : " Als Unternehmen ist jede organisationische Einheit von sächlichen und persönlichen Mitteln anzusehen, die dazu bestimmt ist einen wirtschaftlichen Zweck zu verfolgen ", cité par ELLIS, op.cit., p. 95.

G. RINCK, Wirtschaftsrecht, C. Heymans, Köln, 1969, p. 222 et sq.

" Das Unternehmen ist dagegen eine wirtschaftliche Einheit, die im Geschäftsverkehr antritt und den Betrieb nutzt.

(2) Revue Trimestrielle de Droit Commercial, 1970, n° 1, p. 40, "La Nature juridique de la Fusion des Sociétés anonymes".

(3) Voir également : E. TILTON PENROSE, Facteurs, conditions et mécanismes de la croissance de l'entreprise, p. 132 : " L'entreprise est considérée comme formant essentiellement un ensemble de facteurs de production dont l'utilisation est organisée au sein d'un cadre administratif ".

(4) Arrêt du 22 mars 1961, Affaires 42 et 49/59, S.N.U.P.A.T. contre Haute Autorité, Recueil VII, p. 151-152.

L'existence de cette unité est déduite d'un ensemble de facteurs économiques tels que la participation au capital, la nomination des directeurs, le fait de donner des directives à la filiale qui est obligée de les exécuter (1). Une semblable approche se retrouve déjà en 1962 dans le rapport de collaboration du Bundeskartellamt, de la Commission et des administrations nationales. " Ainsi un accord ou une décision ne seront pas considérés comme restriction de concurrence, lorsque les entreprises concernées font partie d'un concern et ne jouissent pas de l'autonomie économique, étant tenues d'observer les indications impératives de la direction du concern ou de l'entreprise dominante ". (2)

Plus récemment, le rapport Berkhouwer (3) insistait lui aussi sur l'importance de l'approche économique : " La politique des cartels ne doit jamais être considérée indépendamment de la politique économique. Une approche strictement juridique du problème des cartels est vouée à l'échec ".

A l'examen des arrêts plus récents SIRENA, D.G.G. et de la décision GEMA, il apparaît cependant qu'en aucune des trois espèces, la Commission n'a explicitement opté pour l'une ou l'autre des définitions de l'entreprise que nous avons données.

-
- (1) Voir le commentaire de J. de RICHEMONT (Droit et Vie des Affaires, 15 mai 1970, n° 175, Doc. n° 15/70 : "l'article 86 du Traité C.E.E., l'abus de position dominante", p. 5) qui note que la Commission a "esquivé le problème". On peut en effet se demander s'il n'eût pas été plus simple de constater l'existence d'un accord entre "sociétés", quoique à l'intérieur d'une même "entreprise". Voir également la décision "Kodak", J.O.C.E., n° 1147 du 7/7/1970, et les commentaires de Baardman S.E.W., n° 3-4, 1971, pp. 119 et sq.
- (2) ELLIS, op.cit., p. 940.
- (3) Rapport de la Commission économique sur les règles de concurrence et la position des entreprises européennes dans le M.C. et dans l'économie mondiale, P.E., Doc. Séance 197, 2 février 1970, p. 9.

La décision GEMA (1) semble pourtant indiquer que le mouvement amorcé par la Commission dans *Christiani-Nielsen* (l'"entreprise" reste centrée autour de la notion juridique, mais il est fait état de l'unité de l'entité économique) se précise. La Commission s'exprime comme suit : " Considérant que la GEMA est une entreprise au sens de l'article 86, qu'en concédant et gérant des droits d'auteurs de musique à titre onéreux, elle exerce une activité d'entreprise consistant en prestations de services à l'égard tant des compositeurs, auteurs et éditeurs que des utilisateurs de musique ... ". L'accent se déplace donc progressivement de l'approche juridique vers l'approche économique. Nous en trouvons d'ailleurs une confirmation dans la décision de la Commission en matière de produits colorants du 24 juillet 1969 (2), où elle pose " que les filiales des entreprises CIBA, GEIGY, SANDOZ et ICI dans le Marché Commun, qui sont entièrement contrôlées par leurs maisons mères, font partie de la "sphère interne" (3) des quatre entreprises précitées; que, dès lors, la notification à ces entreprises peut être valablement effectuée au siège d'une de ces filiales ".

(1) Décision GEMA, 2 juin 1971, J.O.C.E., n° 134/15.

(2) J.O.C.E., n° 195 du 7 août 1969, p. 11.

(3) Selon la jurisprudence de la Cour du 10/12/57 dans l'affaire ALMA n° 8-56.

Cfr. également les rapports d'audience du recours de la J.R. GEIGY A.G. contre la décision de la Commission dans l'affaire des colorants. Cour de Justice, Affaire 52-69. La société GEIGY soutient que la décision de la Commission, notifiée à une filiale établie dans le M.C., est irrégulière, n'ayant pas été notifiée au siège de la maison-mère. La Commission soutient que " l'application d'une notion purement juridique de la représentation conduirait, en l'occurrence, à déformer la réalité ". Ce qui importe c'est de constater qu'à l'occasion des pratiques reprochées, les filiales sont apparues, dans leurs rapports de concurrence avec des tiers, comme le prolongement de la maison-mère dans le Marché Commun. La Commission rappelle qu'en matière de concurrence, la réalité économique est plus importante que la forme juridique.

Ce faisant, la Commission semble admettre qu'en ce qui concerne la notification, la filiale ne forme qu'une seule entreprise avec la maison-mère.

Dans l'ensemble, la Cour de Justice, dans ses arrêts SIRENA (1) et DEUTSCHE GRAMMOPHON emboîte le pas à la Commission : la notion d'entreprise reste essentiellement juridique, mais l'appréciation tant de la notion d'abus que de celle de position dominante fait état des interconnections et liens de dépendance entre les entreprises (2). Cette approche se retrouve d'ailleurs dans les conclusions des Avocats Généraux, aussi bien dans l'affaire SIRENA que dans DEUTSCHE GRAMMOPHON. Ainsi, M. l'Avocat Général ROEMER dit-il, dans D.G.G., qu'il faut, pour juger de l'application de l'article 85 au contrat de licence conclus entre DEUTSCHE GRAMMOPHON et POLYDOR Paris, tenir compte du fait qu'il s'agit d'un accord entre société-mère et filiale, d'un accord entre deux parties du marché qui, probablement, ne sont pas en concurrence, parce que la filiale n'agit pas indépendamment, mais est soumise aux instructions de la société-mère ainsi qu'à son contrôle. L'Avocat Général renvoie d'ailleurs explicitement à la décision Christiani-Nielsen. Plus loin, lorsqu'il examine l'application de l'article 86, et plus spécialement la détermination de la position dominante, il fait également mention de la part de marché, " pour laquelle il devra également être tenu compte de la part des autres entreprises faisant partie du groupe ". (3) Cette formule est d'ailleurs reprise telle quelle dans le considérant n° 17 de l'Arrêt.

(1) Affaire SIRENA, Rec.XVII, p. 69.

(2) cfr. J. WERTHEIMER, Enigme PREP noties, S.E.W., 1971, n° 5, p. 259.

(3) Notre traduction.

Pour la définition de la notion d'entreprise, on peut donc poser que ni la décision GEMA, ni les arrêts SIRENA et DEUTSCHE GRAMMOPHON n'ont apporté de modifications sensibles. La personnalité juridique reste nécessaire. Elle n'est cependant pas suffisante puisque, prolongeant le mouvement annoncé dans la décision Christiani-Nielsen, la Commission, suivie par la Cour, fait de plus en plus état de l'existence d'unités économiques plus larges, dont le comportement, la position structurelle et les performances doivent être analysées globalement. Il en résulte indiscutablement un dépassement de la notion d'entreprise telle qu'elle était utilisée jusqu'à présent.

Chapitre II : LA POSITION DOMINANTE

La détermination de l'existence d'un pouvoir économique ainsi que l'estimation de son intensité sont des problèmes économiques. Il conviendra dès lors d'utiliser les critères mis à la disposition par la science économique.

§ 1 : Diversité des critères

Les enseignements de l'Industrial Organization (1) retiennent 3 types de critères pour estimer le pouvoir économique : des critères structurels, des critères de comportement et des critères de performances(2).

Au nombre des critères de type structurel, la dimension absolue constitue généralement une première approche. Une entreprise serait en position dominante lorsqu'elle est plus importante que l'entreprise moyenne sur le même marché.

-
- (1) Il s'agit de la branche de la science économique qui analyse, tant du point de vue théorique qu'à la lueur d'études empiriques, la firme et les relations entre entreprises, tant sur les marchés qu'en dehors de ceux-ci.

Cfr. la définition donnée par J.HOUSSIAUX dans la préface de "L'entreprise et son pouvoir de marché". d'A. JACQUEMIN, cfr. ci-dessous.

- (2) Pour les critères, voir :

J. HOUSSIAUX, "Le pouvoir de monopole", Sirey, 1958, pp. 63-176.

A. JACQUEMIN, "L'entreprise et son pouvoir de marché", PUF, 1967, Ch.III.

P.ASCH, "Economic Theory and the Antitrust Dilemma", Wiley & Sons, N.Y., 1970, pp. 148 et sq.

C.KAYSEN & D.TURNER, "Antitrust Policy", Harvard University Press, 1965, Ch. II et III.

O.C.D.E., "La puissance économique et la loi", Paris, 1970.

J.VANDAMME, "De machtpositie in de Gemeenschappelijke Markt", S.E.W.

Juin 1965, n° 5.

W. de ROOS, "De Economische Machtpositie", Leiden, 1969, pp. 25-34.

Cette importance peut se déduire de la capacité financière de l'entreprise, du nombre d'emplois qu'elle offre, de son chiffre d'affaires, de ses actifs, etc... (1).

Considérés en eux-mêmes, ces indicateurs de dimension absolue ne peuvent constituer que l'indice d'une possibilité de position dominante sans plus. Afin de compléter cette approche initiale, il existe des indices plus élaborés et plus éloquents.

Plutôt que la dimension absolue, on utilisera généralement des indicateurs de dimension relative comme base de détermination de la position dominante. Il s'agira de définir la position dominante en termes du degré de concentration dans l'industrie ou du pourcentage de participation au marché.

Ce critère est généralement utilisé de façon préventive : il tend à freiner les phénomènes de concentration excessifs et la formation de monopoles préjudiciables au libre jeu de la concurrence (2).

(1) Cfr. en Grande Bretagne, le "Monopolies and Mergers Act" de 1965, qui prévoit un contrôle lorsqu'on se trouve en présence de fusions où la valeur des actifs repris ou à reprendre excède 5 millions de £.
Mergers, A Guide to Board of Trade Practice, London H.M.S.O., 1969, p.3.

En Allemagne, les amendements à l'article 23 de la loi sur les ententes prévoient ainsi une notification préalable des fusions lorsqu'une des entreprises intéressées occupait au moins 5.000 employés ou qu'elle avait réalisé un chiffre d'affaires non inférieur à 500 millions de D.M.

(2) O.C.D.E., op. cit., p. 209.

Diverses mesures légales ou réglementaires déterminent ainsi la part de marché au-delà de laquelle l'entreprise est soumise à contrôle(1).

On remarque que ce critère de part de marché est utilisé dans deux cas fort différents : d'une part, afin de contrôler le comportement de marché d'une entreprise, de l'autre, afin de limiter les excès de puissance découlant du processus de concentration.

Soulignons que le critère de part de marché n'est cependant pas un outil parfait. Selon la dimension relative des autres entreprises, selon la liberté d'entrée et la pression de la concurrence potentielle, la signification de la part de marché sera différente (2). Il apparaît donc nécessaire de tenir compte également d'autres critères structurels que sont la différenciation des produits et les barrières à l'entrée (3).

Les critères de comportement se basent sur la position concurrentielle d'une entreprise, sur son influence réelle sur le marché. Dès lors, il y aura position dominante lorsque l'entreprise n'est pas soumise à une concurrence effective sur ce marché, dans la mesure où une entreprise

(1) Aux U.S.A., les "Mergers Guidelines" du Department of Justice, May 31, 1968.

En Allemagne, l'art. 23 du G.W.B. prévoit un contrôle des concentrations lorsque la concentration présente une certaine importance, par ex., une part de marché de 20 %. On remarquera que l'art. 23 utilise, en matière de fusions, tant des critères de dimension absolue que des critères de dimension relative.

(2) A. JACQUEMIN, op. cit., p. 133.

(3) KAPTEYN & VERLOREN van THEMAAT, Inleiding tot het recht van de Europese Gemeenschap, p. 274, soulignent que, d'après le type d'abus, des critères structurels différents devront déterminer l'existence de la position dominante, par ex., soit la part de marché, soit la puissance financière, etc...

ou un groupe d'entreprises occupant sur le marché une position prépondérante se trouvent soustraits à toute concurrence effective, de telle manière qu'ils jouissent d'une liberté d'action inexistante dans un régime de libre concurrence (1).

Une telle position était reprise par la loi allemande sur les restrictions de la concurrence (2).

On peut classer dans cette catégorie les législations belge (3), française et hollandaise, qui estiment qu'une entreprise est en position dominante lorsqu'elle exerce une influence prépondérante sur le marché.

-
- (1) L.WILLEMETZ, "L'application de l'Art. 86 du Traité de la C.E.E.", dans les Cahiers de Droit Européen, 1966, p. 593.
- (2) Gesetz Wettbewerbsbeschränkungen § 22 (1) et (2), version de 1957. La notion de position dominante impliquait qu'une entreprise dominait le marché "lorsqu'elle n'a pas de concurrent ou lorsqu'elle n'est pas exposée à une concurrence fondamentale". Cette notion fut considérée trop imprécise. On a dès lors proposé d'introduire une présomption de position dominante lorsque l'entreprise possédait une part de marché de 40 % et qu'aucun de ses concurrents n'avait une part de marché de plus de 10 %. Cette présomption ne vaut pas pour les entreprises qui ont un chiffre d'affaires de moins de 250 millions de D.M. De ce fait, on réintroduit des critères structurels pour préciser une notion basée précédemment sur des comportements. Bundesminister für Wirtschaft; Referentenentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Bonn, 28/10/1970.
- (3) del MARMOL, "La protection contre les abus de puissance économique en droit belge", Liège, 1960, p. 131.
 " Une entreprise domine le marché... quand elle n'est exposée à aucune concurrence substantielle ... quand elle peut imposer ses exigences sans être soumise à une concurrence effective ".
- L. DABIN et R.JOLIET, "Les concentrations d'entreprises et le droit de la concurrence", Rapport belge au Congrès de la F.I.D.E., Rome, 1968.

L'interprétation d'influence prépondérante se fait dans le même sens que pour la législation allemande (1).

Ce critère de comportement est également utilisé dans le Traité instituant la C.E.C.A. L'art. 66 prévoit dans son § 7 que la haute autorité peut adresser des recommandations à des entreprises qui acquièrent ou détiennent une position dominante qui les soustrait à une concurrence effective sur une part importante du Marché Commun.

Un dernier type de critère se base sur les performances (2). Par ce critère, on va considérer comme indice de position dominante l'existence de performances différentes de celles résultant d'un comportement compétitif. Ainsi par exemple, un taux de profit élevé peut être le fait d'une position de monopole sur le marché (3).

Ce critère, considéré en lui-même, semble cependant peu maniable car une performance jugée négative - par exemple un faible taux de progrès au point de vue de l'offre de produits nouveaux - peut provenir, soit d'un excès de pouvoir - dans le cas d'un monopole qui n'est pas soumis à l'aiguillon de la concurrence -, soit - dans le chef de petites entreprises stimulées par la concurrence mais manquant de moyens - d'une absence de pouvoir.

Utilisée de pair avec d'autres critères - de structure ou de comportement - l'étude des performances peut cependant perdre son aspect d'indétermination et se révéler fort utile.

(1) A. DERINGER, R.M.C., 1963, p. 442.

(2) Comme le propose M. van MEERHAEGE, "The Purpose of Competition Policy", Zeitschrift für Nationalökonomie, vol. 4, 1967, p. 429.

(3) J. BAIN, "The Profit Rate as a Measure of Monopoly Power", Q.J.E., vol. LV, p. 271
cfr. à ce sujet la critique de J. HOUSSIAUX, op.cit., p. 20-26.

D'autres ambiguïtés subsistent : en effet, " une réduction des prix destinée à éliminer un rival ne se distingue pas aisément d'une concurrence rigoureuse, un excès de capacité monopolistique d'une prudente anticipation de la demande, la suppression délibérée de la technologie d'une sage décision de rejet vis-à-vis d'un procédé inférieur"(1).

Même si des évidences s'imposent, leurs implications pour l'intérêt public seront obscures. Il s'avérera en effet fort délicat de déterminer exactement la portée "sociale" de ces performances, d'estimer si certaines pertes sociales dues, par exemple, à la réduction de la concurrence sont contrebalancées par les bénéfices sociaux résultant d'une réallocation des ressources vers un renouveau technologique par exemple (2).

Estimer les performances implique nécessairement un jugement de valeur de la part des autorités garantes de la concurrence.

Une politique basée sur les performances transforme paradoxalement le régime de libre concurrence en dirigisme interventionniste.

(1) Cfr. C. WILCOX, Public Policies towards Business, Homewood, Ill., 1966, p. 323.

(2) A. JACQUEMIN, "Le critère de l'intérêt public et le projet de réforme de la politique canadienne de concurrence", The Canadian Journal of Economics, vol. IV, n° 3, Août 1971.

§ 2 : Quel critère l'Article 86 préconise-t-il ?

En l'absence d'une jurisprudence définissant le terme "position dominante", l'article 86 est généralement interprété dans le sens selon lequel la position dominante sur un marché est déterminée par l'absence d'une concurrence effective sur ce marché, au profit de la ou des entreprises dominantes. Les critères de structure et de comportement sont systématiquement mêlés (1).

La Commission (2) parlera de position dominante lorsqu'une ou plusieurs entreprises peuvent agir de façon essentielle sur les décisions d'autres agents économiques, au moyen d'une stratégie indépendante, de telle façon qu'une concurrence praticable et suffisamment efficace ne peut apparaître et se maintenir sur le marché.

Cette prise de position de la Commission ne nous éclaire pas encore quant au choix du type de critère à utiliser en vue de déterminer l'existence d'une position dominante. On pourrait cependant songer à un

-
- (1) BRAUN - GLEISS - HIRSCH, "Droit des ententes de la C.E.E.", Bxl., 1967, p. 175.
 FRANCESCHELLI - PLAISANT - LASSIER, "Droit européen de la concurrence" Paris, 1966, p. 63.
 van GERVEN, W., "Principes du droit des ententes de la C.E.E.", Bxl., 1966, p. 91.
 VANDAMME, J., "Hoofdlijnen van het E.E.G. Kartelrecht", Leuven, Acco, p. 44
 CEREXHE, E., "Droit des Communautés Européennes", Les Nouvelles, Bxl. Larcier, 1969, n° 2091.

Par contre, R. JOLIET prône avec raison l'utilisation de critères structurels. "Monopolisation et abus de position dominante", Revue Trimestrielle de Droit Européen, n° 4, oct.-déc. 1969, p. 659.

- (2) "Le problème des concentrations dans le Marché Commun", Etudes série concurrence, 1966, n° 3, p. 22. Nous soulignons.

critère de comportement. En effet, la Commission parle ici de la possibilité d'exercer une influence essentielle. Cela ne se confond pas nécessairement avec l'exercice effectif d'une influence essentielle, mais il est vrai que si l'on constate le comportement, on en inférera nécessairement la possibilité.

Dans son 9ème rapport d'activité (1), la Commission reprend le critère de la possibilité d'exercer une influence notable et prévisible, en ajoutant que la position dominante ne peut être appréciée uniquement en fonction de la part de marché ou de critères quantitatifs.

De plus, elle (2) soutient qu'une entreprise qui peut évincer, quand elle le désire, les autres entreprises concurrentes du marché, peut déjà disposer d'une position dominante et déterminer d'une façon décisive le comportement des autres entreprises même si sa propre part de marché est encore faible.

Il semble ressortir de ces textes que deux types de critères sont envisagés : des critères de structure et de comportement. D'une part, on utilise des termes tels "évincer d'autres entreprises", "développer une stratégie empêchant l'apparition d'une concurrence praticable ...", et d'autre part (3), la Commission réintroduit des éléments structurels en estimant que les causes de la position dominante peuvent être du domaine de la production, de la distribution ou de la puissance financière.

Le problème n'est pas tranché clairement ; tant la Commission que la doctrine semblent se laisser guider par des éléments de fait

(1) Commission, 9ème rapport général sur l'activité de la Commission, 1966, p. 90.

(2) Commission, Mémo Concentration, op.cit.p. 25. Nous soulignons.

(3) 9ème Rapport Général, op. cit., p. 90
Mémo Concentration, op. cit., p. 25.

§ 3 : L'utilisation des critères

Dans ce paragraphe, nous nous proposons d'analyser l'utilisation de ces critères économiques par la Cour et la Commission dans les dernières procédures relatives à l'article 86.

1. - Part de marché

La Commission a estimé que la GEMA détenait une position dominante en Allemagne : elle n'y a en effet aucun concurrent. Il s'agit d'un monopole de fait dans un secteur de services. La Commission - sans utiliser le terme de monopole - estime que c'est là une position suffisamment forte pour être qualifiée de dominante ! La GEMA étant seule sur son marché, le problème technique de la détermination d'une éventuelle position dominante ne se posait donc pas. Cette décision ne nous apporte ainsi aucun éclaircissement notable au sujet de l'utilisation des critères économiques.

A ce sujet, les griefs que la Commission a notifiés le 15 mars 1971 à EUROPEMBALLAGE contiennent déjà un peu plus d'informations. Il semble que, dans ce cas-ci, la Commission ait fait usage de critères structurels : il a été question de parts de marché de l'ordre de 60 à 70 % (1).

EUROPEMBALLAGE est une société holding dépendant de l'entreprise américaine CONTINENTAL CAN. Les griefs de la Commission semblent

(1) Déclaration d'EUROPEMBALLAGE Corp. Texte stencilé distribué par Hill and Knowlton, Bruxelles.

avoir pour origine la prise de contrôle, en avril 1970 de l'entreprise hollandaise THOMASSEN EN DRIJVER VERBLIFA N.V. En 1969, EUROPEMBALLAGE avait déjà pris le contrôle en Allemagne de la SCHMALBACH LUBECAWERKE (1).

Il semble bien que cette affaire, si elle parvient jusqu'aux derniers stades de la procédure, permettra d'apprécier la part de marché que la Commission et - le cas échéant - la Cour estiment pouvoir qualifier de dominante.

L'état actuel de la procédure ne permet cependant encore aucun commentaire à ce sujet (2).

Il est à noter que les observations de la Commission à l'occasion de l'affaire D.G.G. sont plus explicites à ce sujet que ne l'est l'arrêt lui-même. La Commission estime qu'il y a une position dominante "lorsqu'une entreprise possède seule ou avec une autre entreprise appartenant au même groupe, une part de marché importante et que les autres revendeurs de produits similaires ne détiennent qu'une position notablement plus faible".

Elle ajoute qu'il peut être important que le fabricant de porteurs de son se soit lié les exécutants les plus importants par des conventions d'exclusivité.

(1) Issue elle-même de la fusion, en 1967 de SCHMALBACH A.G. et de LUBEKAWERKE GMBH, qui contrôlent + ou - 60 % du marché allemand, J.O.C.E., n° C 33 du 21/3/1970, p. 9.

(2) Outre l'aspect technique de détermination de la position dominante, ce cas pose le problème de la définition du marché en cause, du "relevant market". Ce point sera traité plus loin.

La Commission propose donc des critères structurels : la part de marché pondérée par la dimension relative des concurrents. Elle admet également la possibilité d'un caractère différencié des produits de par les droits exclusifs liant certains interprètes, ce qui tendrait à limiter étroitement le marché en cause.

Dans ses conclusions relatives à l'affaire D.G.G., l'Avocat Général ROEMER précise les critères destinés à démontrer l'existence d'une position dominante. Selon lui, il faut examiner si une entreprise peut contrôler les prix et la distribution et vérifier si elle possède suffisamment de puissance d'action pour avoir un comportement de marché indépendant. Il précise plus loin les éléments dont la position dominante est fonction : la part de marché de l'entreprise, à laquelle on doit additionner la part des autres entreprises du même groupe, mais également ses connaissances techniques, ses matières premières, son capital et ses droits exclusifs (1).

Nous retrouvons ici le critère de dimension absolue (le capital), de dimension relative (la part de marché), ainsi que les barrières à l'entrée (les connaissances techniques, l'accès aux matières premières, les droits exclusifs).

(1) Il s'agit ici des mêmes critères que ceux proposés pour la nouvelle version du 22,1 dans l'avant-projet de loi allemand modifiant la loi contre les restrictions de la concurrence.

2. - Différenciation des produits

Les arrêts de la Cour dans les affaires SIRENA et D.G.G. réaffirment que le seul fait d'être titulaire d'un droit de propriété industrielle n'implique pas en soi la possession d'une position dominante. Cette conception, déjà énoncée dans l'arrêt PARKE-DAVIS (1), se trouve donc confirmée et précisée ici.

Dans l'affaire SIRENA, la Commission précise que "le titulaire d'une marque ne jouit pas d'une position dominante au sens de l'article 86 du Traité du seul fait qu'il est en mesure d'interdire à des tiers d'écouler, sur le territoire d'un Etat membre, des produits portant la même marque". La Cour va plus loin et précise la notion de position dominante : "il faut en outre qu'il ait le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur une partie importante du marché à prendre en considération". Du point de vue des structures industrielles, la marque constitue, au travers de la différenciation du produit ainsi obtenue, et de par la contrainte institutionnelle, une barrière à l'entrée élevée en faveur du bénéficiaire de la marque (2).

La Cour estime donc que ce pouvoir de différenciation ne fournit pas une indication suffisante quant à l'existence d'une position dominante. En faisant apparaître la nécessité d'un pouvoir faisant

-
- (1) Arrêt de la Cour du 29/2/1968. J.T. 1969, p.134-135, Affaire 24/67. L'arrêt Parke-Davis s'était contenté de dire que si le brevet conférait une protection spéciale au titulaire dans le cadre d'un Etat particulier, il n'en résultait pas nécessairement que, par l'exercice des droits ainsi concédés, les trois éléments requis soient présents... Il n'apportait donc aucune précision sur le contenu même de chacun des éléments.
- (2) Cfr. à ce sujet, W.COMANOR et T.WILSON, "Advertising, Market Structure and Performance", The Review of Economics and Statistics, Nov. 1967.

obstacle au maintien d'une concurrence effective sur une partie importante du marché en cause, la Cour renvoie ici à d'autres critères structurels qu'elle ne précise pas. Il faut que le pouvoir dérivé de l'obtention d'une marque se traduise de fait par la capacité de faire obstacle à la concurrence effective. Il est d'ailleurs à noter, comme le fait WERTHEIMER (1), que c'est la première fois que la Cour utilise le concept de concurrence effective, consacrant ainsi le terme tel qu'il avait été lancé précédemment par la Commission dans son Memorandum sur la concentration.

L'arrêt dans l'affaire D.G.G. reprend les termes de l'arrêt SIRENA en disant pour droit que le tenant d'un droit de diffusion exclusif ne possède pas une position dominante au sens de l'article 86 du seul fait de l'exercice de ce droit. Il en va cependant autrement si, au vu des circonstances d'espèce, il peut empêcher une concurrence effective sur une partie importante du marché en cause. Rappelons que, comme nous l'avons signalé plus haut, la Cour avait estimé avec l'Avocat Général, que le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective devait être établi à partir, soit de l'entreprise isolée, soit de celle-ci avec les autres entreprises du groupe qu'elle a formé ou dont elle fait partie.

(1) WERTHEIMER, H.W., Enige PREP noties, S.E.W., mai 1971, p. 257.

3. - Le marché en cause

L'affaire D.G.G. fait clairement apparaître que l'existence d'une position dominante nécessite tout d'abord la détermination du marché sur lequel elle doit s'exercer. Déjà, dans les motifs de l'affaire SIRENA, la Cour a estimé qu'il importait, afin de définir le marché en cause, de tenir compte de l'éventuelle présence et de la position de marché de producteurs de produits similaires ou substituts.

On pourra rapprocher cet arrêt de la définition proposée récemment par la Commission (1). Selon celle-ci, le marché à prendre en considération est celui des "... produits identiques ou considérés comme similaires par l'utilisateur, en raison de leurs propriétés, de leur prix ou de leur usage". La Commission précise donc que la délimitation du marché doit s'effectuer du point de vue du consommateur. C'est au niveau de la réaction de celui-ci qu'un produit doit être considéré comme un substitut ou non.

Dans l'affaire D.G.G., la Cour a repris le critère utilisé dans SIRENA et l'a développé. Elle déclare qu'il importe de tenir compte de l'existence de producteurs de produits similaires, de la position de marché de ces producteurs, considérés séparément ou avec d'autres entreprises du même groupe. A ce point de vue, elle ajoute des éléments d'appréciation spécifiques au marché des porteurs de son : la réputation des exécutants, la durée du contrat qui les lie au groupe D.G.G., la possibilité ouverte aux fabricants de réaliser des interprétations

(1) Communication concernant les accords d'importance mineure qui ne sont pas visés par l'article 85,1, J.O.C.E., n° C 64 du 2/7/1970.

équivalentes. Une question s'impose : en vertu des caractères spécifiques du marché du disque - engouement pour certaines vedettes, multiples catégories de musique, spécialisation tant de l'offre que de la demande, etc.- un produit peut-il encore être considéré comme le substitut d'un autre ? L'extrême différenciation des produits, renforcée parfois par des contraintes légales, n'entraîne-t-elle pas un marché en concurrence monopolistique (1) ? Dans ce cas, le marché à prendre en cause serait rendu beaucoup plus étroit. Ainsi, l'on peut se demander si un enregistrement d'une même oeuvre sous la direction de Pierre BOULEZ est un substitut valable (2) pour l'enregistrement de von KARAJAN ? Il existe, bien sûr, une frange de consommateurs qui se trouvent indifférents devant l'alternative et pour qui les deux produits sont de parfaits substituts. Pour d'autres, les deux interprétations sont des produits hétérogènes, non substituts, et ne se situant dès lors pas sur le même marché.

Il semble d'ailleurs que la D.G.G. se soit rendu compte du danger que représente pour elle une telle conception : aussi, tente-t-elle

-
- (1) C'est-à-dire une situation groupant plusieurs producteurs de produits non homogènes, différenciés. Il s'agit d'une forme d'organisation industrielle où coexistent des éléments de concurrence et de monopole.

Cfr. les 2 auteurs classiques à ce sujet :

E.CHAMBERLAIN, The Theory of Monopolistic Conception, Harvard University Press, 1ère édition, 1933;

J.ROBINSON, Economics of Imperfect Competition, Mac Millan, London, 1933.

Cfr. P.SAMUELSON, "The Monopolistic Competition Revolution", in Monopolistic Competition Theory: Studies in impact, edited by R.E. Kuenne, J. Wiley, 1967, et :

P.ASCH, Economic Theory and the Antitrust Dilemma, J. Wiley & Sons, 1971, chap. II.

- (2) Au sens économique, sans jugement artistique !

de faire admettre (1) une thèse élargissant le concept de "relevant market". Pour l'entreprise, le marché à prendre en considération n'est pas le marché d'une interprétation, mais c'est le marché d'une oeuvre musicale. Ce faisant, la firme tente d'échapper à la qualification de "dominante" qui serait inférée des accords d'exclusivité liant certains interprètes à son groupe.

En indiquant au juge du fond qu'il aura à tenir compte de tous ces éléments spécifiques au marché des supports de son, pour apprécier le marché en cause, le juge communautaire lui a transmis un fardeau bien lourd à porter, sans suggérer de critères. Le recours à l'économiste s'impose ici pour définir exactement le marché en cause.

Comme il ressort de ce qui précède, le problème se pose en termes de substituabilité. Il importera de savoir si les différents produits en cause - en l'occurrence diverses catégories musicales, et à l'intérieur de chaque catégorie diverses interprétations - sont ou ne sont pas substitués ou encore de déterminer le degré de substituabilité. La réponse peut être fournie par l'étude de l'élasticité croisée (2)

(1) Remarques de la D.G.G. à la Cour, conformément à l'art. 20 du Protocole réglant le statut de la Cour.

(2) R.BISCHOP, *Elasticities, Cross-Elasticities and Market Relationship*, A.E.R. XLII (1952), pp. 781-803.
 J.BAIN, *Chamberlain's Impact on Microeconomic Theory*, dans Monopolistic Competition Theory, op.cit.
 Voir également :
 J.HOUSSIAUX, op.cit., pp. 37 à 60.
 Le test a été utilisé par la Supreme Court aux U.S.A., dans l'affaire *U.S.v.E.I. du Pont de Nemours & Cy* (Cellophane Case).
 Cfr. à ce sujet
 E.M.SINGER, Antitrust Economics, Prentice Hall, 1968, pp.54-61;
 et R.JOLIET, Monopolization and Abuse of Dominant Position, Liège-Den Haag, 1970, p.86, concernant l'affaire *Times Picayune Publ.Cy*.

c'est-à-dire l'étude de la réaction de la quantité demandée d'un produit - une certaine interprétation - par rapport à une modification du prix d'un autre produit - une interprétation différente de la même oeuvre -.

L'existence, le sens et l'intensité de la réaction en quantités déterminera la substituabilité et son degré. Ainsi, une élasticité croisée élevée pourra indiquer qu'il convient de considérer les produits comme étroits substituts, et que, dès lors, il faut les comprendre tous deux dans la définition du marché en cause.

On s'aperçoit aisément de l'ampleur et de la difficulté d'une telle étude, qui paraît cependant nécessaire si le juge du fond veut chercher à cerner le marché en cause. Dans certains cas, une analyse assez superficielle permettra une détermination suffisante, parfois, il faudra utiliser des moyens plus sophistiqués.

Le problème est cependant réel. En effet, la procédure engagée par la Commission contre EUROPEMBALLAGE semble déjà contenir le problème de la définition du "relevant market" (1). En effet, l'entreprise récuse la conception de marché de la Commission. Elle estime qu'il faut inclure dans le marché à prendre en cause, non seulement les producteurs du même type d'emballage, mais également les fabricants de types d'emballage différents ainsi que l'autoproduction d'emballages par les utilisateurs. La question qui va se poser aux Cours et Tribunaux est assez neuve pour les juges des Six, même si elle a été abondamment traitée aux E.U. (2).

(1) Déclaration EUROPEMBALLAGE, Document cité

(2) Cfr. - R.JOLIET, op.cit., p. 85 à 91 ;

- P.ASCH, op.cit., pp. 296-313 ;

- B. BOCK, Mergers and Markets, The Conference Board - Studies in Business Economics, n°101, New York, 1968 ;

- O.C.D.E., La puissance économique et la loi, op.cit., p.27-51, pour une revue des législations en la matière.

- pour la CECA, voir 11e rapport d'activité CECA (62-63), n°350
13e rapport d'activité CECA (64-65), n°207

Chapitre III : LA NOTION D'ABUS

§ 1 : Position du problème

Dans le système de concurrence élaboré par le Traité de Rome, l'abus est une des notions centrales puisqu'elle s'oppose, dans le texte en tout cas, à l'interdiction beaucoup plus stricte de l'article 85 (1).

L'attitude des autorités, tant nationales que communautaires à l'égard des positions dominantes implique, en effet, dès le départ, une option entre, d'une part, un système de contrôle direct de la formation et des activités de l'entreprise en position dominante, d'autre part, un système de contrôle limité à l'activité de l'entreprise en position dominante, à partir de la notion d'abus.

Si l'on compare les règles de concurrence nationales, les règles de concurrence CECA et celle de la C.E.E., on s'aperçoit que la plupart des systèmes nationaux ont opté pour l'abus (2).

-
- (1) Voir à ce sujet J.J.A. ELLIS, Enkele aantekeningen bij artikel 86 van het E.E.G. verdrag, S.E.W., 1965, p.317. Egalement B.H. TER KUILE, Grensgebied tussen de artikels 85 en 86 E.E.G., ibid., p.348.
 - (2) En France : "... lorsque ses activités ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'entraver le fonctionnement normal du marché", Ordonnance 30 juin 1945, art.59 bis, complétée par la loi du 2-7-1963; en Allemagne : G.W.B., § 22 par.3 : "Soweit diese Unternehmen ihre marktbeherrschende Stellung auf dem Markt für diese oder andere Waren oder gewerblichen Leistungen misbräuchlich ausnutzen"; en Belgique : loi sur la protection contre l'abus de puissance économique du 27 mai 1960; aux Pays-Bas : loi du 18 juin 1956 permettant un contrôle en fonction de l'intérêt général; au Luxembourg : la "loi concernant les pratiques commerciales restrictives contrôle les activités d'une ou de plusieurs entreprises qui exploitent de façon abusive une position dominante sur le marché et qui portent atteinte à l'intérêt général", Journal Officiel, 1er juillet 1970.

Notons cependant, en Allemagne, un système de contrôle des concentrations (art. 23 et 24 G.W.B.). Le contrôle des concentrations prévu au code des fusions néerlandaises se base, quant à lui, sur des considérations autres que celles d'opportunité économique '(protection des intérêts des travailleurs et des associés (1)). Par contre, le Traité de Paris a clairement opté pour la solution du contrôle de la constitution même des positions de force économique.

Lors de la rédaction du Traité de Rome, le rôle économique important des entreprises de grande dimension, leur utilité pour l'expansion communautaire, leur compétitivité plus grande sur le marché mondial, ont motivé le choix du système de l'abus.

Elément-charnière dans le système de concurrence du marché, la notion d'abus n'en garde pas moins une imprécision qui, si elle autorise une politique plus souple, nécessite quand même certaines précisions du point de vue juridique.

De manière générale, la doctrine a défini l'abus comme un comportement de l'entreprise constituant objectivement un comportement fautif au regard des objectifs fixés par le Traité (2). C'est là également l'avis de la Commission (3).

(1) S.E.R. besluit Fusiegedragsregels 1971, 25 juni 1971.

(2) J.J. ELLIS, S.E.W., op. cit., p. 330.

J. VANDAMME, S.E.W., op.cit., pp. 337-338.

GIDE-LOYRETTE-NOUEL, Dictionnaire du Marché Commun, voir concurrence, n° 36.

van der GROEBEN, Les Nouvelles, n° 1995.

McLACHLAN et SWANN, "Competition Policy in the Common Market", The Economic Journal, Mars 1963, p. 62.

(3) Commission C.E.E., Memorandum sur la Concentration, n° 25, p. 25.

Certains auteurs précisent que l'abus résultera d'un comportement entraînant des avantages qui ne tiennent qu'à l'existence de la position dominante (1), d'où résulterait une atteinte aux intérêts des autres participants au marché (2).

La question primordiale est évidemment de savoir à quelle échelle de valeur se réfère l'abus. Qui dit abus, implique en effet qu'il y ait un usage normal, licite. Le passage du licite à l'abus s'effectuant nécessairement par la violation d'un droit ou d'un intérêt légitime, il s'agira donc de déterminer quel est ce droit, cet intérêt, quelle est la hiérarchie de valeurs qui permet de discerner le licite de l'abusif. Ce problème, qui n'est évidemment pas particulier au droit européen de la concurrence, a surtout attiré l'attention des auteurs suisses et allemands. La question fondamentale est de savoir s'il faut que la réglementation de la concurrence protège la liberté économique individuelle des participants (liberté contractuelle, liberté de commerce,...) ou si c'est plutôt l'existence même de la concurrence (3) qui fait l'objet de cette protection (4). Le problème est d'importance :

(1) E. CEREXHE, Les Novelles, op. cit., n° 2093.

(2) L. SAMKALDEN, R.W., 26 juin 1965; BRAUN, GLEISS & HIRSCH, op. cit., n° 221.

(3) Nous employons ici le terme "concurrence" dans son acception globale. L'on peut, en effet, distinguer la concurrence en tant que comportement, en tant que structure de marché et en tant que principe d'ordre économique; voir
BAUMBACH-HEFERMEHL, Wettbewerbs- und Warenzeichnerecht, Band I, p. 2 et sq., édition 1964.

(4) Cfr. Les termes de la circulaire Fontanet du 31 mars 1960, à propos de l'ordonnance sur les prix de 1945 : "Le but des dispositions rappelées ci-dessus est de maintenir ou de rétablir la libre concurrence au stade de la distribution".

protection individuelle et protection de la concurrence ne se couvrent pas, bien qu'elles coïncident souvent. Il existe par exemple des hypothèses où un concurrent participe de plein gré à une entente ou à son absorption par une position dominante; cela n'en reste pas moins une atteinte à la libre concurrence (1), dans le sens d'une atteinte à une structure concurrentielle. On peut, par ailleurs, concevoir qu'une mesure de boycottage commercial destinée à éliminer un concurrent marginal soit profitable du point de vue d'une concurrence effective, alors qu'elle reste une violation de la liberté individuelle de ce concurrent.

A première vue, cette protection de la liberté individuelle relève plutôt du droit de la concurrence déloyale, tandis que la protection de la concurrence elle-même serait plutôt l'affaire du droit des ententes. Il n'en est pourtant pas nécessairement ainsi, comme le prouve la loi suisse sur les ententes du 20 décembre 1962. Cette loi réprime bien plus l'atteinte au droit individuel à la concurrence (Wettbewerbsbehinderung) que la "restriction" à la concurrence (Wettbewerbsbeschränkung). Ce sera d'ailleurs le concurrent lésé qui devra lui-même intenter une action en dommages-et-intérêts ou une action en cessation (2).

(1) La protection de la liberté individuelle ne tient pas seulement compte de la liberté du concurrent, elle doit également englober la protection du consommateur.

(2) Cfr. H.MERZ, "Kartellrecht - Instrument des Wirtschaftspolitik oder Schutz des persönlichen Freiheit ?", Festschrift F. Böhm, 1965, p.227 et sq. L'auteur souligne qu'en fait, il faut voir dans cette particularité de la loi suisse une modification de l'instrument plutôt que du but :
 "In beiden Fällen wird ein Wettbewerbswirtschaft angestrebt. Die Verwirklichung dieses Ziels glaubt die schweizerische Regelung indirekt erreichen zu können, nämlich durch den Schutz der Mitbewerber von der Wettbewerbsbehinderung. Die Gruppe der anderen Kartellgesetze dagegen wendet sich unmittelbar gegen die Gültigkeit der Wettbewerbsbeschränkende Abreden gegen die Freiwillig eingegangene Bindungen gleichgültig ob darin noch eine Wettbewerbsbehinderung Dritten liegt oder nicht".

En ce qui concerne les règles de concurrence prévues au Traité de Rome, on peut les rattacher à la protection, soit de la structure concurrentielle considérée comme instrument de la réalisation des objectifs fondamentaux du Traité, tels qu'ils sont formulés à l'article 2 (1), soit des intérêts individuels tant des concurrents que des consommateurs. La distinction est, comme nous l'avons souligné, directement liée à la définition de l'abus.

Nous allons en examiner successivement les termes.

- I. Protection des intérêts individuels

Pour JOLIET et une partie de la doctrine (2), " en dépit de la proclamation de l'article 3 du Traité de Rome qui prévoit l'établissement d'un régime assurant que la concurrence n'est pas faussée dans le Marché Commun, l'article 86 n'offre pas les moyens de garantir la survie des mécanismes concurrentiels ".

Cette position est basée, entre autres, sur l'examen des exemples de pratiques abusives, tels qu'ils sont repris par l'art. 86. C'est ainsi que JOLIET estime que " L'abus de position dominante, selon l'article 86 du Traité de Rome doit être entendu comme l'exploitation effective du pouvoir de monopole au détriment des utilisateurs. Aucun

(1) Voir K. MARKERT, Concurrence et Politique économique dans la C.E.E., Cinquième colloque sur la fusion des communautés européennes, Université de Liège, p. 7.

Voir également P. VERLOREN van THEMAAT et P. KAPTEYN, Inleiding tot het Recht van de Europese Gemeenschappen, Deventer, Bruxelles, 1970, p. 275.

(2) R. JOLIET, R.T.D.E., op. cit., p. 691.

des exemples cités par l'art. 86 ne se réfère à des tactiques par lesquelles une entreprise s'empare du contrôle du marché ou perpétue sa domination ". (1)

La même position est soutenue par le Professeur DABIN qui analyse également "l'abus" selon l'art. 86 en le confrontant avec le contrôle structurel prévu à l'article 2 du Sherman Act. Partant lui aussi des exemples énumérés à l'art. 86, il conclut au rejet d'une protection de la structure concurrentielle. Il estime que " comme le montrent les exemples de pratiques abusives énumérées dans le Traité, la préoccupation majeure de ce dernier n'est pas d'assurer le maintien d'une situation de concurrence, mais bien de veiller à ce que le pouvoir de domination ne soit pas utilisé au préjudice des utilisateurs ou des consommateurs " (2).

Cette conception est fortement contestée par CANELLOS et SILBER (3) qui estiment inexact de voir dans l'art. 86 uniquement le souci de protection du consommateur contre l'imposition de termes d'échange déloyaux ou discriminatoires.

(1) Cfr. R. JOLIET, op. cit., p. 688.

Voir également, H. van der GROEBEN, Le rôle de la concurrence dans le Marché Commun, Documents de la C.E.E., 1967, n° 42, p. 6.

(2) L. DABIN et R. JOLIET, Les concentrations d'entreprises et le droit de la concurrence, Rapport belge à la Conférence de la F.I.D.E., Rome, 1968, p. 28.

(3) P. CANELLOS et H. SILBER, Concentration in the Common Market, C.M.L.R., Avril 1970, p. 163 et sq.

La conception de DABIN et JOLIET appelle encore d'autres réserves. Tous les comportements cités à l'art. 86 ont ceci de commun : ils entravent le jeu normal du marché, soit en s'opposant directement aux effets du marché, soit en jouant sur les conditions du marché, de par l'affaiblissement de la structure concurrentielle. Ces comportements ne seront prohibés qu'à partir du moment où ils procèdent d'une puissance dominante, c'est-à-dire d'un pouvoir économique.

Or, il se fait que ces comportements ne sont pas uniquement rendus possibles par l'existence de ce pouvoir économique - aspect statique et de court terme - mais bien plus, ils sont des éléments constitutifs de ce pouvoir économique, ils sont ce pouvoir économique en actuation, - aspect dynamique et de long terme -.

Le Traité cherche à empêcher des abus portant préjudice aux utilisateurs.

C'est par ces comportements - peu importe qu'ils se traduisent ou non dans les faits par un préjudice immédiat pour le consommateur - que l'entreprise affaiblit la puissance de la structure concurrentielle du marché, qu'elle se soustrait aux sanctions du marché, et que, par conséquent, elle représente un préjudice pour le consommateur qui perd les garanties que lui offrait la concurrence.

C'est donc une politique essentiellement à court terme que de limiter l'abus à des comportements entraînant des effets négatifs immédiats au niveau du consommateur.

Il est nécessaire d'inclure dans la notion d'abus les préjudices à long terme. Ce qui importe, c'est de conserver à la structure du marché la vitalité qui entraînera automatiquement la sanction du comportement fautif, sous la forme de l'entrée d'un nouveau concurrent sur le marché, par le lancement d'un nouveau produit capable de donner de la vigueur à la concurrence dans le "relevant market", par l'afflux des facteurs de production là où l'efficacité est la plus grande, etc...

Il faut préserver le droit au libre choix du consommateur, et cette liberté ne sera possible que dans un secteur où la structure est suffisamment concurrentielle que pour permettre les entrées, l'innovation et l'allocation optimale des ressources.

C'est dans cette direction que s'est orientée la Commission lorsqu'elle affirme que les comportements abusifs peuvent se manifester vis-à-vis de concurrents actuels et potentiels, des fournisseurs et des utilisateurs (1).

La protection de la concurrence potentielle traduit en effet ce souci de sauvegarder au marché le pouvoir de sanctionner les comportements préjudiciables au consommateur.

(1) Commission Memo-Concentration, op. cit., p. 22.

Voir également les déclarations de Monsieur BORSCHETTE au Parlement Européen.

cfr. J.O.C.E., n° C 117 du 19-11-1971, p. 11.

- II. Protection de la structure concurrentielle.

Pour VERLOREN van THEMAAT, la notion d'abus ne doit pas uniquement s'interpréter à partir des exemples donnés à l'Art.86. Cet auteur estime qu'il faut, en outre, tenir compte des objectifs du Traité définis aux articles 2 et 3. Il renvoie d'ailleurs à un arrêt de la Cour de Justice (1) où il est dit, entre autres choses, que "... fixant les règles de concurrence applicables aux entreprises dans la 3ème partie du Traité, consacrée à la politique de la Communauté, l'art.85 tend à mettre en oeuvre les moyens d'"action de la Communauté" indiqués à l'article 3, notamment "l'établissement d'un régime assurant que la concurrence n'est pas faussée" et ce, afin de parvenir à "l'établissement d'un marché commun qui constitue l'un des objectifs fondamentaux fixés à l'article 2 ... ". Comme l'article 86 trouve également son principe dans "l'incompatibilité avec le marché commun", les considérations de la Cour de Justice sont également valables à son égard (2).

(1) L'affaire 32/65, Gouvernement italien contre le Conseil et la Commission du 13 juillet 1966.

(2) P. KAPTEYN et P. VERLOREN van THEMAAT, Inleiding tot het recht van de Europese Gemeenschappen, p. 225.

Voir également P. VERLOREN van THEMAAT, "Grensoverschrijdende fusies binnen de EEG, SEW, 1968, p.162 et sq. En particulier p. 177:

"Ik kan dus niet aannemen, dat art. 86 het totstandkomen van iedere "graad van marktbeheersing, dus zelfs monopolies, en daarmee de "uitschakeling van de markt als coördinatie - instrument zou aanvaarden en zich tevreden zou stellen, met een toezicht op het "gebruik van deze onder omstandigheden absolute marktbeheersing".

L'auteur craint que la restriction de "l'abus" aux comportements décrits par l'art.86 ne résulte dans un dirigisme trop strict.

D.McLACHLAN et D.SWANN, Competition Policy in the Common Market, The Economic Journal, March 1963, p. 62.

se réfèrent aux objectifs que les art.85 et 86 sont supposés atteindre, et qui sont ceux de l'art. 3.

P.CANELLOS et H.SILBER, Concentration in the Common Market, C.M.L.R., Avril 1970, p.151-166

proposent également une approche téléologique.

Il en résulte que l'art. 86 réprime comme abusifs les atteintes à la structure concurrentielle (1).

S'il est vrai, en effet, que les règles de concurrence ne tendent pas à assurer une sauvegarde de la concurrence en elle-même (puisque ce n'est ni la constitution ni l'existence d'une position dominante qui est prohibée, mais l'abus qui peut en être fait), il n'en est pas moins vrai que l'art. 3 du Traité prévoit la sauvegarde d'une concurrence qui ne soit pas faussée à l'intérieur du marché commun.

Cette concurrence est destinée à la réalisation des objectifs macro-économiques tels qu'ils sont définis à l'art. 2 du Traité.

C'est là que la sauvegarde d'une structure concurrentielle efficace et la protection du consommateur se rejoignent.

Dans le système libéral du Traité, la protection du consommateur n'a de sens que s'il subsiste un degré minimum de structure concurrentielle. Cette dernière garantit, en effet, l'existence d'un nombre suffisant d'alternatives, la possibilité de leur prise en considération et la liberté de choix du consommateur.

Il est donc logique de faire tomber sous l'interdiction de l'art. 86 les comportements de l'entreprise en position dominante qui

(1) CANELLOS et SILBER, op. cit.

MESTMACKER, Die Beurteilung von Unternehmenszusammenschlüssen nach Art. 86 des Vertrages über die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft.

Festschrift für Walter Hallstein, 1966, p. 347.

mettent directement en danger la subsistance de la structure concurrentielle minimale et qui constituent de cette façon à long terme un préjudice pour le consommateur (1).

Nous pensons qu'une telle position peut encore être renforcée par une lecture plus approfondie du texte même de l'art. 86, et plus particulièrement des exemples 86 b et 86 d.

1°) Article 86 b

L'article 86 b cite comme exemple de pratique abusive, incompatible avec le marché commun, la limitation de la production, des débouchés ou du développement technique au préjudice des consommateurs. La mention explicite du préjudice du consommateur n'a pas manqué de susciter des commentaires. Si l'on estime que cette mention a une valeur spécifique, plusieurs interprétations sont possibles, qui peuvent être groupées en deux alternatives : conclusion positive ou négative d'une part, extensive ou restrictive de l'autre.

(1) Notons ainsi que, partant de l'intérêt du consommateur (la demande) SCHEUFELE conclut également à la nécessité d'une protection de la structure concurrentielle.

Pour lui, l'abus de position dominante se définit par la pression exercée sur la demande qui empêche celle-ci de prendre en considération "l'offre la plus intéressante". Cette pression s'exerce entre autres par les comportements de l'entreprise en position dominante visant à empêcher la concurrence potentielle de devenir effective.

H. SCHEUFELE, "Beherrschende Stellung und ihre Misbräuchliche Ausnutzung im EWG - Kartellrecht.", AWD, octobre 1971, pp. 457 - 474.

- A. a. Une conclusion négative

JOLIET (1) se limite à une conclusion négative. Si l'article 86 b fait explicitement mention du préjudice du consommateur, cela signifie simplement que de telles restrictions peuvent être motivées par d'autres raisons que l'exploitation monopolistique du marché. Ainsi l'entreprise ne se verrait-elle pas interdire certaines mesures de rationalisation (cfr. art. 85,3).

b. Une interprétation positive

Tout aussi logiquement, semble-t-il, pourrait-on déduire de l'art. 86 b que, s'il est expressément fait cas du préjudice subi par les consommateurs, cela prouverait qu'il y a là une exigence supplémentaire pour l'exemple cité, exigence qui ne serait pas inhérente à la logique de l'article. L'on pourrait donc en conclure que les autres exemples se réfèrent plutôt à l'abus par rapport à la structure. Il faut souligner qu'à plusieurs reprises la Cour de Justice a affirmé la valeur relative de semblables raisonnements a contrario.

- B. a. Une interprétation restrictive

En soi, les pratiques reprises à l'art. 86 b impliquent déjà nécessairement un préjudice pour le consommateur : les prix seront plus élevés, certains marchés seront isolés, le produit offert sera technologiquement vieilli, les choix possibles se trouveront restreints.

(1) R. JOLIET, Monopolization and Abuse of Dominant Position, op. cit., p. 244.

Peut-on, dès lors, en déduire que l'application de l'art. 86 est subordonné à l'existence d'un préjudice spécial ? (1)

Nous estimons ne pas devoir accepter cette vue restrictive. Elle amène en fait une objection majeure (2). Il faudra prouver l'existence du préjudice supplémentaire : de quel préjudice pourra-t-il s'agir, hors celui inhérent aux comportements visés (3) ?

b. Une interprétation extensive

La mention spécifique du "préjudice du consommateur" peut également renvoyer au préjudice à long terme du consommateur. En fait, cette interprétation rejoint l'interprétation que nous avons qualifiée de négative. Il est des limitations de production, de débouchés ou de développement technique qui se justifient par un effort de rationalisation. A strictement parler, on peut toujours y voir une atteinte à l'intérêt du consommateur. A court terme, la restriction peut en effet le limiter dans son choix. A long terme, par contre, la rationalisation peut apporter des avantages appréciables au consommateur. L'interdiction de l'art. 86 b ne s'appliquerait donc qu'à l'hypothèse du préjudice durable et à long terme pour le consommateur.

(1) BRAUN, GLEISS, HIRSCH, op. cit., p.183, n° 213, ainsi que les auteurs qui y sont cités.

GIDE, LOYRETTE, NOUEL, op. cit., Vo Concurrence n° 38, mettent également l'accent sur le préjudice infligé au consommateur.

(2) DERINGER, cité dans BRAUN, GLEISS, HIRSCH, op. cit., n° 213.

(3) Une difficulté du même ordre surgirait, d'après DERINGER, quant à la preuve de l'intention. Une telle intention est-elle requise par l'art. 86 b ? Rien, dans le texte, ne nous permet de l'affirmer.

Ce préjudice à long terme résultera de la modification de la structure d'offre, phénomène décrit par CANELLOS et SILBER (1). Les auteurs insistent d'ailleurs sur l'aspect indirect du préjudice subi par le consommateur : " Here, the prejudice to consumers results only indirectly, as the result of a decision concerning the internal workings of the firm " (2). Ils rejoignent ainsi la thèse de JACQUEMIN selon laquelle de tels comportements doivent être analysés non seulement en tant que tactique (3) de court terme, destinée à exploiter un pouvoir (cas de la protection immédiate du consommateur), mais aussi comme stratégie (4) de long terme, destinée à transformer les structures de marché au profit de l'entreprise : l'art. 86 doit également s'appliquer à ce niveau-ci, car il s'agit de garantir l'intérêt du consommateur à travers la sauvegarde d'une structure concurrentielle minimale.

Réduire l'art. 86 à l'état d'un simple code destiné à empêcher la concurrence déloyale priverait la Commission d'un outil nécessaire, en complément à l'art. 85, pour la sauvegarde d'un système de concurrence effective (5).

(1) P. CANELLOS et H. SILBER, op. cit., p. 163.

Même sens : Commission : Memo Concentration, op. cit., p. 25.

Commission : 9ème Rapport Général sur l'activité de la Commission, Juin 1966, p. 91.

(2) CANELLOS et SILBER, op. cit., p. 163.

(3) A. JACQUEMIN, op. cit., pp. 179-182.

(4) A. JACQUEMIN, op. cit., pp. 120-124.

(5) CANELLOS et SILBER, op. cit., p. 163.

2°) Article 86 d Les pratiques liées

L'application stricte du test du préjudice direct du consommateur est impossible à concilier avec un des cas tombant sous l'interdiction des pratiques liées prévus à l'art. 86 d.

Le texte interdit de subordonner la conclusion d'un contrat à l'acceptation de prestations qui, par leur nature ou selon les usages, n'ont pas de lien avec l'objet du contrat. Imaginons une vente liée où le produit imposé est vendu moins cher que sur le marché. Il y a donc là un avantage immédiat pour le consommateur.

Une première difficulté apparaît : comment évaluer si le produit est réellement moins cher, c'est-à-dire à qualité égale. Une telle évaluation implique un contrôle des performances, nécessairement subjectif et interventionniste.

On peut néanmoins imaginer des clauses liées qui ne soient pas désavantageuses pour le consommateur. Elles n'en restent pas moins unanimement prohibées (1), et ce n'est donc pas parce que le consommateur a subi un préjudice immédiat.

Que se passe-t-il réellement :

- si la clause liée est néfaste au consommateur - prix élevé, qualité moindre, - produit ne correspondant pas à la demande, - le préjudice est évident et immédiat : il y a abus;

- si la clause liée n'est pas néfaste au consommateur, il faut distinguer le court terme du long terme.

(1) R. JOLIET, Monopolization and Abuse of Dominant Position, op. cit., p. 246.

a. court terme

Le préjudice provient de la perte de la liberté de choix du consommateur. Le désir ou la nécessité d'acquérir ou de vendre un produit pour lequel le fournisseur ou le client sont en position dominante l'oblige à passer par la clause liée.

La clause tend donc à éliminer le libre choix, la prise en considération d'autres alternatives : il n'y a donc plus d'interchangeabilité des marchés; l'offre ou la demande concurrentes ne sont plus pris en considération : la structure concurrentielle de l'offre ou de la demande est entamée; il y a là une situation contraire aux buts du Traité.

L'art. 86 se doit donc d'intervenir dans cette situation.

b. long terme

L'effet le plus dangereux de ces pratiques est un effet à long terme (1). L'abus se situera ici immédiatement au niveau des concurrents et à terme au niveau du consommateur. Dans l'hypothèse de la clause liée, les concurrents voient, en effet, leur part de marché diminuée par l'introduction de la barrière à l'entrée constituée par la clause liée. Certains même se trouveront dans l'impossibilité de subsister sur le marché.

A long terme donc, la liberté de choix et le nombre suffisant d'offrants qui sont, dans l'optique du Traité, garants de l'intérêt fondamental du consommateur, se trouveront réduits.

(1) J. VANDAMME, op. cit., p. 346, admet qu'il y a abus quand on sert l'intérêt du consommateur à court terme, mais qu'en même temps on éloigne un concurrent du marché par ce genre de pratiques.

A la limite même, l'entreprise qui a imposé les clauses liées grâce à sa position dominante dans un marché, va pouvoir se retrouver en position dominante dans le marché imposé (1), et aura, dès lors, toute latitude de prendre des mesures immédiatement néfastes pour le consommateur.

L'abus se situe donc ici dans l'effet préjudiciable pour le consommateur : non seulement un préjudice immédiat, mais également celui subi par le biais de l'affaiblissement de la structure concurrentielle.

JOLIET (2) semble reconnaître ce double aspect négatif des clauses liées : il souligne qu'il s'agit à la fois d'un instrument pour détruire la concurrence dans le marché où l'entreprise n'est pas en position dominante et un abus de pouvoir classique vis-à-vis du consommateur.

Il n'en conclut pas moins que " aucun des exemples ne se réfère à des pratiques qui permettent la domination du marché ou le maintien d'une telle domination " (3). De ce fait, il n'envisage que l'aspect de préjudice immédiat. Il refuse de tenir compte de l'aspect préjudiciable pour le consommateur à plus long terme, c'est-à-dire l'élimination de la concurrence suite à l'entrée en force sur le marché d'un produit lié. Il ne considère les clauses liées que comme une façon d'exploiter un avantage donné par le pouvoir (4). C'est là un point de vue trop restrictif. Les clauses liées sont, en effet, un des moyens

(1) Cfr. la décision GEMA, cfr. infra.

(2) R. JOLIET, Monopolization and Abuse of Dominant Position, op. cit., p. 247.

(3) R. JOLIET, op. cit., id. ibid.

(4) R. JOLIET, R.T.D.E., op. cit., p. 687.

les plus efficaces d'entrer dans un marché et d'y établir une puissance économique par des moyens coercitifs éliminant la concurrence existante du fait de l'absence de liberté du consommateur. Il nous semble que ces deux exemples indiquent assez clairement les limites étroites imposées par une interprétation qui se bornerait à ne considérer que le préjudice immédiat subi par le consommateur. Il s'agit là d'une analyse essentiellement statique et de court terme, alors que le pouvoir économique - comme l'a démontré JACQUEMIN - ne peut être appréhendé que par une approche dynamique et de long terme.

§ 2. Evolution actuelle.

Si la Cour de Justice ne s'est pas aventurée très loin, en dehors de quelques considérations laconiques, dans la définition de l'abus, la Commission a été nettement moins avare de commentaires dans la décision GEMA.

- L'abus a été constaté sur six points plus ou moins différents :
- 1° la discrimination à l'égard des ressortissants d'autres pays-membres;
 - 2° les obligations excessives imposées aux membres;
 - 3° l'établissement d'obstacles à la réalisation d'un marché unique pour les prestations des éditeurs de musique;
 - 4° l'extension du droit d'auteur à certaines oeuvres non protégées;
 - 5° la discrimination des importateurs libres de disques par rapport aux fabricants;
 - 6° la discrimination des importateurs de magnétophones par rapport aux fabricants allemands.

Notons de suite que l'abus direct et immédiat à l'égard du consommateur ne se retrouve que dans le premier cas. Les autres se réfèrent de façon plus ou moins explicite à la sauvegarde de la structure de concurrence, et ceci à des niveaux différents. L'abus direct à l'égard du consommateur se situe au niveau des conditions d'admission à la GEMA et dans les obligations même des membres vis-à-vis de celle-ci.

- a) Les conditions d'admission réservent en effet certains avantages aux ressortissants allemands ou aux ressortissants étrangers ayant un domicile fiscal en Allemagne. Il en ressort que les ressortissants étrangers ne peuvent devenir membres ordinaires. Les éditeurs étrangers ne peuvent pas non plus obtenir la qualité de membre ordinaire ou extraordinaire et l'adhésion des éditeurs établis en Allemagne, mais qui entretiennent des relations économiques avec des éditeurs étrangers, est également rendue difficile. Nous sommes en présence d'un ensemble de conditions discriminatoires (la Commission en cite encore d'autres) au détriment des compositeurs, auteurs ou éditeurs étrangers.
- b) Sont également abusives certaines obligations imposées par l'entreprise à ses membres. Ici encore, à première vue du moins, le critère réside dans l'intérêt du consommateur, dans sa liberté (obligations objectivement non justifiées qui compliquent inévitavelmente le passage des membres à une autre société). La Commission semble pourtant aller plus loin, lorsque, à propos de l'exigence de la GEMA selon laquelle ses membres lui cèdent leurs droits d'auteurs pour toutes les catégories et pour le monde entier, elle considère que la décision " ne met pas en cause la position dominante de la GEMA en tant que telle, mais seulement son exploitation abusive...

qu'il est précisément reproché à la GEMA de vouloir faire de sa position dominante un monopole absolu, par le biais de certaines dispositions des contrats de cession " (p. L. 134/22). La Commission poursuit un peu plus loin : " que, s'il est exact qu'une société de droits d'auteurs est nécessaire pour gérer la plupart des droits d'auteurs, la GEMA confond cette nécessité d'une gestion collective avec la gestion par une seule société qui établit et défend sa position exclusive par des moyens abusifs. Faut-il voir là une nouvelle confirmation de l'attitude favorable de la Commission à l'égard de la thèse de "l'atteinte à la structure" qu'elle avait d'ailleurs déjà souscrite dans son Memorandum sur les concentrations ? (1) Il faut, bien sûr, se garder des conclusions hâtives.

Il nous semble pourtant que les termes employés par la Commission sont clairs : la GEMA détient une position dominante en Allemagne, elle en abuse en voulant la transformer en monopole absolu (par l'extension à d'autres marchés). L'on pourrait pourtant arguer de la suite du texte pour redonner vigueur à l'argument "protection du consommateur" : la Commission, en effet, précise son attitude : "considérant qu'il est donc nécessaire d'établir la liberté des membres de la GEMA de décider : - s'ils veulent céder à la GEMA, ou à une autre société de droits d'auteurs, tout ou partie de leurs droits pour des pays dans lesquels la GEMA n'exerce pas d'activité directe;

- s'ils veulent céder totalement à la GEMA leurs droits pour des pays dans lesquels la GEMA exerce une activité directe, ou les répartir par catégories entre plusieurs sociétés de droits d'auteurs;

- s'ils veulent retirer à la GEMA l'administration de certaines catégories après dénonciation régulière à la fin de l'année".

(1) Commission, Memorandum sur les concentrations, op. cit., p. 26.

En fait, la Commission ne fait là que souligner l'un des aspects de l'importance de la structure concurrentielle dans une économie de marché.

Il est évident que "l'instauration d'un régime assurant que la concurrence n'est pas faussée dans le Marché Commun est un des moyens d'arriver aux objectifs économiques du Traité (Art. 2 et 3 f). Il s'ensuit donc qu'une atteinte à la structure concurrentielle peut constituer un abus de position dominante. Nous observons là le phénomène d'un point de vue macro-économique. Mais à quoi cela correspond-il au niveau du concurrent et du consommateur ? La sauvegarde de la structure concurrentielle et du dynamisme concurrentiel (art. 86 b) se justifie :

1° pour le concurrent, comme étant la sauvegarde de son activité concurrentielle qui n'est limitée que par le droit légal de ces concurrents;

2° pour le consommateur par la sauvegarde d'un marché présentant un certain nombre d'alternatives interchangeableables, lui permettant de mettre en oeuvre sa liberté pour la satisfaction de ses besoins (voir plus haut ce qui a été dit à propos des pratiques liées). La sauvegarde de la liberté du consommateur telle qu'elle est formulée ici par la Commission n'est donc pas du tout incompatible avec la sauvegarde de la structure concurrentielle, puisque ce sont là, bien au contraire, deux aspects différents d'une même réalité : même plus, l'existence d'une possibilité de choix, exprimée par l'existence d'une structure concurrentielle, est la condition nécessaire à l'existence de la liberté du consommateur.

Il en est autrement dans la considération 2b) (p.L. 134/23).

Il s'agit toujours de comportements abusifs envers les membres. Mais cette fois-ci, l'abus est directement et spécifiquement lié à la liberté individuelle et l'égalité des membres : d'une part, il se trouve dans l'exclusion par la GEMA du recours à la voie judiciaire pour ses membres, d'autre part, dans le versement de primes de fidélité à certains membres, primes constituées à partir de la contribution de tous les membres. Il semble qu'ici, la Commission qui, chaque fois, insiste sur la position dominante de la GEMA, emploie ce terme dans un sens légèrement différent de celui utilisé précédemment. Telle qu'employée ici, la "position dominante" semble être une notion plutôt verticale qu'horizontale (part de marché, absence de concurrence effective).

Le contenu des pratiques abusives dénoncées ici met en valeur une position de force dans les relations contractuelles de l'organisation avec ses membres. Il est bien certain qu'une position dominante verticale par rapport aux membres de l'organisation dépend fortement de la position dominante horizontale, l'absence de concurrence effective excluant pour les membres toute possibilité d'évasion vers des alternatives plus intéressantes. La Commission semble pourtant poser que l'utilisation des liens organiques avec les membres (position dominante contractuelle) peut constituer un abus 1° lorsqu'elle cherche à étendre la position dominante horizontale (dans le sens traditionnel) et à la transformer en monopole (1),

2° mais également lorsqu'il y a une atteinte exagérée aux principes de liberté et d'égalité.

Ceci nous amène évidemment très près de la notion d'abus de droit, telle qu'elle est utilisée en droit privé.

(1) Voir plus haut, à propos des clauses liées.

L'influence de la notion d'abus de droit se trouve d'ailleurs confirmée par la considération suivante de la Commission. La GEMA refusait à certains compositeurs, auteurs et éditeurs de musique la qualité de membre ordinaire, ou leur retirait cette qualité s'ils dépendaient sur le plan économique d'un "utilisateur d'oeuvres musicales". Elle défendait cette attitude en invoquant l'intérêt du marché car, "ces dispositions empêchent une intégration verticale qui aurait sur ce marché une incidence particulièrement négative du point de vue de la concurrence". A cela la Commission répond que cette objection méconnaît le fait que la GEMA est soumise, en tant qu'entreprise détenant une position dominante, à l'interdiction de dépasser la mesure équitable, que pour éviter le risque d'un conflit d'intérêts, d'ailleurs admis par la Commission, elle doit choisir le moyen le moins restrictif ... (L. 134/24). (1)

-
- (1) L'argument est fort semblable à celui qu'avait utilisé la Cour Suprême des Pays-Bas, la Hoge Raad, dans un arrêt du 24 avril 1968 (2). La contestation portée devant la Cour concernait l'équivalent néerlandais de la GEMA, la BUMA. Celle-ci détenait une position de monopole aux Pays-Bas, en matière d'exploitation de droits d'auteurs musicaux. La Cour Suprême estime que par le fait de sa position dominante, qui enfreint l'égalité des parties, la BUMA est tenue d'observer une plus grande prudence à l'égard d'autrui, même dans la défense de ses propres intérêts... Ici donc, l'influence de la doctrine de l'abus de droit est nettement perceptible (3).
- (2) N.J., 1968, 252. Commenté dans Ars Aequi, XVIII, 3 mars 1969, par VAN DER GRINTEN.
- (3) Cfr. la synthèse de cette doctrine présentée par W. VAN GERVEN, Beginnselen van het belgische privaatrecht, Algemeen Deel, n° 68 et sq. et plus particulièrement pour la balance des intérêts en cause, p. 190 et sq.

L'auteur établit un lien avec la doctrine du détournement de pouvoir, cfr. pp. 173 et sq.

Toujours dans les relations de la GEMA avec ses membres, la Commission constate un dernier abus à l'égard de la liberté des membres, dans la mesure où leur passage à une autre société de droits d'auteurs est rendue difficile.

Les considérations n° 3, 5 et 6 (p. L. 134/24 et sq.) ne se situent pas essentiellement au niveau de la protection directe du consommateur.

La Commission révèle tout d'abord que la GEMA "par son système empêche l'établissement d'un marché unique des prestations de service des éditeurs de musique", ce qui semble renforcer la thèse de VERLOREN van THEMAAT, puisqu'il y a là à nouveau une référence aux objectifs du Traité (art. 3 c). Le même argument de l'unité du marché est d'ailleurs utilisé par la Cour de Justice dans l'affaire D.G.G. (c'est en fait une préoccupation constante de la Cour de prévenir que l'abolition des barrières officielles ne soit contrecarrée par la mise en place, par les entreprises, de barrières non-officielles, d'où résulterait un cloisonnement du marché) (1).

Au n° 4, nous retrouvons la protection individuelle, non plus, cette fois-ci, par rapport aux membres de l'organisation (ce qui donnait

(1) Arrêt LTM - MBU, 30 juin 1966, affaire 56/65 : " Il (l'accord) doit, pour relever du champ d'application de l'article 85, sur la base d'un ensemble d'éléments objectifs de droit et de fait, être de nature à fonder une prévision raisonnable permettant de faire craindre qu'il puisse exercer une influence éventuelle directe ou indirecte, actuelle ou potentielle sur les courants d'échange entre Etats membres, susceptibles d'entraver la réalisation d'un marché unique entre les-dits Etats. A cet égard, il y a lieu, notamment, d'examiner si l'accord est susceptible de cloisonner le marché de certains produits entre les Etats membres ".

un sens particulier à la "position dominante", comme nous l'avons indiqué), mais par rapport aux fabricants de disques, c'est-à-dire les partenaires sur le marché. Ce que nous avons dit plus haut concernant le rapport entre le maintien de la structure de marché et la protection individuelle (p.38-39) est également d'application ici. L'extension par voie contractuelle des droits d'auteurs à des oeuvres non protégées constitue un abus lorsqu'elle est le fait d'une position dominante : " que cette réglementation ne serait pas acceptée par les producteurs de disques si la GEMA ne détenait pas une position dominante " (p. L. 134/35). C'est donc l'élimination des alternatives qui rend une pratique abusive à l'égard du consommateur. Nous trouvons donc ici une confirmation de ce que nous avons avancé lors de notre critique de la théorie de l'intérêt direct du consommateur à propos des pratiques liées. Il s'agit bien ici de pratiques liées : la GEMA, détentrice d'une position dominante vend un service (la gestion de droits d'auteurs sur des oeuvres protégées) à la condition que le client utilise également un autre service offert par elle, la gestion de droits sur des oeuvres non protégées.

Les deux derniers abus constatés par la Commission peuvent à nouveau être rattachés aux objectifs énoncés à l'art. 3, et plus spécialement à "l'établissement d'un régime assurant que la concurrence n'est pas faussée dans le Marché Commun" (art. 3 f). Mais là où précédemment il s'agissait de la concurrence au niveau économique où la GEMA opère elle-même, il s'agit à présent de la concurrence au niveau suivant, c'est-à-dire, la concurrence entre importateurs allemands de disques et fabricants de disques, et la concurrence entre importateurs de magnétophones et magnétoscopes et les fabricants allemands de ces articles. Dans le premier cas, la perception de droits de licence intégraux, indépendamment des droits déjà payés par les importateurs, soit un double

prélèvement, fausse la concurrence puisque les fabricants eux, ne sont soumis qu'à une seule redevance. La Commission cite textuellement l'art. 86 c pour condamner cette pratique. Nous voyons donc à nouveau que l'on peut difficilement dissocier protection individuelle et établissement d'un système de concurrence effective.

Le dernier abus imputé par la Commission à la GEMA nous confirme encore dans cette impression : il lui est reproché d'exiger une redevance plus élevée à l'égard des importateurs de magnétophones et magnétoscopes que celle exigée des fabricants allemands de ce genre d'appareils. La GEMA s'était défendue en arguant (entre autres) que la prestation des fabricants n'était pas équivalente à celle des importateurs et que, par conséquent, l'art. 86 c ne pourrait s'appliquer. La Commission répond à cela : " que pour appliquer l'interdiction d'exercer des discriminations, il s'agit de savoir non pas si les prestations à comparer sont rigoureusement égales, mais seulement si elles sont équivalentes; que cette équivalence doit être établie sur la base d'une appréciation en fonction des objectifs du Traité C.E.E." (1). La Commission souligne ensuite l'importance de la concurrence en tant que structure garantissant le choix du consommateur. Comme le choix du consommateur s'opère entre les appareils fabriqués en Allemagne et les appareils importés, les concurrents doivent être mis sur pieds d'égalité. A nouveau, la Commission s'exprime en des termes favorables à la théorie de l'abus portant sur la structure: " au regard de l'art. 86, qui vise à empêcher que des entreprises en position dominante ne rendent plus difficiles l'établissement d'un régime assurant que la concurrence n'est pas faussée, les prestations des fabricants sont donc équivalentes à celles des importateurs "(p. L. 134/26).

(1) Voir également VERLOREN van THEMAAT, op. cit., p. 275.

De la décision GEMA, il ressort que la Commission cherche à donner de la notion d'abus une interprétation réaliste. Elle s'est attachée à agir partout où un dommage excessif résultait de l'existence d'une position dominante. Ce dommage excessif, nous diront les tenants de la protection individuelle du consommateur, est chaque fois défini par rapport aux intérêts, soit du concurrent, soit du consommateur, soit des deux. C'est évident et cela a même impliqué un recours à des critères de droit privé (abus de droit, balance des intérêts) et entraîné, d'après nous, un dédoublement de la notion de position dominante (verticalement dans les relations contractuelles, horizontalement dans les relations concurrentielles).

On ne peut pourtant pas s'empêcher de souligner avec les partisans d'une théorie de l'abus par rapport à la structure, qu'à plusieurs reprises, la Commission s'est référée de façon plus ou moins explicite ou même textuellement aux objectifs généraux du Traité, et plus particulièrement à "l'établissement d'un régime assurant que la concurrence n'est plus faussée dans le Marché Commun". Il y a abus dès que, à partir d'une position dominante, l'on met en danger l'existence de la concurrence effective, que ce soit au niveau même où l'on exerce son activité ou à un niveau différent. Il nous semblerait pourtant hasardeux de déduire des références faites par la Commission à la sauvegarde d'une structure de concurrence, une conclusion spécifique quant à l'application de l'art. 86 aux fusions ou aux concentrations. Dans tous les cas relevés par la Commission dans la présente décision, le lien entre la protection individuelle et la sauvegarde de la concurrence était direct.

Dans le cas d'atteinte à la structure par fusion ou concentration, l'intérêt direct du consommateur est moins apparent. Il est présent à travers les objectifs du Traité qui, finalement, se justifient en partie par lui. Or, dans la décision GEMA, il n'est nulle part fait cas uniquement de la protection de la structure, pour la simple raison qu'à chaque fois l'abus pouvait être localisé par rapport à des victimes spécifiques. Il faudra donc attendre le résultat de la procédure engagée contre CONTINENTAL CAN " où il s'agit plus spécifiquement d'une action sur les structures", pour voir si effectivement la Commission persévère dans les idées exprimées dans le Memorandum sur les concentrations.

Comme nous le disions au début de ce chapitre, la Cour de Justice, en ses arrêts SIRENA et DEUTSCHE GRAMMOPHON, s'est montrée fort laconique sur la notion même de l'abus.

L'arrêt SIRENA apporte une précision à propos de ce qu'avait déjà dit la Cour dans l'affaire PARKE-DAVIS : il est, en effet, fait référence à l'absence de justifications objectives, qui permettent de considérer un prix plus élevé comme indice déterminant d'un comportement abusif. L'arrêt DEUTSCHE GRAMMOPHON confirme la relativité du critère de la différence de prix pour la détermination de l'abus. La terminologie employée : " l'abus de position dominante n'apparaît pas nécessairement de la différence entre le prix fixé et le prix du produit réimporté d'un autre Etat-membre, mais ceci peut - eu égard à l'importance de cette différence et à l'absence de justifications objectives - constituer

une indication décisive de l'existence d'un tel abus ", semble indiquer que même en l'absence de justifications objectives, ce n'est toujours qu'une "indication" "possible" (1).

L'Avocat Général et la Commission insistent également sur l'abus des droits de propriété industrielle permettant de cloisonner le marché et de soutenir la différence de prix. C'est là un argument que l'on retrouve également dans la décision GEMA.

La sauvegarde de l'unité du marché sera d'ailleurs reprise dans l'Arrêt de la Cour, mais séparément de l'application de l'art. 86. La Cour pose " qu'il est contraire aux règles de libre circulation des biens à l'intérieur du Marché Commun, qu'un producteur de reproductions sonores exerce son droit exclusif à la diffusion des produits protégés, conférés par la réglementation légale d'un Etat membre, pour interdire la mise en circulation dans cet Etat de produits délivrés par lui-même ou avec son autorisation dans un autre Etat membre, uniquement parce que la-dite diffusion n'a pas eu lieu sur le territoire du premier Etat membre ".

Du fait qu'une telle pratique est contraire à l'un des objectifs du Traité (art. 3 c), on pourra poser que, provenant d'une position dominante, elle sera abusive et tombera sous le coup de l'art. 86. Cela correspond en tout cas à ce qu'avait posé la Commission dans la décision GEMA à propos de l'unité du marché.

(1) Le problème de la différence des prix dans le domaine des éditeurs de musique semble pourtant fort réel, c'est ce qui ressort d'une question parlementaire de Mr. VREDELING à la Commission, en date du 27-8-1971. J.O.C.E., n° C 112 du 5-XI-71, p. 8-9.

CONCLUSIONS

Les notions couvertes par l'article 86 du Traité de Rome, entreprise, abus de position dominante, concurrence, sont des termes - clés du droit économique.

A travers leur examen se pose tout le problème d'une évolution, dans la portée des concepts juridiques utilisés en droit économique, vers une certaine forme d'objectivisation, qui tendrait à substituer à l'ordre juridique régissant un ensemble de rapports subjectifs, un ordre "objectif". Ainsi, " le législateur semble-t-il attacher moins d'importance, dans le domaine du droit économique, au sujet de droit, à ses intentions subjectives, pour mettre l'accent sur l'objet qu'il vise à protéger ou à régir ..." (1).

Une telle évolution dans l'organisation des rapports juridiques se traduit nécessairement par une adaptation au niveau des concepts utilisés.

L'étude menée montre, en effet, qu'une telle adaptation se réalise au niveau de l'art. 86.

- Ainsi est-il frappant de voir l'entreprise évoluer d'une conception strictement patrimoniale vers une notion plus large, plus souple, qui tient plus compte de la réalité économique. Cette évolution est toujours en cours.

(1) A. JACQUEMIN et G. SCHRANS, Le droit économique, P.U.F., 1970, p.102.

- En ce qui concerne la position dominante, concept économique qui s'accommoderait difficilement d'une approche subjective, semblable objectivisation n'est pas nouvelle. On relèvera néanmoins que les instances communautaires, tant la Cour que la Commission, se sont attachées à préciser le contenu du concept et à déterminer les critères objectifs d'application (part de marché, barrières à l'entrée, dimension absolue...).

- En matière d'abus, par contre, l'évolution est plus subtile. Il ressort par exemple de la décision GEMA que nombre de comportements abusifs sont appréciés par rapport aux droits subjectifs des membres de l'association, des concurrents ou des distributeurs. Si l'on passe de la sauvegarde de l'intérêt des concurrents à celui des consommateurs, il n'y a là que substitution dans les droits subjectifs protégés prioritairement, et non mise en oeuvre des exigences d'une analyse scientifique objective.(1)

L'objectivisation doit plutôt être cherchée dans l'approche générale de l'abus : si c'est finalement le consommateur qui reste protégé, c'est, indirectement, à travers le maintien de certaines conditions objectives du marché, et plus particulièrement à travers une structure concurrentielle (2).

(1) A. JACQUEMIN, "Le droit économique, serviteur de l'économie ?", Rapport préparé pour le "Postgraduate Leergang Ekonomisch en Financieel Recht", Rijksuniversiteit te Gent, december 1971.

(2) A. JACQUEMIN et G. SCHRANS, Le droit économique, P.U.F., 1970, p.102-103.
 " Le droit moderne de la concurrence s'intéresse bien plus à l'instauration et à la sauvegarde de certaines conditions objectives du marché; on y concidère la concurrence comme un objet de droit, lequel mérite protection, car il permet d'atteindre certains buts, qu'il s'agisse de la stabilité des prix, du plein emploi ou d'une croissance accélérée."

Mais il ressort également de cette étude que les deux approches ne sont pas exclusives l'une de l'autre et que, bien loin de s'opposer, elles se renforcent souvent en fait. L'approche objective implique une analyse à plus long terme et plus globale des intérêts en cause, alors que l'approche traditionnelle se préoccupe des seules conséquences immédiates pour le consommateur, mais, en définitive, c'est, dans les deux cas, le même intérêt du consommateur qui reste le but premier.