

Zeitschrift:	Revue économique et sociale : bulletin de la Société d'Etudes Economiques et Sociales
Herausgeber:	Société d'Etudes Economiques et Sociales
Band:	22 (1964)
Heft:	3
Artikel:	L'exploitation abusive de la position dominante sanctionnée à l'article 86 du traité de Rome
Autor:	Willemetz, L.
DOI:	https://doi.org/10.5169/seals-135795

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

Download PDF: 22.01.2026

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>

L'exploitation abusive de la position dominante sanctionnée à l'article 86¹ du traité de Rome

M^{me} L. Willemetz

D^r en droit, avocat, Lausanne

Introduction

L'ampleur de la tâche incomptant aux auteurs du Traité de Rome, chargés de réaliser l'intégration des économies des Etats membres, était telle qu'ils durent dans certains domaines, notamment en matière de concurrence, se contenter d'énoncer des principes généraux. Il n'eût d'ailleurs pas été souhaitable d'incorporer dans un Traité un règlement rigide. Mieux valait laisser aux institutions communautaires le soin de déterminer les mesures opportunes à prendre eu égard aux contingences économiques, qui sont par nature mouvantes et imprévisibles.

Le Traité de Rome a créé beaucoup plus qu'une union douanière. En effet, il a doté la Communauté économique européenne d'institutions propres qui ont reçu pour mission d'élaborer une politique économique commune en vue de réaliser les buts définis à l'article 2 du Traité à savoir :

« Promouvoir un développement harmonieux des activités économiques dans l'ensemble de la Communauté, une expansion continue et équilibrée, une stabilité accrue, un relèvement accéléré du niveau de vie, et des relations plus étroites entre les Etats qu'elle réunit. »

Une union douanière comporte non seulement la suppression des droits de douane et des restrictions quantitatives dans les rapports entre Etats membres mais elle présuppose aussi l'établissement d'un tarif extérieur commun. La Zone de libre-échange par contre admet l'existence de droits de douane et de réglementations restrictives différents pour chaque Etat membre dans ses relations avec les pays tiers. Elle est généralement limitée aux seuls produits originaires des Etats membres, tandis que dans l'union douanière l'origine des produits est indifférente. En effet, dès qu'il a franchi la frontière douanière commune, un produit quelconque importé dans un Etat membre de l'union, devient un produit de l'union douanière au même titre que les produits originaires de l'Etat importateur.

¹ L'article 86 du Traité de Rome est ainsi libellé:

« Est incompatible avec le Marché commun et interdit, dans la mesure où le commerce entre Etats membres est susceptible d'en être affecté, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le Marché commun ou dans une partie substantielle de celui-ci.

Ces pratiques abusives peuvent notamment consister à :

- a) imposer de façon directe ou indirecte des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction non équitables;
- b) limiter la production, les débouchés ou le développement technique au préjudice des consommateurs;
- c) appliquer à l'égard des partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes, en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence;
- d) subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation par les partenaires de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats. »

Après avoir supprimé tous les moyens de protection des produits nationaux à l'intérieur du Marché commun, les auteurs du Traité ont compris qu'il était indispensable de prendre des mesures afin que l'économie privée ne reconstitue pas les barrières abolies et n'établisse pas de nouvelles discriminations. Sans être dirigistes, ils se sont rendu compte qu'un marché commun ne pouvait exister que dans la mesure où un régime de libre concurrence y était établi. Il fallut donc non seulement éliminer toutes les interventions volontaires ayant pour effet de fausser la concurrence, telles que les ententes constituées à cet effet, mais aussi tenir compte des situations de fait qui, sans être voulues à des fins de protection ou de discrimination, pouvaient avoir pour conséquences de troubler le jeu normal de la concurrence. C'est ainsi que les auteurs du Traité de Rome furent amenés à se préoccuper des *positions dominantes* que certaines entreprises ou groupes d'entreprises pourraient posséder ou acquérir, afin d'interdire tous les abus pouvant résulter de telles situations.

Comparaison entre le Traité de la CECA et le Traité de la CEE

En comparant les règles relatives à la concurrence insérées dans ces deux Traités, on constate une évolution marquée dans le sens d'un accroissement de la protection de la libre concurrence.

Le Traité de Paris du 18 avril 1951, instituant la Communauté économique du charbon et de l'acier, repose sur l'institution d'un marché commun. Un des principes fondamentaux de ce Traité est la règle de non-discrimination énoncée en termes généraux à l'article 4. Le Traité veut assurer entre les entreprises qui lui sont assujetties une concurrence réglée et loyale. En matière de prix il interdit d'appliquer des conditions inégales à des transactions équivalentes. Afin d'empêcher la constitution d'oligopoles, l'article 65 interdit tous les accords entre entreprises, toutes les décisions d'association d'entreprises et toutes les pratiques concertées qui tendraient directement ou indirectement à empêcher, restreindre ou fausser le jeu normal de la concurrence sur le Marché commun. Par dérogation à l'interdiction générale édictée au paragraphe 1 de cet article, son paragraphe 2 donne à la Haute Autorité le pouvoir d'autoriser, pour des produits déterminés, des accords de spécialisations ou des accords d'achats ou de ventes en commun sous certaines conditions.

Ayant ainsi empêché l'acquisition de positions dominantes par voie d'ententes, le Traité a prévu à l'article 66 des mesures destinées à empêcher que les mêmes résultats soient atteints au moyen d'un contrôle réciproque des activités de plusieurs entreprises, que cela résulte de leur fusion ou d'une participation financière.

Tandis que l'article 65 du Traité visant les ententes édicte une interdiction uniquement applicable aux entreprises assujetties à la juridiction de la CECA, l'article 66 est applicable toutes les fois que la concentration vise également des entreprises non communautaires, à condition cependant que l'une d'elles au moins soit assujettie à la juridiction de la Communauté. Enfin l'article 66 vise tant les concentrations dites horizontales, c'est-à-dire celles qui sont effectuées entre entreprises appartenant au même secteur de la production ou de la distribution, que les concentrations dites verticales, c'est-à-dire celles réalisées entre entreprises appartenant à des stades de production ou de distribution différents. Le paragraphe 1 de l'article 66 dispose que toutes opérations constituant une concentration d'entreprises sont soumises à l'autorisation préalable de la Haute Autorité. Le paragraphe 5 de l'article 66 ne prévoit pas la nullité absolue des concentrations réalisées sans l'autorisation préalable de la Haute Autorité; il ne prévoit que des sanctions à leur égard.

Lorsque la Haute Autorité ordonne une déconcentration, elle est tenue d'accorder aux entreprises un délai raisonnable pour réaliser cette injonction. Passé ce délai, elle peut imposer des astreintes journalières à concurrence de 1/1000 de la valeur des droits ou actifs en cause. En outre si les intéressés ne remplissent pas les conditions requises, la Haute Autorité peut prendre elle-même les mesures d'exécution qui s'imposent. La Haute Autorité a dans ce cas une compétence directe et elle n'est pas subordonnée à l'adoption des mesures d'exécution prévues par le droit national des Etats membres. Elle peut au surplus adresser aux Etats membres intéressés les recommandations nécessaires pour obtenir dans le cadre des législations nationales l'exécution des mesures de déconcentration décrétées par elle. Les articles 65 et 66 du Traité de la CECA ont pour but, comme toute législation anti-trust, d'empêcher l'abus de positions dominantes. L'interdiction des ententes et des concentrations a un effet préventif.

Si le Traité de la CECA prévoit une action directe de la Haute Autorité à l'égard des entreprises parties à un accord et à l'égard de celles jouissant de positions dominantes, il ne prévoit cependant pas d'actions en réparation du préjudice occasionné par l'exploitation abusive d'une position dominante.

Lors de la rédaction du Traité de Rome, les auteurs de l'article 86 ont voulu remédier aux insuffisances de l'article 66 du Traité de la CECA. En interdisant toute exploitation abusive d'une position dominante, ils ont donné un fondement aux actions en nullité, en restitution et en réparation basées sur la violation par une ou plusieurs entreprises de l'article 86 et par cela même ils ont renforcé le système destiné à assurer une libre concurrence entre les entreprises.

Le régime de la concurrence institué au sein de la CEE

Le Traité de Rome s'est borné à énoncer aux articles 85¹ et 86 des principes généraux destinés à empêcher l'emploi de pratiques ayant pour effet d'éliminer, de restreindre ou de fausser la concurrence. L'article 85 se préoccupe des ententes, l'article 86 interdit tout abus de position dominante.

Il eût été impossible et même inopportun d'insérer dans le texte du Traité une réglementation plus complète de la concurrence. L'adaptation de cette réglementation aux exigences politiques, économiques et sociales en constante évolution aurait nécessité de fréquentes revisions du Traité.

Des procédures ont donc été prévues afin de permettre aux institutions communautaires de prendre toutes les dispositions voulues en vue d'assurer l'application des principes généraux énoncés dans le Traité.

L'article 87 accorde aux organes de la Communauté la plus grande liberté de choix pour déterminer le contenu concret des normes réglementant la concurrence et pour prescrire les mesures utiles afin d'en assurer l'application. Les Etats membres ont, à cet égard, opéré en faveur des institutions communautaires un véritable transfert de compétence².

En conséquence, les normes prises par les institutions communautaires s'intègrent dans le droit national de chaque Etat membre. En cas de conflits entre la législation nationale et les dispositions du droit communautaire, ces dernières prévalent.

¹ Voir *Revue économique et sociale*, février 1964.

² NICOLA CATALANO: *Manuel de Droit des Communautés européennes* (1^{re} partie, chapitre II, paragraphe C).

Le 6 février 1962 le Conseil des ministres de la Communauté économique européenne a approuvé le premier règlement d'application des articles 85 et 86 du Traité de Rome. L'article premier de ce règlement confirme l'effet automatique des interdictions édictées par ces articles, sans qu'aucune décision préalable ne soit nécessaire. Il fut ainsi mis fin d'une part à de longs débats doctrinaux sur le point de savoir si ces articles étaient immédiatement applicables ou s'ils ne le deviendraient qu'après l'entrée en vigueur des dispositions d'application visées à l'article 87 du Traité d'autre part, et aux discussions concernant l'éventuelle nécessité d'une décision préalable destinée à rendre opérantes les interdictions prévues par le Traité.

L'article 2 du règlement 17 autorise la Commission à constater sur demande des intéressés qu'il n'y a pas lieu à application des dispositions des articles 85 et 86 dans le ou les cas qui lui sont soumis.

Par ailleurs le règlement se préoccupe surtout des modalités d'application du paragraphe 3 de l'article 85 concernant les ententes reconnues compatibles avec le Marché commun.

Le règlement 17 précise en outre que la Commission peut et doit intervenir lorsqu'elle constate une infraction aux dispositions des articles 85 et 86.

Les dispositions transitoires contenues dans ce règlement sont très importantes. En effet, le paragraphe 3 de l'article 9 prévoit qu'aussi longtemps que la Commission n'a engagé aucune procédure, les autorités des Etats membres restent compétentes pour appliquer les dispositions des articles 85 et 86.¹

En ce qui concerne notamment l'article 86, les Etats membres peuvent se trouver démunis de moyens. En effet, seuls la République fédérale allemande, les Pays-Bas et la Belgique possèdent une législation réprimant l'abus de position dominante. Cette notion est inconnue en droit français, en droit italien et en droit luxembourgeois. La législation française sur les prix permet toutefois d'éliminer sur le marché français certaines pratiques résultant de l'exploitation d'un état de fait constituant une position dominante.

En Italie, d'autre part, certains abus basés sur une position dominante ont déjà fait l'objet de sanctions civiles, en application des principes généraux du droit.

Comment définir l'état de position dominante

Si le Traité de Rome ne définit pas ce qu'il faut entendre par position dominante, la législation et la jurisprudence des Etats membres qui connaissent cette notion ont dégagé différents critères qui permettent d'en saisir la portée.

La loi belge et la loi néerlandaise parlent de « l'influence prépondérante » qu'exerce sur le marché une entreprise en état de position dominante. Tandis que l'article 22 de la loi allemande sur la concurrence et le paragraphe 7 de l'article 66 du Traité de la CECA déclarent qu'une entreprise est en état de position dominante lorsqu'elle se trouve « soustraite à toute concurrence effective ».

M. Arved Deringer² estime que les définitions de la loi belge et de la loi allemande ne diffèrent que par la forme. Il tire cette déduction des explications données par le sénateur del Marmol lors du vote de la loi belge. Nous ne sommes pas de cet avis, car il nous semble que le résultat peut être différent suivant que l'accent est mis sur la puissance inhérente à l'entreprise ou sur l'absence de concurrence effective dont une entreprise jouit sur le marché.³

¹ A. FRANCON: « Les ententes et les monopoles selon le Traité de Rome », *Journal de droit international*, Clunet, 1962, p. 368.

² ARVED DERINGER: « Les règles de la concurrence au sein de la CEE », *Revue du Marché commun*, 1963, p. 442.

³ Voir à ce sujet: K. I. Roberts: « The Concept of the Dominant Form », *Cartel*, N° 4, octobre 1963.

En effet, le dynamisme d'une entreprise, sa renommée, son prestige peuvent être tels qu'ils lui permettent de dominer un marché et de l'orienter par ses décisions, sans que cette situation résulte de l'absence de concurrents sérieux. Dans la mesure où la concurrence existe, même à l'état latent, peut-il y avoir position dominante d'une entreprise par rapport aux autres, au cas où une entreprise déterminée se détache du lot de ses concurrents par son dynamisme et par l'ascendant qu'elle exerce sur eux en raison de son prestige ?

Il semble plus conforme à l'esprit du Traité de définir la notion de position dominante en prenant pour critère l'absence d'une concurrence effective. La concurrence est un élément ordonnateur du marché. Lorsqu'elle vient à disparaître, une menace existe en puissance, celle de voir l'entreprise ou le groupe d'entreprises, qui bénéficient d'un monopole de fait, user ou abuser de leurs pouvoirs au détriment des consommateurs.

Le Traité de Rome n'interdit pas l'acquisition d'une position dominante. Il se distingue à cet égard du Traité de la CECA, qui soumet à une autorisation préalable de la Haute Autorité toute fusion d'entreprises, et du Sherman Act, qui déclare illégales toutes opérations ayant pour but de constituer un monopole.

L'état de position dominante est une question de fait qui dépend rarement du comportement exclusif de l'entreprise qui en bénéficie; le comportement adopté par ceux qui sont les concurrents de l'entreprise et par ceux qui pourraient le devenir joue un rôle essentiel.

L'état de position dominante peut avoir d'autre part une durée éphémère. Il suffit d'un accroissement imprévisible de la demande pour déséquilibrer momentanément un marché. L'utilisation nouvelle d'un produit connu peut par exemple faire acquérir temporairement une position dominante à une entreprise disposant de stocks importants. D'autre part, les causes permettant l'acquisition d'une position dominante sont multiples et variables suivant les secteurs de l'économie. Tantôt l'acquisition de cette position dominante aura été volontairement recherchée par l'entreprise, tantôt elle résultera d'un concours de circonstances qui lui auront été en tout ou partie extérieures. Dans certains secteurs de l'économie il est indispensable de posséder des moyens considérables pour acquérir une position dominante, dans d'autres, dont le champ d'action est par nature limité, il n'est pas indispensable de disposer de puissants moyens pour dominer une partie substantielle du marché.

Par son étendue et la variété infinie des produits et marchandises qui y circulent, le Marché commun ne peut faire l'objet de rapports constamment mis à jour déterminant, pour chaque secteur de l'économie, les conditions dans lesquelles une position dominante peut y être acquise.

Les services administratifs de la Commission ne pourront donc se livrer à des études de marché qu'en fonction des cas d'espèces qui retiendront leur attention. Ils devront se garder de ne pas commettre l'erreur vers laquelle ils seront tout naturellement portés, qui consisterait à définir tout d'abord les abus rendus possibles en fonction d'un état de position dominante, pour en arriver à établir une présomption de position dominante, chaque fois que de tels abus seraient constatés.

Dans la pratique, l'article 86 ne sera pris en considération qu'en fonction des abus portés à la connaissance de la Commission. Mais celle-ci, chaque fois qu'elle prendra une décision sur la base de cet article, devra prouver l'existence de l'état de position dominante indépendamment de la constatation des faits constituant l'abus interdit.

A cet effet, trois facteurs devront, semble-t-il, être principalement pris en considération.

Tout d'abord, il conviendra de comparer l'importance du chiffre d'affaires réalisé par l'entreprise ou le groupe d'entreprises considérées eu égard au chiffre d'affaires global réalisé sur le Marché commun ou sur la partie substantielle de ce marché prise en considération.

Les chiffres à retenir seront ceux relatifs aux ventes effectuées à l'intérieur du marché. Les ventes à l'exportation ne doivent pas être portées en compte. Il est impossible de déterminer d'une manière générale un pourcentage en deçà duquel il ne peut être question de position dominante, pas plus qu'on ne peut fixer d'une manière générale un pourcentage à partir duquel une présomption de position dominante serait acquise, tout étant fonction des cas d'espèce considérés.¹ Il faudra aussi rechercher s'il existe, sur le marché considéré, un ou plusieurs produits de substitution susceptibles de remplacer plus ou moins avantageusement le produit qui fait l'objet de l'étude de marché et il faudra établir les incidences qui peuvent en résulter.

Enfin, il faudra examiner le comportement des concurrents de l'entreprise ou du groupe d'entreprises considérées afin de vérifier s'ils ne peuvent effectivement exercer leur rôle de contrepoids en permettant à ceux qui seraient l'objet de pression de résister victorieusement à celles-ci.

En conséquence, il nous semble qu'en dehors du cas où une entreprise ou un groupe d'entreprises bénéficient d'un monopole absolu, il ne peut y avoir de positions dominantes que dans la mesure où une entreprise ou un groupe d'entreprises occupant sur le marché une position prépondérante s'y trouvent soustraits à toute concurrence effective, de telle manière qu'ils jouissent d'une liberté d'action inexistante dans un régime de libre concurrence.

Dans la mesure où l'entreprise ne fait pas un mauvais usage de cette liberté d'action, aucun reproche ne lui sera adressé, car l'état de position dominante n'est pas répréhensible comme tel dans le système adopté par le Traité de Rome. Seul l'abus rendu possible en fonction de cette liberté d'action est interdit.

Exploitation abusive d'une position dominante

Pas plus qu'il ne précise ce qu'il faut entendre par position dominante, le Traité ne définit l'exploitation abusive de cette position, mais il en cite quelques exemples en ayant soin de ne pas donner un caractère limitatif à cette énumération.

La loi belge de 1960 définit l'abus de position de force économique comme étant « une violation de l'intérêt général par des pratiques qui faussent le jeu normal de la concurrence ou le limitent ou qui gênent la liberté économique des producteurs, des négociants ou des consommateurs ou entravent le développement de la production ou des échanges économiques ».

La jurisprudence allemande, d'autre part, a dégagé la notion d'« exploitation immorale d'une position de monopole ».

Il y a lieu de se demander quel est le critère qui doit être pris en considération pour définir l'exploitation abusive d'une position dominante au sens de l'article 86 du Traité de Rome. Les premiers mots de l'article 86 semblent nous indiquer la voie à suivre. Ils déclarent en effet l'exploitation abusive d'une position dominante « incompatible avec le Marché commun ». D'autre part, le texte du paragraphe de l'article 66 du Traité de la CECA, libellé dans le même esprit que l'article 86 du Traité de Rome, définit l'abus de position dominante comme étant « l'utilisation de cette position à des fins contraires aux objectifs du Traité ».

En conséquence, les auteurs du Traité de Rome, comme ceux du Traité de la CECA, lorsqu'ils ont pris des mesures d'interdiction, ont eu essentiellement en vue la nécessité de préserver les objectifs du Traité. Dès lors les critères à retenir pour définir la notion d'abus

¹ Voir l'article cité de K. I. Roberts.

au sens de l'article 86 ne peuvent être ni la violation de l'intérêt général ni l'exploitation immorale d'un monopole, car ces notions ne coïncident pas toujours avec celle d'action ayant des fins contraires aux objectifs du Traité de Rome.

S'il est exact que l'utilisation d'une position dominante à des fins contraires aux objectifs du Traité de Rome constituera dans la généralité des cas une violation de l'intérêt général, il convient cependant de faire une distinction très nette entre la notion « intérêt général », qui a un contenu variable notamment en fonction d'options à caractère politique, et les objectifs définis avec précision aux articles 2 et 3 du Traité de Rome.

D'autre part, l'accomplissement, par une entreprise bénéficiant d'une position dominante, d'actes contraires aux objectifs du Traité ne constitue pas nécessairement l'exploitation immorale d'une position de monopole telle qu'elle est définie par la jurisprudence allemande. Le troisième exemple d'exploitation abusive de position dominante, cité à l'article 86, montre clairement la distinction qu'il y a lieu de faire à cet égard.

Le paragraphe *c* de l'article 86 précise que l'exploitation abusive d'une position dominante peut consister à « appliquer à l'égard de partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence ».

Le Traité de la CECA interdit toute discrimination entre producteurs, entre acheteurs ou entre utilisateurs, notamment en ce qui concerne les conditions de prix ou de livraison. Un vendeur ne peut appliquer sur toute l'étendue du Marché commun des conditions inégales à des transactions comparables. Cette règle impérative s'accompagne d'ailleurs de dispositions concernant la publication de barèmes de prix. Le Traité de Rome n'a pas repris ces dispositions, il s'est borné à interdire à l'article 7 toute discrimination qui serait exercée en raison de la nationalité.

Dans un régime de libre concurrence d'importantes discriminations ne peuvent longtemps subsister, car par le jeu même de la concurrence les prix se stabilisent. Mais le danger de discrimination réapparaît dès l'instant où, la concurrence ayant disparu, une entreprise ou un groupe d'entreprises sont en mesure de fixer les prix librement et même arbitrairement si elles le désirent.

Aussi l'article 85, paragraphe 1, a-t-il interdit les ententes ayant pour objet d'appliquer des conditions inégales à des prestations équivalentes, tandis que l'article 86 interdit toutes discriminations entre les partenaires commerciaux effectuées par une entreprise ou un groupe d'entreprises en raison de la position dominante dont elles bénéficient. Tant qu'elle se meut dans un régime normal de concurrence, une entreprise peut donc, si elle l'estime judicieux dans le cadre de la politique commerciale qu'elle a adoptée, établir des discriminations entre ses clients dans la mesure où celles-ci ne sont pas fonction de leur nationalité. Ces discriminations ne favorisent pas la réalisation des objectifs du Traité, car elles sont susceptibles de déséquilibrer momentanément le marché; cependant elles n'ont pas été interdites comme telles, car les auteurs du Traité ont tenu compte du fait que, dans un régime de libre concurrence, leur durée sera nécessairement éphémère, les partenaires défavorisés ayant la possibilité de refuser les offres peu avantageuses qui leur sont faites et de s'adresser à d'autres entreprises concurrentes.

Dès l'instant où la concurrence se trouve supprimée en fonction de l'établissement d'un monopole, ou sérieusement restreinte en raison de l'acquisition par une ou plusieurs entreprises de positions dominantes, toutes discriminations faites entre partenaires commerciaux deviennent intolérables, car aucun mécanisme automatique ne viendra y mettre fin. Dès lors les auteurs du Traité ont estimé qu'il était indispensable d'intervenir pour écarter ce danger

susceptible de menacer la stabilité économique et le relèvement du niveau de vie constituant entre autres les objectifs du Traité.

Cet exemple nous montre qu'il était non seulement utile mais aussi absolument nécessaire de prendre les mesures prévues à l'article 86. Ce texte ne donne pas aux institutions communautaires un pouvoir discrétionnaire leur permettant de s'immiscer dans la gestion des entreprises et de juger leur politique économique comme certains l'ont prétendu.

S'il est exact qu'aux Etats-Unis l'interdiction d'acquérir un monopole ou un quasi monopole est motivée par la crainte de voir se constituer, à côté des forces politiques qui dirigent la nation, des forces économiques susceptibles de s'emparer d'une partie du pouvoir politique, il est non moins exact que les règles de concurrence insérées dans le Traité de Rome ne répondent pas aux mêmes aspirations.

Ces règles ont été arrêtées abstraction faite de toutes pensées politiques afin d'assurer le maintien du régime de libre concurrence qui constitue la base du marché commun. L'acquisition de positions dominantes n'est pas interdite comme telle. Seule l'exploitation abusive du pouvoir résultant de cette position est sanctionnée lorsqu'il s'exerce à des fins contraires aux objectifs du Traité et à notre avis exclusivement dans ces cas.

Ayant ainsi étudié le troisième exemple d'exploitation abusive de position dominante donné à l'article 86 du Traité, nous aborderons l'examen des trois autres exemples mentionnés dans le Traité.

Le premier vise l'interdiction d'exploiter une position dominante en imposant de façon directe ou indirecte des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transactions non équitables.

L'emploi du mot « imposer » implique l'idée d'une contrainte exercée sur ses partenaires par l'entreprise bénéficiant d'une position dominante. Nous ne pensons pas qu'il soit nécessaire d'établir l'existence de cette contrainte lorsqu'elle découle de l'état de nécessité dans lequel se trouvent ces partenaires s'il est démontré qu'ils ne peuvent trouver d'autres sources d'approvisionnement sur le marché.

Faut-il que les partenaires connaissent le caractère non équitable des prix et conditions qui leur sont imposés ? Nous ne le pensons pas, car, dans la pratique, les partenaires commerciaux d'une entreprise sont fréquemment dans l'impossibilité d'apprécier la juste valeur des marchandises qui leur sont offertes, et le caractère équitable ou non des conditions qui leur sont imposées.

L'article 12 du règlement 17 a donné à la Commission de vastes moyens d'investigation de nature à lui permettre de vérifier si les prix et conditions pratiqués par une entreprise bénéficiant d'une position dominante sont équitables. Il est cependant acquis que la Commission n'usera de ce pouvoir exceptionnel que dans les cas où de fortes présomptions d'abus de position dominante le justifieront.

Lorsqu'elle vérifiera le caractère équitable des prix et conditions imposés par une entreprise, la Commission devra tenir compte de tous les facteurs de production, de la nécessité de rémunérer le capital investi, de constituer des réserves et des provisions, de prévoir à long terme notamment des frais de laboratoires et de recherches, le coût de l'établissement de prototypes, etc.

Le deuxième exemple cité au paragraphe *b* vise l'interdiction de limiter par exploitation d'une position dominante la production, les débouchés ou le développement technique au préjudice des consommateurs.

Cet alinéa reprend une idée déjà exprimée à l'article 85. Si, en ce qui concerne le but que se proposent les partenaires d'une entente, il peut être démontré, notamment en analysant

le texte d'un protocole d'accord, qu'il consiste à limiter la production, les débouchés ou le développement du progrès technique, il semble difficile d'établir qu'une entreprise poursuit de semblables objectifs. Ceux-ci ne sont d'autre part interdits que dans la mesure où l'intérêt des consommateurs est lésé.

Le dernier exemple cité à l'article 86 interdit de subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats.

Ces pratiques assez fréquentes permettent aux entreprises de se débarrasser de stocks de marchandises invendables ou de mauvaise qualité.

En conclusion, dès l'instant où un acte constitue l'utilisation d'une position dominante à des fins contraires aux objectifs du Traité de Rome, il tombe sous l'effet de l'interdiction énoncée à l'article 86, sans qu'il soit possible de lever cette interdiction. Aucun impératif ne peut être supérieur à la nécessité de réaliser les objectifs du Traité.

La position dominante peut se présenter sous la forme d'un monopole ou d'un oligopole

L'article 86 vise en effet les deux possibilités. Il arrive fréquemment qu'un petit nombre d'entreprises se partagent le marché. Si elles l'exploitent en commun, ayant conclu entre elles une entente, celle-ci tombe sous le coup de l'article 85. Il n'est pas toujours commode de prouver l'existence d'une entente non notifiée. Dès lors les auteurs du Traité ont jugé que lorsqu'un nombre restreint d'entreprises se partagent un marché, chacune d'elles peut être considérée individuellement comme bénéficiant d'une position dominante sur ce marché, si cela résulte de la situation de fait.

Il n'y a pas lieu de tenir compte de l'endroit où se situent le siège social ou le principal centre d'exploitation de l'entreprise considérée. Une entreprise ayant son siège social et son principal centre d'exploitation en dehors du Marché commun peut avoir une position dominante dans celui-ci. Elle doit en ce cas respecter à l'intérieur du Marché commun l'interdiction énoncée à l'article 86.

L'article 86 concerne tant les entreprises publiques que les entreprises privées

Les règles de concurrence énoncées dans le Traité de Rome sont applicables tant aux entreprises publiques qu'aux entreprises privées.

Toutefois, en vertu de l'article 90 du Traité, les entreprises publiques ou privées chargées de la gestion de services d'intérêt économique général ou présentant le caractère d'un monopole fiscal ne sont soumises aux règles énoncées aux articles 85 et 86 que dans la mesure où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement, en droit ou en fait, de la mission particulière qui leur a été impartie.

Par entreprise publique, il faut entendre toutes les entreprises, quelle que soit leur forme, quel que soit leur statut, qui exercent une activité économique et qui, d'une manière quelconque et dans quelque mesure que ce soit, se trouvent sous la dépendance ou le contrôle de l'un des pouvoirs publics d'un Etat membre¹.

¹ P.-A. FRANCK: *Rapport au Congrès de 1961 à Dusseldorf de la Ligue internationale contre la Concurrence déloyale.*

Par entreprises auxquelles les Etats membres accordent des droits spéciaux ou exclusifs il faut entendre toutes les entreprises publiques ou privées qui se sont vu accorder par l'un des Etats membres certains avantages particuliers, quelle qu'en soit la nature, ou des droits exclusifs, qu'il s'agisse ou non de monopoles¹.

En vertu des dispositions du paragraphe 3 de l'article 90, c'est la Commission qui décidera, sous réserve du contrôle exercé par la Cour de justice, de la qualité publique ou privée des entreprises, chaque fois qu'elle sera amenée à prendre des directives ou des décisions les concernant.

C'est elle également qui décidera, toujours sous le même contrôle de la Cour de justice, si :

- une entreprise est réellement chargée de la gestion d'un service d'intérêt général;
- une entreprise présente le caractère d'un monopole fiscal;
- l'application des règles de concurrence énoncées dans le Traité fait ou non échec à l'exécution de la mission particulière dévolue à une ou plusieurs entreprises.

En confiant à la Commission des pouvoirs spéciaux concernant le respect par les entreprises publiques des règles de concurrence énoncées dans le Traité, ses auteurs ont voulu « dominer le nationalisme éventuel des différents Etats représentés au Conseil des ministres, qui eût normalement été compétent ». ²

L'article 86 vise l'exploitation abusive d'une position dominante sur le Marché commun ou dans une partie substantielle de celui-ci

Pour apprécier la force économique d'une entreprise par rapport à l'ensemble des forces économiques existant sur le marché, il est indispensable de délimiter dans l'espace le champ d'action pris en considération. Aux termes de l'article 86, ce champ d'action ne peut dépasser les frontières du Marché commun.

Les Traités d'association que la Communauté économique européenne viendrait à conclure peuvent-ils étendre le Marché commun ? Sans aucun doute, dans la mesure où de nouveaux Etats se trouveront incorporés dans la Communauté économique européenne. La Convention d'association avec la Grèce n'a prévu qu'une union douanière; en conséquence la Grèce n'a pas été incorporée dans le Marché commun.

Une position dominante sur le Marché commun pris dans sa totalité sera rarement réalisée, de telle sorte que les auteurs du Traité de Rome ont cru nécessaire de viser également les positions dominantes pouvant exister dans une partie substantielle du Marché commun.

Que faut-il entendre par partie substantielle ? Il faut évidemment considérer l'espace sur lequel le produit ou les marchandises considérés sont mis en vente et non celui réservé à leur production. Rappelons à titre indicatif que la Haute Autorité a reconnu dans sa recommandation du 11 juillet 1953 (*J.O. de la CECA* 1953, p. 154) que plusieurs provinces de la République fédérale d'Allemagne constituent une partie importante du Marché commun.

¹ P.-A. FRANCK: *Rapport au Congrès de 1961 à Dusseldorf de la Ligue internationale contre la Concurrence déloyale*.

² Baron SNOY ET D'OPPUERS: *La Notion de l'Intérêt de la Communauté à l'Article 90 du Traité de Rome*. Rapport présenté au Colloque de Bruxelles, 5 et 6 mars 1963.

L'article 86 ne s'applique qu'aux exploitations de position dominante susceptibles d'affecter le commerce entre les Etats membres dans la CEE

Le commerce entre les Etats membres comprend non seulement les transactions commerciales de toutes espèces, mais également les échanges de services et les prestations de toutes natures s'effectuant entre les Etats membres. Il ne comprend pas le commerce s'effectuant entre les Etats membres et les autres Etats situés en dehors du territoire de la Communauté économique européenne.

Le commerce avec la Grèce, pays associé et non intégré, n'est pas inclus dans le commerce entre les Etats membres.

En ce qui concerne le commerce intérieur de chaque Etat, exclu du commerce entre les Etats membres, il se retrécit au fur et à mesure de l'intégration des marchés des Etats membres et il finira par se trouver réduit aux transactions qui par leur nature ont un caractère local, de telle sorte qu'elles demeurent étrangères aux transactions analogues se déroulant en d'autres lieux du Marché commun.

L'emploi du mot affecté avait donné lieu à de nombreuses controverses, certains voulant donner à ce terme un sens péjoratif. Actuellement on admet d'une manière générale que l'emploi de l'expression « susceptible d'affecter le commerce entre les Etats membres » a pour unique objet de délimiter le champ d'application des articles 85 et 86, en écartant les transactions d'intérêt purement local et celles s'effectuant entre les Etats membres et les autres Etats situés en dehors de la CEE.

Mise en œuvre des principes énoncés à l'article 86

L'article 87 prévoit que le Conseil des ministres, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission et après consultation de l'Assemblée, édicte tous règlements et directives utiles en vue de l'application des principes figurant aux articles 85 et 86.

Le règlement 17 contient plusieurs articles visant l'application de l'article 86, mais il ne comporte pas de dispositions d'ordre pratique destinées à faciliter la mise en œuvre de cet article.

Toutefois, l'article 2 prévoit que les entreprises et groupes d'entreprises peuvent adresser une demande à la Commission afin de faire constater par elle que, en fonction des éléments dont elle a connaissance, une pratique ne tombe pas sous l'effet de l'interdiction énoncée à l'article 86.

La valeur d'une « attestation négative » est fonction des éléments dont la Commission a connaissance au moment où elle délivre cette attestation. De même que la survenance de faits nouveaux, la découverte ultérieure d'éléments complémentaires remet en cause la portée de l'attestation délivrée.

L'article 15 du règlement 17 permet à la Commission d'infliger des amendes aux entreprises qui commettent une infraction à l'article 86. Elle peut aussi leur infliger des astreintes afin de les contraindre à mettre fin à une infraction aux dispositions de cet article. Avant de prendre les décisions mentionnées ci-dessus, la Commission donne aux entreprises l'occasion de faire connaître leur point de vue. Un règlement spécial a déterminé les modalités d'audition des entreprises et de leurs conseils.

Avant de délivrer une attestation négative, la Commission publie l'essentiel du contenu de la demande qui lui a été adressée, en invitant les tiers à lui faire connaître leurs observations dans le délai qu'elle fixe. Celui-ci ne peut être inférieur à un mois.

Concernant l'application de l'article 85, le règlement 17 a institué un système de notification obligatoire des ententes. Seuls les ententes préalablement notifiées peuvent être admises au bénéfice des exceptions prévues à l'article 85, paragraphe 3. Certains se sont demandé si un système analogue ne pouvait pas être institué en ce qui concerne l'application de l'article 86. Mais il existe une très grande différence entre les situations visées à l'article 85 et celles prises en considération à l'article 86.

L'article 85 vise les accords conclus entre les entreprises. Il n'y a aucune difficulté pratique à notifier un accord. Tandis que l'article 86 vise une situation de fait qui peut exister sans même que les entreprises en soient conscientes.

On ne peut raisonnablement exiger que les entreprises se livrent régulièrement à des études de marché afin de vérifier si elles occupent ou non une position dominante.

On ne peut donc imposer l'obligation de notifier tout état de position dominante.

Théoriquement, on pourrait demander aux entreprises de fournir périodiquement certaines indications concernant leur chiffre d'affaires, leur zone d'influence, etc., afin de documenter les services administratifs de la Commission. Pratiquement, il faut y renoncer pour éviter l'accumulation de dossiers que personne n'aurait le temps de consulter.

Les services de la Division Concurrence de la CEE devront vraisemblablement se limiter à l'examen des plaintes qui leur seront adressées. Dans quelques cas particuliers, ils procéderont peut-être d'office à une enquête.

La Commission jouera en quelque sorte un rôle identique à celui que la Commission technique des ententes remplit en France. A l'origine, le rôle dévolu à cette Commission était essentiellement de dire dans des avis motivés s'il y avait lieu, dans les cas soumis à son appréciation, d'intenter des poursuites pénales contre les auteurs d'actions concertées, sur la base de la législation française en vigueur. L'action de cette Commission a largement débordé le cadre de la mission qui lui avait été confiée. Sur le plan répressif, son action ne s'est pratiquement pas manifestée, mais dans le domaine de la prévention son influence a été considérable.

La Commission a suggéré dans de nombreux cas la suppression ou la modification de certains accords. Elle annonçait fréquemment qu'à l'expiration du délai accordé par l'administration aux entreprises pour régulariser leur situation, elle se saisirait à nouveau de l'affaire, pour vérifier s'il avait été tenu compte de ses observations.

Il est acquis que les résultats obtenus par la voie de négociations entre les pouvoirs publics et les entreprises furent plus efficaces pour le maintien de la libre concurrence que les effets qu'auraient pu avoir des actions répressives dirigées contre certaines ententes. L'exemple français pourrait inspirer les institutions communautaires. Il était indispensable de doter la Commission de pouvoirs afin que ces décisions ne demeurent pas lettre morte, mais il est souhaitable qu'elle n'ait à s'en servir aussi rarement que possible et qu'elle parvienne, par voie de négociations directes avec les entreprises, à obtenir d'elles l'exécution volontaire des mesures qu'elle estimera nécessaires pour le maintien de la libre concurrence.

Actions en restitution ou en réparation basées sur l'article 86

Les partenaires de l'entreprise ou du groupe d'entreprises qui se sont rendus coupables à leur encontre d'une exploitation abusive de leur position dominante trouvent dans l'article 86 le fondement de diverses actions en nullité, en restitution ou en réparation du dommage qui leur a été occasionné.

Ces actions seront portées devant les cours et tribunaux des Etats membres, qui appliqueront l'article 86 du Traité de Rome au même titre qu'ils appliquent leur législation nationale. Ce n'est que dans la mesure où l'application du Traité soulèvera une difficulté d'interprétation que ces juridictions nationales pourront, en vertu de l'article 177 du Traité, s'adresser à la Cour de justice de la Communauté, afin qu'elle statue sur le point controversé.

L'interprétation du Traité, la validité et l'interprétation des mesures adoptées par les institutions communautaires devront cependant obligatoirement être renvoyées devant la Cour de justice de la Communauté lorsque ces questions seront soulevées devant des juridictions dont les décisions ne sont susceptibles daucun recours juridictionnel de droit interne.

Dans les cas mentionnés ci-dessus, seule l'interprétation du Traité sera du ressort de la Cour de justice, son application étant réservée aux cours et tribunaux des Etats membres saisis de la demande en réparation. Cette demande sera jugée compte tenu de la législation nationale compétente. Le contenu des droits nationaux des Etats membres de la Communauté européenne n'est pas identique notamment en ce qui concerne les conséquences juridiques de la violation d'une règle impérative. La nature et l'importance de la réparation accordée à ceux qui auront subi un dommage en raison de la violation de l'interdiction énoncée à l'article 86 ne seront pas les mêmes sur tout le territoire de la Communauté.

De telles disparités ne sont pas conformes à l'esprit du Traité. L'article 101 a d'ailleurs prévu que dans des cas semblables la Commission doit entrer en consultation avec les Etats membres intéressés afin d'éliminer les distorsions résultant des divergences des législations nationales.

Conclusion

L'instauration d'un régime de libre concurrence ne peut être l'effet d'une action exclusivement répressive. Il exige l'adhésion des entreprises et souvent une réforme de leur comportement.

La réglementation de la concurrence doit déclencher des résultats plus profonds que ceux qui peuvent être obtenus par le jeu d'interdictions et de sanctions. Les responsables de la politique commune, s'ils doivent s'efforcer d'établir dans le marché commun une concurrence collective, surveillée, orientée en vue d'accélérer la croissance économique, doivent aussi veiller à ne pas entraver la liberté d'expansion des entreprises.

Toute réglementation rigide, abstraite, ne peut que paralyser le développement de l'économie. Seul un contrôle souple de l'activité des entreprises est susceptible d'orienter leur acheminement dans une bonne voie.

La réglementation de la concurrence n'est pas un objectif en soi, elle ne peut être qu'un principe ordonnateur grâce auquel les objectifs du Traité de Rome pourront être atteints.