

UNIVERSITE LIBANAISE

Faculté de Droit et de Sciences Politiques et Administratives

Filière Francophone

**Etude prospective du droit libanais de la
concurrence**

Mémoire pour l'obtention du Diplôme d'Etudes Approfondies en Droit
Interne et International des Affaires

Présenté par

STEPHANIE EID

Membres du jury :

Docteur Georges NAFFAH

Directeur

Docteur Habib KAZZI

Docteur Bilal ABDALLAH

2016

Université

Libanaise

**Etude prospective du droit libanais de la
concurrence**

Présenté par

Stéphanie EID

2016

L'Université Libanaise n'entend donner aucune approbation ou improbation aux opinions émises dans ce mémoire ; ces opinions doivent être considérées propres à leurs auteurs.

A mes parents, mon mari et mes enfants

Vous me donnez le goût de la vie

*Je remercie docteur Georges NAFFAH pour avoir dirigé mon mémoire,
pour ses conseils et sa patience*

Table des abréviations

AJDA	Actualité juridique, droit administratif
Arr.	Arrêté
Art.	Article
Aut. Conc.	Autorité de la Concurrence
BOCC	Bulletin Officiel du Conseil de la Concurrence
BOCCRF	Bulletin officiel de la concurrence, de la consommation et la répression des fraudes
BOSP	Bulletin officiel du service des prix
<i>Bull. civ.</i>	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambres civiles)
C. Com	Code de commerce
CA Paris	Cour d'appel de Paris
Cass. Com.	Cour de cassation, chambre commerciale
CCC	Contrats, Concurrence, Consommation
CE	Conseil d'Etat
chron.	Chronique
CJCE	Cour de Justice de la Communauté Européenne
Com.	Arrêt de la chambre commerciale de la cour de cassation
comm.	Commission
Comm. CE	Commission des Communautés européennes
Comm. Conc.	Commission de la concurrence
Concl.	Conclusions
Cons. Const.	Conseil constitutionnel
Cons.conc.	Conseil de la concurrence
Crim.	Cassation, chambre criminelle
<i>D.</i>	Dalloz
Déc.	Décision
Éd.	Edition
GAJA	Grands arrêts de la Jurisprudence Administrative
<i>Gaz. Pal.</i>	Gazette du Palais
JCP	Semaine juridique (JurisClasseur périodique)
JO	Journal Officiel
JOCE	Journal Officiel de la Communauté Européenne
L.	Loi
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
LPA	Les Petites Affiches
Op. cit.	Opere citato, cité précédemment

Ord.	Ordonnance
Prec. D.	Précis Dalloz
rapp.	Rapport
Rec. CE	Recueil des décisions du Conseil d'Etat (Recueil Lebon)
Règl.	Règlement
Rev. conc. consom.	Revue de la concurrence et de la consommation
RFDA	Revue française de droit administratif
RTD com	Revue Trimestrielle de Droit commercial
T. confl.	Tribunal de conflits
TPICE	Tribunal de Première Instance des Communautés Européennes
TPI	Tribunal Pénal International

Sommaire

Introduction

Première partie : La loi sur la concurrence : Un outil de renforcement des conditions de la concurrence dans l'économie libanaise

Titre I : Le champ d'application du droit de la concurrence

Chapitre 1 : L'Entreprise : sujet privilégié du droit de la concurrence

Chapitre 2 : L'application du droit de la concurrence aux personnes publiques et compétence juridictionnelle

Titre II : Le Conseil de la concurrence et les règles de procédure applicables

Chapitre 1 : Le Conseil de la concurrence

Chapitre 2 : Les règles de procédure

Deuxième partie : Le contrôle des concentrations économiques et la sanction des pratiques anticoncurrentielles : Deux aspects cruciaux du droit de la concurrence

Titre I : Le domaine du contrôle des concentrations économiques

Chapitre 1 : La notion de concentration économique

Chapitre 2 : La procédure devant le Conseil de la Concurrence

Titre II : Les pratiques Anticoncurrentielles

Chapitre 1 : Les ententes

Chapitre 2 : L'abus de position dominante

Conclusion

Introduction

« *C'est la concurrence qui met un juste prix aux marchandises, et qui établit les vrais rapports entre elles* ».Montesquieu¹.

1. La concurrence est souhaitable pour cet auteur libéral car c'est la source du prix juste. Elle permet aux consommateurs de choisir entre les différents produits proposés et accessibles et avoir un plus grand choix de produits à de meilleurs prix.

L'économie qui est basée sur une concurrence licite et correcte n'est qu'une règle de base pour le développement économique durable qui permet à toutes les activités économiques d'augmenter la production nationale.

En effet, la concurrence a deux caractéristiques, une caractéristique de structure et une caractéristique de conduite dans un marché spécifique.

En tant que caractéristique de structure, la concurrence dénote l'absence de concentration du marché entre les mains d'un petit nombre de commerçants. Et en tant que caractéristique de comportement ou de conduite, la conduite concurrentielle signifie l'absence de pratiques restrictives de concurrence qui tendent à fixer arbitrairement les prix.

Quel que soit le concept utilisé, l'existence d'une concurrence sur le marché peut être considérée comme une mesure dynamique qui permet la création de nouveaux produits. Si nous imaginons un marché sans aucune conduite ou structure compétitive, ce marché sera sans performance efficace et la distribution des revenus sera inéquitable.

2. C'est le droit de la concurrence qui participe de façon prégnante à l'institutionnalisation de la concurrence. Il regroupe l'ensemble des dispositions législatives et réglementaires visant à garantir le respect du principe de la liberté du commerce et de l'industrie.

¹MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, 1748, Genève, Barillot.

En effet, le Droit de la concurrence a pour but le maintien d'une concurrence effective sur le marché. Nous pouvons répartir les règles qui régissent la concurrence en deux branches distinctes :

La première comprend les règles qui ont pour but de maintenir une concurrence qui s'exerce de façon loyale, raisonnable et tempérée. Cette branche sanctionne la concurrence excessive qui utilise des moyens contraires à une certaine éthique commerciale. C'est le cas des règles qui sanctionnent la concurrence déloyale condamnant le détournement de la clientèle d'un concurrent par des méthodes répréhensibles.

La seconde branche comprend les règles qui ont pour but de sanctionner les comportements qui limitent la concurrence et qui résultent de certaines entreprises, ce qu'on appelle les pratiques anticoncurrentielles.

Monsieur Jean Bernard Blaise pense que les règles de la première branche appartiennent à la tendance traditionnelle de la concurrence qui n'a pas connu les mêmes développements que la seconde branche².

3. C'est la seconde branche qui sera traitée dans le cadre de notre étude. Celle qui est sous-tendue par les idées du libéralisme économique qui trouve ses origines dans la liberté du commerce et de l'industrie.

Le Liban a affirmé le principe de la liberté du commerce et de l'industrie par la loi n° 18, du 21 mars 1990, qui est venu consacrer le régime d'une économie libre dans le préambule de la Constitution libanaise. Ce principe, ainsi affirmé, explique que le Liban admet donc le principe de la liberté de la concurrence. Il n'existe pas un cadre juridique qui consacre cette liberté de la concurrence. Nous trouvons quelques dispositions légales qui peuvent servir actuellement pour cadrer les pratiques anticoncurrentielles sur le marché, mais qui ne sont pas du tout suffisantes. En effet, il existe le Décret-Loi n° 32, du 5 août 1967, qui sanctionne l'auteur d'un monopole et les concentrations d'entreprises qui tendent à limiter la concurrence. Il existe aussi les dispositions du droit civil sur la responsabilité délictuelle, dans le Code des Obligations et des Contrats, qui sont de portée

²J.B. BLAISE, *Droit des affaires : commerçants, concurrence, distribution*, III Ed., LGDJ, Paris, 2002, p. 314.

générale. Devant cette grande lacune, qui est l'absence d'une réglementation de la concurrence, le gouvernement libanais a élaboré un projet de loi sur la concurrence³, publié au JO n°77 du 7 décembre 2007. Ce projet de loi se présente comme un outil au service de l'efficacité et de la justice économique au Liban. Il définit son champ d'application, crée une autorité de concurrence, « Le Conseil de la concurrence », en lui donnant des pouvoirs accrus afin de régler les affaires de concurrence. Il prohibe les pratiques anticoncurrentielles et soumet les concentrations économiques au contrôle du Conseil de la concurrence... Ce texte est toujours à l'état de projet, donc le Liban n'est pas doté, à l'heure actuelle, d'un loi sur la concurrence.

En France, la trace la plus ancienne de la politique de concurrence remonte à l'époque de la Révolution française lorsque les libertés politiques donnent naissance à la liberté du commerce et de l'industrie. C'est la loi des 2 et 17 mars 1791 dite « décret d'Allarde »⁴. Le droit de la concurrence est passé par plusieurs étapes et ce n'est qu'avec l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 que naît un véritable droit moderne de la concurrence. Le contrôle des pratiques anticoncurrentielles est confié au Conseil de la concurrence et l'on constate un fort mouvement de dépenalisation. Depuis, les réformes se sont succédées. La loi "Galland" du 1^{er} juillet 1996 modifie essentiellement les règles relatives à la transparence tarifaire et aux pratiques restrictives de concurrence. La loi NRE du 15 mai 2001 procède à une réforme d'ensemble de ce qui est devenu, à la suite de la codification du 21 septembre 2000, le livre IV du Code de commerce. La LME du 4 août 2008 et l'ordonnance du 13 novembre 2008 marquent une nouvelle refonte substantielle et institutionnelle du droit de la concurrence, entre autres l'institution d'une nouvelle Autorité de la concurrence avec des pouvoirs plus étendus. Sans oublier La loi du 17 mars 2014 relative à la consommation qui comporte aussi « un volet concurrence ». Elle introduit l'action de groupe en droit de la concurrence, confie à l'Administration le pouvoir de sanctionner les pratiques restrictives de concurrence. Et récemment, la loi du 6 août 2015, *Loi Macron*, qui apporte aussi des réformes au droit de la concurrence notamment à la procédure et aux pratiques anticoncurrentielles.

³Décret n° 1021 du 7 déc. 2007 portant sur la transmission du projet de loi sur la concurrence à la chambre des députés, JO 2007, n° 77, p.8951.

⁴A. JAUFFRET, *Manuel de Droit Commercial*, éd. Delta, 1995, p. 49.

En Europe le traité instituant la Communauté européenne, signé à Rome en 1957, a mis en place une politique de la concurrence, le but était de « déterminer des règles de concurrence permettant d'aboutir à un marché intégré, indépendamment des règles en vigueur dans chaque État membre, en veillant à ce que le droit communautaire couvre les droits nationaux des États membres »⁵. La construction européenne va permettre d'établir une synthèse qui fait aujourd'hui l'objet d'un consensus. Le droit européen tient à la protection du jeu concurrentiel. Il préconise une approche équilibrée, attachée à prévenir les comportements anticoncurrentiels que ce soit par leur objet ou leurs effets⁶.

Les États-Unis ont été pionniers en matière de concurrence. Deux écoles de pensée imprègnent la politique de concurrence. Dès le XIXe siècle, de premiers débats s'engagent sur le rôle de la régulation concurrentielle. Les premières lois anti-trust sont votées ; *Sherman Act* en 1890 sur les cartels, complété par le *Clayton Act* en 1914 et le *Federal Trade Commission Act*. Suivront le *Robinson-Patman Act* de 1936 sur la discrimination par les prix, et au niveau du contrôle des concentrations, le *Celler-Kefauver Act* en 1950 et le *Hart Scott-Rodina Act* en 1976. Au cours du XXe siècle, deux courants vont s'opposer dans un débat politique et doctrinal. Les tenants d'une régulation forte de la concurrence (école de Harvard, de 1936 à 1972), qui sont méfiants à l'égard des grandes entreprises et qui incitent l'Administration à veiller de près à l'équilibre des forces sur le marché. À partir de 1972, l'École de Chicago prône une auto-régulation par le jeu du marché et de l'innovation. Aux États-Unis, il y a deux autorités qui sont principalement chargées de la concurrence : la *Federal Trade Commission* et la division Antitrust du *Department of Justice* (DOJ).

4. Nous pouvons ainsi dire que la loi sur la concurrence charge l'autorité de concurrence de veiller au bon fonctionnement concurrentiel de l'économie. Cette mission consiste à faire en sorte que la liberté, dont disposent les acteurs économiques pour innover, produire et diffuser des biens et des services de qualité au meilleur prix, ne donne pas lieu à des ententes ou à des abus portant atteinte au fonctionnement concurrentiel de l'économie ainsi qu'à d'autres entreprises, aux consommateurs et, finalement, à la croissance et au bien-être de la collectivité dans

⁵D. ENCAOUA et R. GUESNERIE, *Politiques de la concurrence*, Rapport du Conseil d'Analyse Economique, n° 60, La Documentation française, Paris, 2006.

⁶V. *infra*, n°126.

son ensemble. Elle implique de poursuivre une politique de surveillance des marchés et d'orientation des comportements dans le sens du respect des règles de concurrence. Mais également de prévention, de détection, de correction et de sanction des infractions à ces règles.

5. L'application des règles relatives à la concurrence permet de protéger le consommateur des pratiques anticoncurrentielles et permet de lui garantir des services et des produits de très haute qualité et à des prix bas. C'est un atout qui doit profiter aux consommateurs. Ces derniers doivent être protégés des fournisseurs de biens et services qui se trouvent actuellement en position de force face à ces consommateurs qui sont, malheureusement, en situation de faiblesse, tendant « à devenir de simples objets manipulés par les spécialistes du marketing. Ils sont à la fois les rois et les esclaves de cette société de consommation ».⁷

« Je dépense, donc je suis »⁸. Comme la notion de consommation est indissociable de l'idée de la présence humaine, la notion de protection est indissociable de l'idée de société⁹.

« Nous vivons dans une société de consommation, dit-on. C'est vrai. Mais pas encore dans une société de consommateurs. Ceux-ci sont les figurants muets d'une pièce dont ils sont pourtant censés être le personnage central »¹⁰.

La protection du consommateur est une idée très ancienne qui date du II^{ème} millénaire avant J.C. où le Code Hammourabi, s'est intéressé de manière

⁷E. BOURGOGNE, *Éléments pour une théorie du droit de la consommation*, Story Scientia, Bruxelles 1988, n° 28 et s. cité par Gh. RABAH, *Nouveau Code de protection du consommateur. Principes généraux, moyens, et poursuites, avec étude comparée*, Éd. Juri. Zein, 2e éd., Beyrouth Liban, 2005, p. 11-16

⁸Devise (ironique), Le journal Le Consommateur, créé par la Ligue des Consommateurs en 1909 par Armand Février.

⁹« We are all consumers. The consumers are the most important economical group. They are the most important ... but their voices not often heard », (Nous sommes tous, par définition, des consommateurs. Les consommateurs constituent le groupe économique le plus important, influant et étant influencé par presque toutes les décisions économiques publiques et privées. Ils sont le groupe le plus important... mais leur voix n'est souvent pas entendue) John Kennedy en s'adressant au Congrès, discours du 15 mars 1962, Communication au Congrès américain du 15 mars 1962, cité sur le Site de la Comm. clauses abusives : <http://www.clauses-abusives.fr/colloque/fkamara.htm>.

¹⁰Valéry Giscard d'Estaing, séance de l'Assemblée Nationale, Mai 68 et ses suites législatives immédiates, 24 juill. 1968.

remarquable aux méthodes utilisées pour fixer les prix soit sur la base de l'argent, soit par rapport à un autre produit comme le blé et l'orge en infligeant toutes sortes de peines à tous ceux qui sont accusés de négligence. Ensuite, durant l'Antiquité égyptienne, les Pharaons ont aussi connu l'intervention de la classe dirigeante dans les divers aspects de la vie économique et de son organisation, surtout pour le contrôle des poids et mesures¹¹. À son tour, le droit romain s'est attaché à réguler l'économie et à punir toute violation à la réglementation de cette dernière, commise par les vendeurs ou acheteurs, de peines sévères. « *Quel avantage pour un homme s'il gagne le monde et perd son âme ?* ». En se basant sur ce principe, nous comprenons que, par la suite, le christianisme a, lui aussi, considéré que les violations aux règles du marché constituent des péchés majeurs. Dans le même sens, la loi islamique n'a pas négligé le sujet, surtout que le Prophète demandait à certains de ses compagnons de vérifier les prix fixés sur les marchés et d'y contrôler le respect de la tarification établie afin d'empêcher le monopole et de rejeter toute forme de fraude, se basant sur sa parole : « *qui nous trompe n'est pas des nôtres* »¹².

Ensuite le capitalisme et l'économie libre se sont développés dans le monde occidental. Cela a exigé d'une part, la non-ingérence dans les affaires économiques, y compris la question de protection du consommateur et d'autre part, la non-imposition stricte de sanctions pénales aux contrevenants à la réglementation économique. Mais ces deux principes ont été reconsidérés à la fin du XIXe siècle, lorsque les pouvoirs législatifs ont constaté, en 1890, que la liberté économique absolue pouvait mener à l'anarchie et à des conséquences néfastes sur l'économie. C'est à ce moment-là qu'a été promulguée la loi connue sous le nom de « *Sherman Act* », qui est la première tentative du gouvernement américain de limiter les comportements anticoncurrentiels des entreprises¹³.

Au Liban, suite à l'accord d'association, du 18 avril 2002, conclu entre la Communauté européenne et ses États membres d'une part, et la République

¹¹ J. MAHJOUB, *La protection du consommateur des dommages causés par les vices des produits industriels vendus*, revue koweïtienne « Droits », Koweit, 20e année, 1996, no 4.

¹² J. CALAISAULOY et F. STEINMETZ, *Droit de la consommation*, Précis de droit privé, D., 7e éd., 2006, p. 4 ; G. RABAH, *Nouveau Code de protection du consommateur. Principes généraux, moyens, et poursuites, avec étude comparée*, op. cit. n° 7.

¹³V. supra n° 3.

libanaise d'autre part, les législateurs libanais ont procédé à une loi relative à la défense des consommateurs. Confronté à la réticence des forces économiques et à une situation politique interne et régionale qui a été toujours instable, le pays a mis du temps pour arriver à inclure l'unique réglementation spécifique à la protection du consommateur dans son système législatif. Mission accomplie, ou presque, avec la promulgation de la loi n° 659-2005 du 4 février 2005 sur la « *protection du consommateur* »¹⁴ et la création d'un Conseil national consacré à cet objectif. Ceci entre dans le cadre d'un chantier de modernisation des lois dont le pays a besoin, même avec un retard d'environ trente ans par rapport au droit français¹⁵.

La concurrence licite et équitable permet de préserver et de sécuriser les consommateurs, mais aussi les investisseurs et les propriétaires des petites et moyennes entreprises, de tous les effets négatifs qui résultent du monopole d'une entreprise en position dominante ainsi que de toutes les pratiques anticoncurrentielles. En effet, les conséquences possibles de ces pratiques ont été chiffrées par les économistes. On s'accorde à penser que les plus graves d'entre elles, les cartels, peuvent conduire à une augmentation artificielle des prix allant jusqu'à 20 ou 30 %. Cette augmentation n'est qu'une composante du dommage plus large qu'elles peuvent causer au secteur concerné (incidence sur les incitations à innover, à entrer sur le marché, etc.), aux consommateurs (qui peuvent renoncer à consommer faute de pouvoir payer le prix artificiellement renchéri par la pratique anticoncurrentielle) et à l'économie générale. Ainsi le droit de la concurrence a pour objectif aussi de garantir la liberté d'entreprendre, de permettre aux nouveaux entrants de rebattre les cartes et d'éviter que la concurrence soit faussée par des pratiques de fixation de prix ou par un abus de position dominante. Il a aussi donné aux entreprises la possibilité de saisir l'autorité de concurrence pour déposer des plaintes relatives à la violation de la concurrence licite.

Donc, il faut protéger d'une part, le consommateur libanais qui est devenu de nos jours esclave du « *consumérisme* »¹⁶. Il est appelé à acheter, sans regarder l'importance du service qui lui est offert, ou les effets des contrats auquel il est

¹⁴L. n° 659-2005, 4 févr. 2005, Protection du consommateur : JO n° 6, 10 févr. 2005, p. 426 s.

¹⁵F. NAMMOUR, *La loi libanaise n°659-2005 du 4 fév. 2005 sur la protection du consommateur*, Al Adl 2005, p 556.

¹⁶D. WEISS, *Le consumérisme*, 81e congrès des notaires de France sur le thème du consommateur, LPA, 1^e mai 1985, p.14.

appelé à adhérer. Le consommateur libanais se retrouve dans une position bien difficile surtout devant le développement du crédit, de l'assurance, de la publicité et du marketing. Et d'autre part, il faut aussi penser à la protection des investisseurs libanais et étrangers. Comment encourager des investissements à avoir lieu dans un pays qui ne possède pas une loi sur la concurrence, dans un pays qui applique mal la loi sur la protection du consommateur, qui n'engage pas assez de contrôleurs pour rendre la question de protection efficace... ? Le Liban passe par une crise économique qui s'aggrave d'année en année. Les solutions sont claires, notamment par l'application plus sérieuse des dispositions de la loi sur la protection du consommateur et par le projet de loi libanais sur la concurrence. Mais il paraît que certains intérêts privés priment sur l'intérêt général du pays.

Il n'y a aucun doute qu'il est très important d'ouvrir les frontières et d'élargir l'espace économique pour stimuler la concurrence dans notre pays, mais cela ne peut pas dispenser la mise en place d'un système de régulation du marché. Il n'existe presque plus de pays qui ne se dotent ou qui refusent de se doter d'un droit de la concurrence. Certains pays ne cessent de réformer leur droit de la concurrence pour le rendre mieux adapté aux besoins d'une économie plus concurrentielle. L'Union européenne est allée même à en faire, de l'adoption d'une loi qui protège la concurrence, une condition d'adhésion.

6. Le Liban se penche, à l'heure actuelle, vers une tendance irréversible qui est le mouvement d'ouverture des marchés et l'entrée dans des zones de libre-échange avec d'autres pays. Il a signé plusieurs accords commerciaux durant ces dernières années.

En effet, le Liban fait partie du « *partenariat euro-méditerranéens* » (Euro-Med)¹⁷ qui a pour objectif de créer une zone de libre-échange bilatéral entre l'Union Européenne et le Liban. Cet accord lui permet d'avoir un accès en franchise de droits au marché de l'UE pour les produits fabriqués et avoir un traitement préférentiel pour les produits agricoles, les produits agricoles transformés et les produits de pêche.

¹⁷ www.exporthelp.europa.eu, European Commission, Trade export help desk, Liban.

Le Liban a adhéré à « *la politique européenne de voisinage* »¹⁸ qui a pour objectif d'approfondir les relations commerciales avec l'UE.

Le Liban est aussi membre de la *Grande Zone Arabe de Libre Echange* (GZALE) (en anglais : GAFTA) qui est un pacte de la Ligue Arabe en vigueur depuis 2005 et qui a pour but de créer une zone de libre-échange arabe avec une baisse des tarifs douaniers et l'élimination des barrières non tarifaires. Le 10 mai 2004 le Liban signe un accord de libre-échange avec le conseil de coopération du Golfe (CCG). Sans oublier que le Liban est en cours de négociation de son adhésion à l'OMC.

Il en résulte de cela que le commerce et l'industrie au Liban sont confrontés à la concurrence internationale, et que ce mouvement d'ouverture ne sera viable que dans la présence d'un climat de concurrence équitable. Car au sein de la mondialisation, la concurrence forme le pilier de base du commerce international dans un contexte fondé sur l'ouverture aux marchés sans restrictions commerciales.

L'économie de marché ne doit pas être une "jungle", il est donc nécessaire qu'un arbitre contrôle et régule les rapports de force. Donc, l'existence d'un droit de la concurrence au Liban permettra d'obtenir une concurrence effective qui est un levier essentiel pour la croissance de l'économie, l'attraction des investissements étrangers, l'innovation et la préservation du pouvoir d'achat des libanais.

7. Il est vrai que sous l'influence des organisations internationales, le Liban n'a pas manqué de lancer un « chantier de loi sur la concurrence », mais son débat n'a pas suscité de véritables intérêts¹⁹, malgré sa portée considérable.

Pour être plus complet dans l'étude de notre sujet afin de souligner l'intérêt que présente le texte du projet de loi libanais sur la concurrence, nous allons faire le tour de ce que nous offre ce projet de loi, car c'est le seul texte concret qui existe aujourd'hui sur le droit de la concurrence au Liban. Ceci sera fait en respectant la méthode adoptée par les rédacteurs du projet de loi afin de mettre en évidence toutes les questions abordées ainsi que les divers objectifs poursuivis.

¹⁸European Union, External action, European Neighborhood Policy (ENP). www.eeas.europa.eu

¹⁹Ch.NAHAS, *Monopole et concurrence*, Commerce du Levant, mars 2008, p. 42.

La première partie traitera les questions qui montrent que la loi sur la concurrence présente un outil de renforcement des conditions de la concurrence dans l'économie libanaise. Ensuite, la deuxième partie sera consacrée à l'étude des trois axes majeurs du projet de loi sur la concurrence qui sont, l'interdiction des ententes anticoncurrentielles, l'interdiction des abus de position dominante, et le contrôle des opérations de concentration.

Première partie

La loi sur la concurrence : Un outil de renforcement des conditions de la concurrence dans l'économie libanaise

8. La structure de l'économie libanaise a connu des changements très importants depuis 1975, dus à la guerre puis à la phase de reconstruction. Cependant, le redressement économique a été relativement rapide mais la croissance n'a pas été aussi forte qu'attendu, puisque sa moyenne fut inférieure à 4% depuis 1993 malgré une forte augmentation des dépenses du gouvernement. Cette modeste performance montre que l'économie libanaise subit des rigidités structurelles, dont la faiblesse des forces compétitives du marché est un élément majeur. Le Liban n'est pas doté, à l'heure actuelle, d'une législation sur la concurrence, pourtant les lois sur la concurrence assurent l'efficacité de l'économie ainsi que sa croissance. À l'initiative du ministre de l'économie et des finances, un rapport sur la concurrence dans l'économie libanaise a été établi, c'est une étude primaire ou un plan préparatoire pour instaurer une loi sur la concurrence au Liban²⁰. Ainsi est né le projet de loi libanais sur la concurrence.

Ce dernier vise le renforcement des conditions de la concurrence dans l'économie libanaise. Ces conditions mènent à l'augmentation de l'efficacité et de la productivité sur une base plus solide que celle qui existe actuellement pour la croissance de la production et de l'emploi.

En effet le projet de loi a précisé son champ d'application, inspiré par les dispositions du droit français et du droit communautaire (Titre I), il a règlementé les concentrations économiques et a sanctionné les pratiques anticoncurrentielles (Titre II).

²⁰ Consultation and Research Institute, *Competition in the Lebanese economy a background report for a competition law for Lebanon*, mai 2003.

Titre I

Le champ d'application du droit de la concurrence

9. Le projet de loi libanais sur la concurrence²¹, publié au JO n° 77 en date du 7 décembre 2007 dans son article 3 précise que ce projet de loi s'applique à toutes les activités de production, les activités commerciales et les services au Liban, il s'applique aussi à toutes les activités des personnes de droit public et aux activités économiques qui s'exercent à l'étranger et qui produisent des effets sur le territoire libanais.

Cet article prévoit des exceptions à l'application dudit projet de loi, ainsi il ne s'applique pas aux activités exercées par les associations et les syndicats de salariés si ces activités ont pour but de protéger et de préserver les droits de leur membres en ce qui concerne les facilités de négociation et les critères d'embauche.

De même le projet de loi ne s'applique pas aux droits acquis par la législation relative à la protection de la propriété industrielle, au droit de publication tant qu'ils n'ont pas pour effet de restreindre la concurrence.

Enfin il ne s'applique pas aux droits et obligations qui seront applicables au cas où le Liban fera partie de l'Organisation Mondiale du Commerce.

En France, l'article L. 410-1 du Code de commerce, relatif aux dispositions générales en matière de liberté des prix et de la concurrence, précise le champ d'application matériel du droit de la concurrence qui s'applique «à toutes les activités de production, de distribution et de service, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques, notamment dans le cadre de conventions de délégation de service public».

En droit communautaire, l'article 81 du Traité Instituant les Communautés Européennes (*Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne*

²¹Décret n° 1021 du 7 décembre 2007 portant sur la transmission du projet de loi sur la concurrence à la chambre des députés, op.cit.n°3.

(TFUE)art.101) dispose que « *sont incompatibles avec le marché commun et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun* ». La même technique est utilisée dans l'article 82 du Traité qui indique qu'« *incompatible avec le marché commun et interdit, dans la mesure où le commerce entre États membres est susceptible d'être affecté, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché commun ou dans une partie substantielle de celui-ci* ».

Nous pouvons constater que le projet de loi libanais, le droit français et le droit européen de la concurrence ont pour sujet privilégié l'entreprise (chapitre 1), son identification permet de déterminer le contrevenant et de lui imputer l'infraction, et ont soumis les personnes publiques au droit de la concurrence (chapitre 2).

10.Mais avant d'aborder les sujets du droit de la concurrence, il convient de définir le marché qui est d'une part, le cadre de l'exercice de la concurrence et d'autre part, le lieu où les opérateurs économiques interviennent.

Le droit des pratiques anticoncurrentielles²² et le droit des concentrations d'entreprises²³ sont composés de règles qui appréhendent les comportements des acteurs économiques en tenant compte du marché sur lequel ils vont intervenir. Pour cette raison, le marché constitue un cadre pour l'application du droit de la concurrence. Il est donc important de définir les marchés concurrentiels afin de pouvoir tracer le domaine général de l'application des règles de concurrence. Certainement l'opérateur est tenu de respecter ces règles lorsqu'il va intervenir sur un marché obéissant à la concurrence. Quand ce constat est vérifié, il faut alors délimiter le marché sur lequel l'opérateur économique intervient.

11.Par définition, le marché est le lieu où se rencontrent l'offre et la demande de produits ou de services²⁴. Donc le marché est le lieu où s'exerce la concurrence. Les marchés concurrentiels sont définis en droit français comme en

²²V. *infra*, n°120 et s.

²³V. *infra*, n°94 et s.

²⁴CA Paris, 17 juin 1992, Compagnie général de vidéocommunication, BOCC 4 juill. 1992.

droit communautaire en se référant à la nature de l'activité qui s'exerce, cette activité doit être de nature économique²⁵.

En fait, il est très exceptionnel d'admettre ou de considérer qu'un marché n'est pas concurrentiel, en général tous les marchés sont concurrentiels et doivent de ce fait être soumis à la concurrence et au droit ayant cet objet. Nous sommes ainsi devant le principe de la soumission des marchés à la concurrence. Ces marchés sont ceux sur lesquels interviennent des entreprises²⁶.

12. Comme nous l'avons déjà avancé, l'exercice de la concurrence est apprécié dans le cadre du marché, alors il est important de délimiter les marchés sur lesquels le pouvoir des entreprises concernées s'exerce. Le marché délimité est appelé le *marché pertinent*²⁷. La délimitation du marché présente un instrument nécessaire pour pouvoir appliquer les règles relatives aux marchés concurrentiels. Mais en effet, la délimitation du marché n'est pas facile à faire, même si elle semble aisé *a priori*, par exemple pour une entreprise qui vend des boissons, le marché pertinent est celui des boissons. Cette approche n'est pas loin des critiques et peut être mise en cause. Nous citons l'affaire de l'interdiction faite à Coca-Cola de racheter Orangina²⁸. Dans cette affaire, la société *The Coca-Cola Company* envisageait d'acquérir de la société Pernod Ricard la totalité des actifs industriels relatifs aux boissons de la marque Orangina et a notifié son projet au ministre de l'Economie afin de déclencher le contrôle des concentrations. Le Conseil d'Etat a posé dans cette affaire la question de la délimitation du marché pertinent, quel marché prendre en considération ? C'est-à-dire quelle(s) catégorie(s) de biens échangés faut-il prendre en compte ? Il a considéré qu'à défaut d'un bien parfaitement homogène, un marché se définit par référence à un ensemble de biens hautement substituables, la substituabilité découlant des préférences et des comportements observés des consommateurs. Les boissons rafraîchissantes non alcoolisées ne peuvent pas constituer un tel ensemble. Par contre, une substituabilité existe entre eau du robinet et eaux de source embouteillées, entre boissons gazeuses hors colas (claires, au goût d'orange...) et jus de fruit et autres boissons plates aux fruits. Donc il convient de distinguer dans l'ensemble des

²⁵V. *supra*, n°12.

²⁶V. *infra*, n°18 et s.

²⁷Ou encore *marché de référence, marché en cause ou même marché concerné*.

²⁸CE, 9 avr. 1999, *Coca-Cola company*, Rec. Lebon, n° 201853.

boissons rafraîchissantes sans alcool, les boissons gazeuses et de diviser celles-ci en colas et boissons gazeuses hors colas. Ainsi c'est l'existence d'un marché des boissons gazeuses sans alcool « hors colas » qui a été retenu pour la détermination des parts de marché détenues par les entreprises parties à l'opération de concentration projetée par la société Coca-Cola.

L'entreprise a tendance et a pour objectif d'obtenir un pouvoir de marché et pour cela elle va adopter une stratégie qui la conduit vers une différenciation de ses produits pour atteindre son but²⁹. En effet, chaque produit fait l'objet d'une référence. L'entreprise qui vend des boissons, vend une boisson gazeuse à base de « cola », qui n'est pas identique aux autres sodas³⁰. Un autre exemple, une tomate vendue au marché du quartier de Mme.X n'est pas substituable à celle vendue au supermarché : pour cette dame les deux produits sont différenciés. Chaque produit représente des caractéristiques telles que la qualité, la localisation... et c'est à chaque consommateur d'établir sa propre hiérarchie entre les caractéristiques. Donc nous remarquons qu'il n'est pas assez aisé de délimiter un marché car en réalité, cette tâche est très complexe.

13. La question de la délimitation du marché est liée à la question du pouvoir de marché d'une ou de plusieurs entreprises. En fait, la délimitation du marché conduit à montrer le pouvoir de marché qu'une entreprise détient et à mesurer les pressions concurrentielles qu'elle subit. Une trop large définition du marché de référence peut occulter le pouvoir de marché d'une entreprise. Nous donnerons un exemple pour mieux illustrer le lien entre le marché de référence et le pouvoir de marché d'une entreprise. Prenons deux biens X et Y, ils peuvent être substituables à cause de leurs caractéristiques et différenciés pour le consommateur. Il faut donc prendre en considération uniquement le marché des produits X pour pouvoir apprécier le pouvoir de l'entreprise qui commercialise ce bien. En effet, si l'entreprise augmente ses prix sur le produit X, les consommateurs ne reporteront pas leur demande sur le produit Y. L'objectif est donc de chercher le plus petit ensemble en termes de produits et d'espace géographique dans lequel une entreprise est susceptible d'exercer un pouvoir de monopole.

²⁹Cons.conc. 2 juill. 2004, Pratiques mises en œuvre par la société Henkel-Ecolab dans le secteur des lessives industrielles, n° 04-D-28, BOCC, 8 nov. 2004.

³⁰CE, 9 avr.1999, *Coca-Cola company*, op.cit.n°28.

14. Il est vrai que la délimitation du marché est souvent utilisée pour mesurer le pouvoir de marché d'une entreprise, mais cela ne veut pas dire que cet instrument est suffisant. En fait, le pouvoir de marché peut être mesuré en dehors de toute référence au marché pertinent, comme par exemple, l'aptitude de l'entreprise à maintenir des prix au-dessus du niveau de concurrence, sans perdre sa clientèle, cette aptitude est, par contre, mesurée par une comparaison des prix effectivement pratiqués par l'entreprise et du coût marginal des produits³¹.

15. La délimitation du marché reste une question primordiale dans le droit de la concurrence même si le Conseil de la concurrence a précisé dans son rapport annuel pour l'année 2001³², que l'évaluation de la part de marché ne constitue pour le Conseil qu'une première approche du pouvoir de marché. En effet, l'objectif est d'aboutir à une délimitation suffisante pour pouvoir appliquer les règles concernées. Selon les termes de la Commission dans sa définition du marché pertinent, le *grosso modo* satisfait souvent.

16. La définition du marché pertinent est importante car elle profite d'une part aux autorités de concurrence et d'autre part aux opérateurs économiques. En ce qui concerne les autorités de concurrence, lorsqu'elles sont amenées à analyser une opération de concentration économique ou un comportement anticoncurrentiel, elles doivent connaître les contours du marché pertinent pour savoir par exemple, si une entreprise est en position dominante sur le marché³³. En ce qui concerne les opérateurs économiques, la loi leur a donné la faculté de bénéficier de certaines exemptions si leurs opérations ne dépassent pas un certain seuil de part de marché³⁴, d'où l'importance de définir le marché de référence.

17. Le projet de loi libanais sur la concurrence³⁵ donne une définition du « marché concerné »³⁶, mais elle n'est pas insuffisante à elle seule pour cerner la

³¹Le coût marginal d'un produit représente l'accroissement de son coût total (coûts fixes et variables) en raison de la production d'une entité complémentaire.

³²Conseil de la concurrence. *Rapport annuel*, 2001, 2^{ème} partie, Etudes thématiques, Titre I, le marché pertinent, disponible sur le site internet de l'Autorité de la concurrence.

³³V. *infra*, n° 135 et s.

³⁴V. *infra*, n° 103 et 104 pour les opérations de concentration et *infra*, n° 133 et 134 pour les ententes illicites.

³⁵V. *infra*, n° 18.

³⁶Terme traduit littéralement de l'alinéa c de l'article 2 du projet de loi, pourtant ce terme est peu favorisé par la doctrine française.

notion de marché pertinent de façon complète. Il serait souhaitable que cette lacune soit comblée par la rédaction de lignes directrices, par exemple, qui exposeront des principes généraux afin de régir la question de marché pertinent dans le contexte libanais. En France, le Code de commerce ne donne, quant à lui, aucune définition, la démonstration du marché pertinent se fait par présomption. La réunion d'un faisceau d'indices emportera la conviction de l'autorité de concurrence et du juge, sachant que la cour de cassation³⁷ et le Conseil d'Etat³⁸ contrôle la qualification de marché pertinent. En droit communautaire, il existe des principes qui régissent la définition du marché pertinent dans une communication de la Commission européenne³⁹.

Après avoir étudié la notion de marché, cadre de l'exercice de la concurrence, nous allons étudier les opérateurs économiques qui interviennent sur ce marché.

³⁷Cass. Com., 22 mai 2001, *Société routière de l'est parisien*, Bull., n° 97.

³⁸CE, 9 avr. 1999, *Coca-Cola company*, op.cit. n° 28.

³⁹Communication n° 97/372/04 de la commission relative à la définition du marché en cause, JOCE, n° C372, 9 déc.

Chapitre 1 : L'Entreprise : sujet privilégié du droit de la concurrence

18.La concurrence est, par définition, un jeu entre les entreprises et le marché. En effet, nous ne trouvons pas une définition de l'entreprise dans le droit libanais, ni dans le projet de loi libanais sur la concurrence, par contre le projet de loi a défini, dans son article 2 al. c, « le marché concerné » qui est : *une zone délimitée géographiquement et qui permet le libre jeu de la concurrence {...}* et « l'activité économique » comme étant : *toute activité lucrative ou pas ayant des effets économiques sur un marché donné ;* et l'article 3, sans utiliser la terminologie « entreprise », a défini son champ d'application matériel qui revient à celle de l'activité économique.

C'est la doctrine libanaise qui a comblé cette lacune en donnant une définition de l'entreprise ; ainsi selon FABIA et SAFA « *l'entreprise est un ensemble d'actes coordonnés pour la réalisation d'un but sous la conduite d'un chef* »⁴⁰.

Une autre définition donnée par Mr. Elias NASSIF⁴¹ vise le critère économique, ainsi : « *l'entreprise est l'ensemble d'actes commerciaux, par nature ou accessoire, organisés et exécutés sous la direction d'un chef, personne physique ou morale, et à l'intermédiaire de plusieurs personnes et outils pour réaliser un but précis* ».

Nous ne trouvons pas non plus en droit français ni en droit communautaire une définition de l'entreprise au sens du droit de la concurrence.

La doctrine française définit l'entreprise comme suit : « *Un organisme se proposant essentiellement de produire pour les marchés certains biens ou services, financièrement indépendant de tout autre organisme ; peut comporter un ou plusieurs établissements* »⁴².

⁴⁰C. FABIA et P. SAFA, *Précis de droit commercial libanais*, Code de Commerce annoté, université Saint Joseph, 1974, commentaire art. 6 ; *Précis de droit commercial annoté*, tome 1, éd. Beryl, 2004.

⁴¹البياس ناصيف, المؤسسة التجارية, عويدات للطباعة و النشر, ١٩٩٩, ص. ٣٢.

⁴²G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henri CAPITANT, 4^{ème} éd., PUF 2003.

La CJCE a donné des définitions de l'entreprise et ces définitions reposaient au début sur un critère juridique ainsi, l'entreprise était une personne physique ou morale⁴³. En effet, on justifiait cette assimilation à des conditions d'ordre procédural : la notification des griefs, les amendes et les astreintes devant être adressées à des personnes juridiques, il fallait donc que l'entreprise, soit elle-même un sujet de droit.

Mais cette assimilation présente des inconvénients et a été peu à peu abandonnée par la jurisprudence car elle présente un risque d'inefficacité au regard du droit de la concurrence.

Ainsi nous pouvons dire que le critère formel de définition de l'entreprise était devenu inopérant⁴⁴.

19.C'est alors en 1991, à l'occasion de l'arrêt *Höfner* que la CJCE a proposé une autre définition de l'entreprise : « *Dans le contexte du droit de la concurrence, la notion d'entreprise comprend toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement et que, d'autre part, l'activité de placement est une activité économique* »⁴⁵.

Nous constatons d'après la jurisprudence *Höfner* que le critère unique de définition de la notion d'entreprise est son activité économique.

En effet, la jurisprudence française a suivi la jurisprudence européenne et considère comme entreprise toute entité, quel que soit son statut juridique, qui exerce une activité économique, même si elle ne dispose pas de la personnalité juridique.

La définition de l'entreprise repose donc sur un critère matériel, la nature de l'activité exercée par l'entité, si celle-ci est économique, l'entité est alors qualifiée

⁴³ CJCE, 22 mars 1961, aff. 42 et 49/59, Sté nouvelle des usines de Pontlieue – Aciéries du Temple (SNUPAT) c/ Haute Autorité : Rec. CJCE 1961, p. 101.

⁴⁴ Comm. CE, déc. n° 69/195/CEE, 18 juin 1969, Christiani-Nielsen : JOCE L n° 165, 5 juill. 1969, p. 12. – Comm. CE, déc. n° 70/332/CEE, 30 juin 1970, Kodak : Journal Officiel des communautés européennes 7 Juill. 1970.

⁴⁵ CJCE, 23 avr. 1991, aff. C-41/90, Klaus Höfner et Fritz Elser c/ Macrotron GmbH : Rec. CJCE 1991, I, p. 1979.

d'entreprise et se trouve soumise aux règles de concurrence (Section 1). Mais encore faut-il, par la suite, que cette entité exploite son activité économique de manière autonome et ne soit pas située sous la dépendance d'une autre entité (Section 2).

Section 1 : Nature économique de l'activité de l'entreprise : critère matériel

20.L'utilisation du concept économique d'entreprise en droit est assez courante aujourd'hui. Nous remarquons en droit français comme en droit communautaire qu'il existe un bon nombre de textes législatifs ou réglementaires, de décisions des diverses juridictions et autorités visant expressément l'entreprise où ses intérêts légitimes peuvent être recensés. Toutefois, ces références n'ont pas toutes la même portée. La notion est utilisée souvent par simple commodité linguistique, sans chercher à lui conférer une quelconque réalité juridique. Tel n'est pas le cas en droit de la concurrence, français comme européen, dans la mesure où l'entreprise est le véritable sujet de ses règles.

Comme la jurisprudence Höfnerle laisse entendre⁴⁶, le critère de définition de l'entreprise est son activité économique, et selon les dispositions de l'article 3 du projet de loi libanais no 77 et de l'article L.410-1 du Code de commerce français, nous comprenons que l'entreprise est l'entité qui exerce une activité économique sur le marché.

Donc la définition de l'entreprise repose sur un critère matériel, à savoir l'activité économique et celle-ci est entendue de manière extrêmement large incluant les activités commerciales, civiles et même sportives.

21.La question qui se pose est de savoir qu'est-ce qu'une activité économique ? Selon Christian BOLZE, « *fondamentalement l'activité économique comprend toute activité durable qui consiste à produire, distribuer ou*

⁴⁶V. *supra* n°19.

commercialiser contre rémunération un bien ou un service ». Ce principe d'exigence de rémunération se trouve dans l'article 57 du TFUE.

Mais il ne faut pas entendre le terme rémunération comme renvoyant à l'idée de poursuite d'un but lucratif. Il est certain que l'entreprise classique n'est autre que l'entreprise capitaliste qui recherche par essence le profit. Mais la quête du profit n'est pas une condition nécessaire pour l'activité économique, c'est-à-dire, en d'autres termes, une activité économique rémunérée peut tout à fait poursuivre un but non lucratif.

La Cour de Justice a adopté cette opinion en retenant qu' « *un organisme à but non lucratif {...} est une entreprise au sens de l'article 85 et suivant du traité* »⁴⁷. De même le Conseil de la concurrence précise que : « *l'absence de but lucratif ne détermine pas le caractère économique ou non de l'activité* »⁴⁸.

La Commission de la Communauté européenne retient la définition suivante dans une décision rendue⁴⁹ : « *une activité de nature économique est une activité, à but lucratif ou non, qui implique des échanges économiques* ».

Donc la qualification de l'activité ne dépend pas de la recherche du lucre qui n'est pas en soi un critère déterminant. Ainsi les associations, les coopératives et les mutuelles entrent dans le champ d'application du droit de la concurrence et ces entités « *sont des entreprises si elles interviennent sur un marché en tant qu'opérateurs économiques* », comme l'a énoncé la Commission à propos des associations⁵⁰.

Outre le critère économique de l'entreprise déjà avancé, et toujours à défaut de définition générale de l'entreprise, nous pouvons voir un autre critère qui est l'autonomie de direction économique de l'entreprise.

⁴⁷CJCE, 16 nov. 1995, aff. C-244/94. – CE, 8 nov. 1996, Féd. française des sociétés d'assurance : RJS 1997, p. 83, concl. M. BONICHOT ; D. 1997, jurispr. p. 281, note F.-H. BRIAND ; Contrats, conc. consom. 1995, comm. 206.

⁴⁸Cons.conc. n°05-D-14 du 6 avr.2005 : BOCC 28 oct.2005 ; RDLC 2005, n° 3, p 74, obs. DEBROUX.

⁴⁹Décision du 20 juillet 1999, JOCE n. L5 du 8 janvier 2000.

⁵⁰Comm. CE, déc. n° 74/634/CEE, 29 nov. 1974, Entente franco-japonaise concernant les roulements à billes : JOCE 21 Déc. 1974.

Section 2 : Autonomie économique de l'entreprise : critère organique

22.L'entreprise contrevenante est celle qui dispose d'une autonomie économique, qui ne résulte pas forcément de son indépendance juridique. Aussi, l'existence d'une entente ou bien l'imputation de l'infraction dépendent de cette condition d'autonomie économique du participant ou du contrevenant.

L'article L.410-1 du Code de commerce français bien qu'il contienne une définition de son champ d'application matériel qui est l'activité économique, ne fait aucune allusion à l'autonomie de comportement comme caractère essentiel de l'entreprise.

De même l'article 3 du projet de loi libanais sur la concurrence ne mentionne point l'autonomie économique de l'entreprise.

23.L'autonomie économique est, en effet, considérée comme un critère important pour la détermination de l'entreprise. Ainsi le Conseil de la concurrence dans une décision rendue en 1999 précise qu' « *une entité économique ne peut être qualifiée d'entreprise que si ses organes dirigeants sont à même de déterminer librement une stratégie industrielle, financière et commerciale pleinement autonome* »⁵¹.

L'autonomie économique du contrevenant apparaît donc une condition essentielle pour la mise en œuvre du droit des pratiques anticoncurrentielles (Paragraphe 1). L'appréciation de cette autonomie économique dépend de la qualité du contrevenant (Paragraphe 2) car une étude globale de l'autonomie économique de l'entreprise n'est pas appropriée. Il convient d'envisager celle-ci en fonction de chaque opérateur ainsi nous avancerons l'exemple de la société contrôlée, du groupe de sociétés et de l'agence commerciale.

⁵¹Cons. conc., Déc., no 99-D-57, 12 oct. 1999 : BOCC, 31 mars 2000, p. 188.

Paragraphe 1 : L'autonomie économique, condition essentielle pour la mise en œuvre des pratiques anticoncurrentielles

1- La détermination de l'existence d'une pratique anticoncurrentielle

24. Tout d'abord l'autonomie économique de l'entreprise joue un rôle non négligeable dans la détermination de l'existence d'une pratique anticoncurrentielle.

En effet, l'entente anticoncurrentielle a pour origine une concentration entre deux ou plusieurs parties. Ainsi, la Commission de la concurrence précise dans son rapport pour 1980, que « *toutes les ententes supposent un concours de volontés quelle que soit la forme de cet accord, même s'il ne se formalise pas réellement* ». À défaut de cette pluralité d'intervenants, il n'y a pas d'entente car on ne peut s'entendre avec soi-même. C'est donc à ce stade que se pose la question d'autonomie économique de l'entreprise contrevenante.

Prenons l'exemple d'une convention conclue entre une filiale et sa société mère, et supposons que la filiale est effectivement autonome économiquement, le contrat est donc un concours de volontés et il pourra être sanctionné en droit des ententes s'il revêt, bien sûr, un caractère anticoncurrentiel. Mais par contre si la filiale ne jouit d'aucune autonomie économique, l'existence de l'accord s'évanouit car dans ce cas nous sommes devant un contrat bilatéral, un acte imposé par la société mère à sa filiale, donc il n'existe pas d'accord en raison de ce caractère unilatéral et alors le droit de la concurrence ne pourra pas s'appliquer dans ce cas⁵².

2- La détermination de l'entité auteur de la pratique anticoncurrentielle

25. Ensuite l'autonomie économique de l'entreprise est aussi un critère pour la détermination de l'entité auteur de la pratique anticoncurrentielle.

En fait, il appartient aux autorités de la concurrence « *de déterminer précisément les entreprises auxquelles peut être imputées des pratiques anticoncurrentielles* »

⁵²Aut. conc., déc. n° 10-D-13, 15 avr. 2010 et CA Paris, 20 janv. 2011 : RLC n° 27/2011, p. 33, obs. S. CHOLET.

constatées sur un marché »⁵³. Ce principe est appliqué aussi en droit de l'Union Européenne. L'amende est donc calculée sur la base du chiffre d'affaire du contrevenant.

Prenons l'exemple d'un accord signé entre une filiale et un tiers, les instances s'interrogent sur le rôle de la société mère. Il se peut que le contrat ait été conclu sous l'égide de la société mère, donc dans ce cas la filiale est dépourvue d'autonomie économique c'est donc la société mère qui est réputée auteur de l'entente anticoncurrentielle. Mais si au contraire, il est démontré que la filiale disposait d'une totale marge de manœuvres, dans ce cas elle est considérée comme responsable de son comportement.

Paragraphe 2 : L'appréciation de l'autonomie économique

1- Les sociétés contrôlées

26.Les autorités de la concurrence privilégient une analyse économique plutôt que juridique et font de l'autonomie économique de la société contrôlée un critère d'identification du contrevenant. Ce principe a été expressément posé en 1972 par la Cour de Justice : *« La circonstance que la filiale a une personnalité juridique distincte ne suffit pas à écarter la possibilité que son comportement soit imputé à la société mère ; tel peut être notamment le cas lorsque la filiale, bien qu'ayant une personnalité juridique distincte, ne détermine pas de façon autonome son comportement sur le marché, mais applique pour l'essentiel les instructions qui lui sont imparties par la société mère »⁵⁴.*

Les instances françaises de la concurrence appliquent le même principe énoncé par les juges communautaires.

⁵³CA Paris, 6 mai 1997 : BOCC 1997, p. 440.

⁵⁴CJCE, 14 juill. 1972, aff. 48/69, Imperial Chemical Industries Ltd. (ICI) c/ Commission : Rec. CJCE 1972, p. 619 ; JDI 1973, p. 925, comm. B. GOLDMAN

2- Les groupes de sociétés

27.En ce qui concerne les groupes de sociétés, c'est à partir de l'application du critère de l'autonomie économique de l'entreprise qu'a été réglé le problème de l'application du droit des pratiques anticoncurrentielles aux groupes de sociétés. Par exemple, des sociétés appartenant à un même groupe sont de nature à constituer une entente entre elles dès lors qu'elles peuvent être regardées comme disposant de l'autonomie de gestion et de la liberté commerciale.

Le Conseil de la concurrence a souvent appliqué le droit des ententes aux relations entre sociétés mères et filiales d'un même groupe lorsque ces sociétés mères et filiales choisissent de se concurrencer en proposant des offres distinctes⁵⁵. A contrario, un groupe de sociétés constitue une entreprise unique lorsqu'elles sont toutes soumises à la stratégie industrielle, financière et commerciale des organes dirigeants du groupe⁵⁶.

3- L'agent commercial

28.La Commission européenne a abordé le problème de l'autonomie de l'intermédiaire de commerce dans sa « communication relative aux contrats de représentation exclusive conclus avec les représentants de commerce »⁵⁷. Mais cette communication s'est révélée par la suite imprécise, alors elle a été remplacée par les dispositions des lignes directrices sur les restrictions verticales adoptées le 24 mai 2000⁵⁸ puis celles du 10 mai 2010⁵⁹.

La communication de 1962 et les lignes directrices de 2010 font de la prise en charge des risques financiers, le critère déterminant pour l'autonomie économique de l'agent. Cette appréciation doit être faite « *au cas par cas et en tenant compte*

⁵⁵Cons.conc., 24 et 25 oct. 1989 : BOCC, 8 nov. et CA Paris, 4 juill. 1990 : Gaz.Pal. 1990.2, somm.429 et s.

⁵⁶Cons. conc., Déc., n° 04-D-32, 7 juill. 1998 : BOCC, 7 oct. 1998, p. 582.

⁵⁷Comm. CE, communication 24 déc. 1962 : JOCE 24 Déc. 1962.

⁵⁸Comm. CE, communication – Lignes directrices sur les restrictions verticales 2000/C 291/01 : Journal Officiel des communautés européennes 13 Octobre 2000 ; Europe 2000, comm. 392, obs. L. IDOT.

⁵⁹JOEU 19 Mai 2010 ; Europe 2010, étude 8, L. IDOT.

de la réalité économique plutôt que de la qualification juridique de la relation contractuelle en droit interne»⁶⁰.

Mais en fait le critère économique des risques financiers a été critiqué à plusieurs reprises par la doctrine. Pour certains auteurs ce critère n'était pas suffisant à lui seul pour ôter la qualité d'entreprise distincte à un intermédiaire de commerce.

Face à ces remarques, la jurisprudence n'a pas été insensible, elle a dégagé outre le critère des risques financiers celui de la non-intégration de l'agent dans l'entreprise du commettant. Mais ce critère n'a plus été repris par la Commission car cette dernière semble ne plus s'intéresser qu'à l'autonomie de l'agent dans le contrat négocié.

Les autorités françaises de la concurrence n'ont pas eu beaucoup d'occasions de se prononcer sur la question de l'autonomie économique de l'agent commercial alors l'étude de cette matière sera limitée au droit européen de la concurrence.

29. Au Liban, le décret-loi n° 34 du 5 août 1967⁶¹ a donné aux représentants commerciaux une large autonomie de comportement. Le décret-loi parle de profession indépendante. Le représentant peut librement et sans l'autorisation du représenté, désigner des représentants qui lui sont propres, engager des employés, mais aussi d'une façon générale il peut organiser son activité comme il l'entend, travailler d'après les méthodes qu'il veut, il peut engager et traiter librement son personnel, s'installer en son nom propre, dans le local de son choix. Emile TYAN, dans son ouvrage de droit commercial, considère que l'indépendance est un élément constitutif du représentant commercial⁶².

Il résulte de cette indépendance que le représentant, en droit libanais, forme une entreprise autonome qui se voit appliquer les dispositions du droit de la concurrence et qui sera condamner en cas de pratiques anticoncurrentielles indépendamment du représenté.

⁶⁰CJCE, 14 déc. 2006, aff.C-217/05 : Rec. CJCE 2006, I, p. 11987 ; RLC 11/2007, p. 25, obs. C. ROBIN.

⁶¹JO, n° 64, année 1967, p.124.

⁶²E. TYAN, *Droit commercial*, Tome I, éd. Libr. Antoine, 1968, n° 1305.

30. Finalement, il convient de dire que la notion d'entreprise n'est pas précise car la définition repose sur des critères très généraux qui laissent une large marge d'appréciation aux autorités.

En effet, les autorités doivent vérifier si elles sont en présence d'une entreprise ou pas et à cette occasion elles restreignent ou élargissent le champ d'application du droit de la concurrence. Cette appréciation basée sur des critères très généraux représente d'une part, une malléabilité qui peut être utile au droit de la concurrence et d'autre part, elle représente une source d'insécurité juridique.

Mais l'avocat général COSMAS résume l'affaire dans ses conclusions dans l'arrêt Ferlini⁶³ : « *Dans chaque affaire, la notion d' « entreprise », doit être entendue dans un sens fonctionnel, compte tenu de l'activité qui est liée à l'objet de l'accord entre entreprises, de la décision d'association d'entreprises ou de la pratique concertée en cause* ».

Ainsi par application de ce principe de dissociation⁶⁴, une entité peut être qualifiée d'entreprise pour certaines de ses activités et par pour d'autres.

Au Liban, le projet de loi libanais sur la concurrence vise dans son article 3 « l'entreprise »⁶⁵ et comme l'entreprise est le sujet du droit de la concurrence, alors elle permet de cerner le champ d'application de ses règles. Par contre si l'entité en cause ne peut être qualifiée d'entreprise, le droit de la concurrence ne peut a priori s'appliquer. Devant ce constat, et comme la notion d'entreprise n'a pas été suffisamment étudiée au Liban et afin de pouvoir lui appliquer le droit de la concurrence, la meilleure solution serait de se référer aux critères adoptés par le droit européen.

⁶³ concl. 21 sept. 1999, ss CJCE, 3 oct. 2000, aff. C-411/98, Angelo Ferlini c/ Centre hospitalier de Luxembourg : Rec. CJCE 2000, I, p. 8081.

⁶⁴ L. IDOT, *Nouvelle invasion ou confirmation du domaine du droit de la concurrence...*, Europe 1996, chron. 1.

⁶⁵ V. *supra* n^o18.

Chapitre 2 : Application du droit de la concurrence aux personnes publiques et compétence juridictionnelle

31. Le champ d'application des règles de concurrence est défini à partir, non pas du statut juridique des opérateurs publics ou privés, mais de la nature des activités exercées par lesdits opérateurs.

Pour les autorités chargées de faire respecter le droit de la concurrence « *il importe peu que les infractions soient commises par la puissance publique ou par des entreprises privées* »⁶⁶. Des personnes publiques peuvent, par conséquent, parfaitement relever du droit de la concurrence lorsqu'elles se livrent à une activité de production, de distribution ou de services, « *c'est-à-dire lorsqu'elles se font entrepreneur* »⁶⁷. Tel est le cas de la Direction de la météorologie nationale qui intervient comme acteur économique sur le marché de l'information météorologique⁶⁸, ou celui de la Poste⁶⁹, ou d'EDF⁷⁰.

L'article 2 du projet de loi libanais sur la concurrence définit la personne pour l'application du projet de loi et notamment du droit de la concurrence : *{...} toutes les institutions du secteur public (EDL, casino du Liban, ...) et les institutions commerciales appartenant à l'Etat en tout ou en partie {...}*. Et l'article 3 dispose : *Cette loi s'applique à toutes les activités de production, les activités commerciales et les services au Liban. Ainsi elle s'applique à toutes les activités des personnes de droit public {...}*.

Ainsi, en France l'article L. 410-1 du Code de commerce dispose : « *Les règles définies au présent livre s'appliquent à toutes les activités de production, de*

⁶⁶Cons. conc. : Rapp. 1991, p. XXV.

⁶⁷Y. GAUDEMET, *Le droit de la concurrence et l'organisation des services publics : aspects contentieux*, RD publ. 1989, p. 1780.

⁶⁸CA Paris, 18 mars 1993 : JurisData n° 1993-022219 ; BOCC 26 mars 1993, p. 110 ; AJDA 1993, p. 655, note M. BAZEX.

⁶⁹T. confl., 19 janv. 1998, Union française de l'Express c/ La Poste : JurisData n° 1998-765173 ; D. 1998, jurispr. p. 329, concl. ARRIGHI DE CASANOVA ; RFDA 1999, p. 189, note B. SEILLER.

⁷⁰CA Paris, 27 janv. 1997, Électricité-de-France c/ Sté auxiliaire de chauffage : AJDA 1998, p. 435, note ADAM et BLAZZY.

distribution et de services, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques, notamment dans le cadre des conventions de délégation de service public ».

Cette applicabilité soulève des difficultés, parce qu'en effet appliquer le droit de la concurrence aux activités publiques revenait à les autoriser à faire concurrence aux activités privées, ce qui n'allait pas de soi.

À la question de l'applicabilité du droit de la concurrence aux actes des personnes publiques (Section 1), s'est greffée celle de la compétence contentieuse (Section 2).

Section 1 : La légalité des actes des personnes publiques au regard du droit de la concurrence

32.Le projet de loi libanais et la loi française ne précisent pas quels sont les actes des personnes publiques qui sont soumis au droit de la concurrence et ceux qui sont exclus. Ce sont les jurisprudences communautaire et française qui viendront combler cette lacune.

Paragraphe 1 : Les actes des personnes publiques soumis au droit de la concurrence

33.En effet l'applicabilité du droit de la concurrence aux personnes publiques a ouvert la voie à d'importants progrès de contrôle de la dévolution des contrats publics et la jurisprudence communautaire a joué un rôle important en la matière tout d'abord en étudiant la notion de consommateur final (1) puis en adoptant un critère plus fiable qui est celui de la notion d'activité économique (2).

1- La notion de consommateur final

34. Dans un premier temps, le conseil de la concurrence et le juge judiciaire ont utilisé la notion de consommateur final qui veut dire que lorsque l'Administration achète un bien ou un service destiné à satisfaire ses besoins propre⁷¹ et non à préparer des biens et des services destinés à leur tour à être revendus par elle, le droit de la concurrence ne pourra pas être appliqué à cet acte d'achat. L'Administration poursuit alors, non pas la recherche de son propre intérêt, mais celui du service public.

Une telle distinction signifie en pratique que, lorsque l'Administration procède à des achats en vue de rendre un service administratif offerts aux usagers elle se trouve dans ce cas dans la situation de consommateur final⁷².

Par contre si l'Administration procède à des achats de biens ou de services destinés à s'incorporer dans son activité industrielle et commerciale, l'acte d'achat relèvera du droit de la concurrence⁷³.

Mais cette notion de consommateur finale a été remise en cause par une jurisprudence ultérieure, la jurisprudence « Fenin ».

2- La notion d'activité économique

35. Dans un deuxième temps, la jurisprudence communautaire, comme l'Autorité de la concurrence, considère que c'est l'activité « consistant à offrir des biens ou des services sur un marché donné » qui caractérise la notion d'activité économique.

Ceci est l'apport majeur de la jurisprudence Fenin⁷⁴ qui a été confirmé par la suite par la Cour de Justice des Communautés Européennes.

⁷¹Cons. conc., 27 mai 1997, Sté moderne d'assainissement et de nettoyage : BOCC 30 août 1997, p. 649, confirmé par CA Paris, 3 juill. 1998 : JurisData n° 1999-933406 ; BOCC 16 juill. 1998, p. 397.

⁷²O. GUEZOU, *Les comportements anticoncurrentiels dans la passation des marchés publics*, thèse, p. 120 s.

⁷³Cons. conc., 18 mai 1993, déc. n° 93-D-13, Manutention dans les Salons : JurisData n° 1993-642661 ; BOCC 1er juill. 1993, p. 183.

Ainsi « *c'est l'activité consistant à offrir des biens ou des services sur un marché donné qui caractérise la notion d'activité économique {...} et non l'activité d'achat en tant que telle* » et « *il n'y a pas lieu de dissocier l'activité d'achat du produit de l'utilisation ultérieure du produit acquis*»⁷⁵.

L'avocat général MADURO précisait dans cette affaire que : « *l'achat n'est compris dans le champ du droit de la concurrence que dans la mesure où il s'intègre dans l'exercice d'une activité économique [...] les achats destinés à des activités non économiques sont comparables à la demande finale des consommateurs et ils sont étrangers aux droit de la concurrence* ».

En d'autres termes, l'activité d'achat n'a pas d'intérêt en elle-même, sa nature (économique ou non) et son régime (applicabilité ou non du droit des pratiques anticoncurrentielles) suivent ceux de l'activité pour laquelle l'achat a été effectué. L'accessoire suit le principal⁷⁶.

Ainsi, la jurisprudence Fenin appliquée aux achats des personnes publiques pourrait se révéler d'un grand intérêt dans la mesure où elle devrait permettre de leur appliquer directement le droit des pratiques anticoncurrentielles et ouvre de nouvelles perspectives d'application du droit de la concurrence au secteur public et aux personnes publiques.

Paragraphe 2 : Les actes des personnes publiques non soumis au droit de la concurrence

36. Le droit de la concurrence s'applique dans les cas où une personne publique se comporte comme une entreprise tout en exerçant une activité économique.

⁷⁴TPICE, 4 mars 2003, aff. T-319/99, Fenin : Rec. CJCE 2003, II, p. 357.

⁷⁵CJCE, 11 juill.2006, aff. C-205/03 : Rec. CJCE 2006, I, p. 6295.

⁷⁶O. GUEZOU, *Droit communautaire de la concurrence et achats : certains demandeurs sont des offreurs comme les autres*, CP-ACCP sept. 2003, n° 25, p. 59.

Mais les jurisprudences, européenne et française, ont reconnu deux limites à la notion d'entreprise : la première concerne les organismes qui exercent une activité qui relève des prérogatives de puissance publique (1) et la seconde concerne les organismes qui exercent des missions dans le champ social (2). Ces organismes ne sont pas qualifiés d'entreprises et donc ne sont pas soumis au droit de la concurrence parce qu'ils ne peuvent pas être considérés comme exerçant une activité économique, autrement dit une activité marchande. Selon Mmes. Frison-Roche et Payet, les organismes exerçant en effet une activité ne donnant pas lieu à un échange marchand symétrique mais seulement à une « obligation d'entraide »⁷⁷, la concurrence n'a pas lieu de s'appliquer⁷⁸.

1- Activité de puissance publique

37. La jurisprudence européenne exclut du champ d'application du droit de la concurrence tous les organismes qui exercent des prérogatives qui appartiennent par essence aux États et qui participent de leur souveraineté. Ainsi une activité qui implique l'exercice de prérogatives de puissance publique n'est pas une activité économique.

En droit français, la même approche a été retenue par les juridictions nationales. La Cour d'appel de Paris⁷⁹ a exclu l'application du droit de la concurrence dans l'affaire « *Mutuelle générale services publics* » en ce qui concerne une décision ministérielle d'octroi d'une subvention. De même le Conseil d'État⁸⁰ écarte l'application du droit de la concurrence dans un arrêt concernant l'activité des agences financières de bassins, établissements publics administratifs, dont la mission consiste, en vertu de la loi, à veiller à l'équilibre des ressources et des besoins en eau dans un bassin ou un groupe de bassins déterminé.

⁷⁷Sur l'opposition entre la coopération et la compétition, F.-A. HAYEK, *La présomption fatale, les erreurs du socialisme*, trad. Par R. AUDOUIN, PUF, coll. Libre échange, 1993, spéc. , p.29 et s.

⁷⁸M.-A. FRISON-ROCHE et M.-S. PAYET, *Droit de la concurrence*, Préc. Dalloz 2006, n° 86, p.82

⁷⁹CA Paris, 11 janv. 1994, *Mutuelle générale services publics* : BOCC 1994, p. 21, arrêt confirmant Cons. conc., 28 avr. 1993, déc. n° 93-D-07 : BOCC 1993, p. 169.

⁸⁰CE, 1er juin 1994, *Letierce* : Rec. CE 1994, p. 278 ; AJDA 1994, p. 633, concl. J. ARRIGHI DE CASANOVA.

Nous pouvons évoquer aussi les actes normatifs, en effet la notion d'activité normative a été utilisée afin de désigner les activités des personnes publiques échappant au droit de la concurrence car ces activités sont exercées non pas en tant qu'activités de production, de distribution et de services mais en tant qu'activité de puissance publique donc échappent de ce fait à l'application du droit de la concurrence.

2- Activité à caractère exclusivement social

38. Selon une jurisprudence européenne bien établie, les organismes qui remplissent une fonction exclusivement sociale, sans aucun but lucratif, n'exercent pas une activité économique, donc le droit de la concurrence ne s'applique pas.

En France, les juridictions nationales ont suivi le juge communautaire. La Cour de cassation a retenu une solution en se basant sur la finalité sociale des régimes de Sécurité sociale pour les exclure du champ d'application du droit de la concurrence⁸¹ : « *La notion d'entreprise, au sens des articles 85 et 86 du traité de Rome et de l'article 8 de l'ordonnance du 1er décembre 1986, ne s'applique pas aux organismes chargés de la gestion de régimes de la sécurité sociale. C'est donc à bon droit qu'un tribunal a rejeté l'argument selon lequel une caisse d'assurance vieillesse artisanale se livrerait à un abus de position dominante .* »

39. Le projet de loi libanais de 2007 dans son article 3 vise « les activités des personnes publiques » sans préciser la nature de ces activités, alors pouvons-nous comprendre par activité uniquement les activités de production, les activités commerciales et les services des personnes publiques ? Ou bien aussi les activités qui mettent en œuvre des prérogatives de puissance publique ? La loi française, notamment l'article L. 410-1 du Code de commerce⁸², précise la nature des activités des personnes publiques (les activités de production, de distribution et de services) et la jurisprudence a exclu les activités qui mettent en œuvre les prérogatives de puissance publique⁸³.

⁸¹Cass. Com., 6 avr. 1993, Leduc :JurisData n° 1993-000656 ; Bull. civ. 1993, IV, n° 137.

⁸²V. *supra* n° 31

⁸³V. *infran* n° 40

En effet il est souhaitable que les juges libanais interprètent la notion d'activité des personnes de droit publique, figurant à l'article 3⁸⁴, dans un sens strict qui englobe uniquement les activités économiques des personnes publiques et exclut toute activité qui met en œuvre des prérogatives de puissance publique. Mais il faut attendre l'application réelle de ce projet de loi, au cas où il sera promulgué ultérieurement, pour avoir la position jurisprudentielle libanaise.

Section 2 : La répartition des compétences du Conseil de la concurrence et des juridictions administratives

40. Une activité qui met en œuvre des prérogatives de puissance publique ne présente pas un caractère économique et le droit de la concurrence n'est pas directement applicable, dans ce cas les juridictions administratives deviennent compétentes. Ainsi, la présence de prérogatives de puissance publique joue un rôle de répartition des compétences entre les autorités de concurrence et le juge administratif (Paragraphe 1).

Cette répartition se fait en tenant compte de l'applicabilité du critère de « détachabilité » qui va permettre aux autorités de la concurrence de connaître des pratiques anticoncurrentielles détachables d'une mission de service publique. En l'absence de « détachabilité », le juge administratif est compétent.

Dans un arrêt du 16 mai 2000, la chambre commerciale de la Cour de cassation française a considéré que les décisions, par lesquelles les personnes publiques ou privées, chargées d'une mission de service publique, mettent en œuvre des prérogatives de puissance publique et peuvent constituer des actes de production, de distribution ou de service au sens de l'article L.410-1 du Code de commerce, ne relèvent pas de la compétence du Conseil de la concurrence. Mais par contre, lorsque ces organismes ne mettent pas en œuvre des prérogatives de puissance

⁸⁴V. *supra* n°31.

publique et ne sont pas chargés d'une mission de service public dans ce cas le Conseil de la concurrence sera compétent⁸⁵.

Mais il faut noter que, en ce qui concerne la gestion du domaine public, on assiste davantage à une opposabilité du droit de la concurrence qu'à une véritable applicabilité (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Notion de prérogatives de puissance publique

41. En France, le Conseil constitutionnel a reconnu au législateur la possibilité d'aménager les règles de répartition des compétences juridictionnelles.

En effet dans sa décision du 23 janvier 1987 « Conseil de la concurrence »⁸⁶, le Conseil constitutionnel a reconnu l'existence de « *matières réservées par nature à l'autorité judiciaire* » et a jugé que le principe selon lequel l'annulation ou la réformation des décisions prises par l'Administration dans l'exercice de ses prérogatives de puissance publique relève de la juridiction administrative. Le Conseil a identifié le domaine de compétence du juge administratif à l'aide de critères formels et organiques, « *Considérant, cependant que, dans la mise en œuvre de ce principe, lorsque l'application d'une législation ou d'une réglementation spécifique pourrait engendrer des contestations contentieuses diverses qui se répartiraient, selon les règles habituelles de concurrence, entre la juridiction administrative et la juridiction judiciaire, il est loisible au législateur, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice d'unifier les règles de compétence juridictionnelle au sein de l'ordre juridictionnel principalement intéressé* ». Le contentieux de la concurrence tient une place importante.

Il est donc important de se référer à la décision du Conseil Constitutionnel du 23 janvier 1987 car elle a permis de préciser l'étendu de la compétence du juge judiciaire à l'égard des actes administratifs qui peuvent être en cause dans les

⁸⁵Cass.Com. 16 mai 2000 Bull. Civ. IV, n°99; D. 2000. 315, obs. MARMONTEL.

⁸⁶Cons. const., 23 janv. 1987, déc. n° 86-224 DC : GAJA, 17 éd., n° 91.

litiges relevant du droit de la concurrence et déterminer la compétence respective des deux ordres de juridiction.

Le Tribunal des conflits et la jurisprudence ont ainsi tenu compte de cette décision du Conseil constitutionnel et ont précisé la compétence des juridictions administratives (1) et des juridictions judiciaires (2).

1- Actes indissociables des prérogatives de puissance publique, compétence du juge administratif

42. Les articles 3 du projet de loi de 2007 et L.410-1 du Code de commerce français prévoient que les règles de concurrence s'appliquent à toutes les activités de production, de distribution et de services, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques. Mais en France des difficultés sont apparues en ce qui concerne l'application de l'article L. 410-1 C.com., qui soumet les personnes publiques à son champ d'application lorsque celles-ci se livrent à des activités de production, de distribution et de service. Cependant, au Liban, nous sommes toujours devant un projet de loi sur la concurrence alors il n'y a pas d'expériences qui montrent la présence ou pas de difficultés dans l'application de l'article 3, mais comme cet article reprend les termes de l'article L.410-1 C.com.fr. alors nous supposons que les mêmes difficultés qui sont apparues en France pourraient aussi apparaître au Liban.

En fait, il existe un grand nombre d'actes administratifs qui peuvent interférer dans le jeu de la concurrence surtout dans les services publics industriels et commerciaux. Le critère d'application des règles de concurrence est large puisqu'il englobe toute activité de production, de distribution et de service et s'applique aux personnes publiques.

C'est pourquoi il existe une jurisprudence abondante pour résoudre le problème de la limite de la compétence du juge judiciaire au regard des actes administratifs dans le contentieux du droit de la concurrence.

43. En effet c'est le Tribunal des conflits qui a déterminé les limites de la compétence du juge judiciaire en matière de concurrence et cela dans sa décision

du 6 juin 1989 « *Préfet de la région Île de France c/ cour d'appel de Paris* » (connu sous l'appellation Ville de Pamiers)⁸⁷.

Le Tribunal des conflits a affirmé, tout en se basant sur l'article 53 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 (article L. 410-1 du Code de commerce), les limites de la compétence de la Cour d'appel de Paris en précisant que les règles qui y sont définies dans ledit article s'appliquent aux personnes publiques lorsque celles-ci se livrent à des activités de production, de distribution ou de services et il a précisé dans l'affaire, en ce qui concerne l'acte administratif en cause, que l'organisation du service public de la distribution de l'eau à laquelle procède un conseil municipal n'est pas constitutive d'une telle activité, alors l'acte juridique de dévolution de ce service n'est pas, par lui-même, susceptible d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur le marché et il affirme les conséquences qui en résultent sur la question de la compétence du juge administratif .

44. Nous trouvons un autre arrêt qui va dans le même sens et qui concerne un litige qui a pour origine le groupement des compagnies aériennes effectué par l'établissement Aéroport de Paris⁸⁸.

45. Nous pouvons ainsi dire que, selon les décisions Ville de Pamiers et Aéroport de Paris du Tribunal des conflits, la solution est aujourd'hui stabilisée autour de l'idée qu'un acte administratif constituant en une décision prise dans l'exercice de prérogatives de puissance publique, notamment pour l'organisation d'un service public n'est jamais constitutif d'une activité « de production, de distribution ou de services », qui est le champ d'application matériel du droit de la concurrence, ce qui rend alors le droit de la concurrence inapplicable et prive les autorités de la concurrence de leur compétence mais n'empêche pas le juge administratif de leur application.

⁸⁷T. confl., 6 juin 1989, n° 2578 : JurisData n° 1989-643902 ; Rec. CE 1989, p. 492 ; RFDA 1989, p. 464, concl. B. STIRN.

⁸⁸T. confl., 18 oct. 1999, n° 03174, Aéroports de Paris : JurisData n° 1999-107504 ; Rec. CE 1999, p. 469, concl. R. SCHWARTZ.

2- Actes détachables de l'exercice de prérogatives de puissance publique, compétence du juge judiciaire

46. Le Tribunal des conflits a marqué la limite de la compétence du juge judiciaire lorsqu'un acte administratif est en cause.

La jurisprudence a déterminé la juridiction compétente pour connaître des pratiques anticoncurrentielles des opérateurs ne s'accompagnant pas de prérogatives de puissance publique.

La Cour d'appel de Paris est uniquement compétente pour juger des décisions de l'Autorité de la concurrence et son contrôle porte seulement sur les pratiques anticoncurrentielles auxquelles se livrent les opérateurs économiques de droit public ou privé.

La Cour de cassation contrôle le respect de ces règles de compétence pour déterminer la compétence de l'Autorité de la concurrence et de la cour d'appel de Paris. Elle a admis l'intervention du Conseil de la concurrence (aujourd'hui l'Autorité de la concurrence) et de la Cour d'appel dans une affaire qui concerne la procédure de passation d'une convention de délégation de pouvoir public pour le renouvellement du contrat d'affermage de la production et de la distribution de l'eau potable entre la société Suez Lyonnaise des Eaux (SLE) et de quatre communes. La SLE disposait d'un équipement de production⁸⁹.

Dans une autre affaire le Tribunal des conflits a retenu la compétence du juge judiciaire tout en constatant que le litige concernait un établissement public industriel et commercial et il rappelle que de tels litiges doivent être portés devant le juge judiciaire. Ainsi le Tribunal des conflits affirme : « *Ce litige, qui ne met pas en cause l'exercice des prérogatives de puissance publique du service postal, ressortit à la compétence de l'ordre judiciaire* »⁹⁰. Il a tout de même précisé la limite de cette compétence en employant ces termes : « *sous réserves d'éventuelles*

⁸⁹Cass. Com., 3 mai 2000, n° U 98-18.602, Sté Suez Lyonnaise des Eaux : JurisData n° 2000-001703 ; Dr. adm. 2000, comm. 158.

⁹⁰T. confl., 19 janv. 1998, Union française de l'Express c/ La Poste : JurisData n° 1998-710045 ; Rec. CE 1998, p. 534 ; D. 1998, jurispr. p. 329, concl. J. ARRIGHI DECASANOVA.

questions préjudicielles sur l'appréciation de la légalité d'actes administratifs relatifs à l'organisation et aux conditions d'exploitation d'actes administratifs ».

La jurisprudence a admis la compétence des autorités judiciaires chargées de l'application du droit de la concurrence pour statuer sur les pratiques anticoncurrentielles imputables à une personne publique à l'occasion de l'exécution d'un marché public. Le Tribunal des conflits a précisé dans un arrêt célèbre Gisserot⁹¹ que les actes administratifs contractuels à l'instar des marchés publics « ... ne traduisent pas la mise en œuvre de prérogatives de puissance publique, la compétence du juge administratif en qualité de juge du contrat, [...], ne fait pas obstacle à la compétence du Conseil de la concurrence, sous le contrôle de la cour d'appel de Paris, pour statuer sur les litiges fondés sur l'invocation des pratiques anticoncurrentielles, [...] ».

L'Autorité de la concurrence est donc compétente pour statuer sur les litiges fondés sur l'invocation des pratiques anticoncurrentielles. Mais cela garde la compétence du juge administratif en tant que juge du contrat.

Michel BAZEX a fait référence, dans son commentaire, à un extrait de l'ouvrage du professeur BOUTARD-LABARDE : « C'est donc la nature économique de l'activité, et non, plus la forme par laquelle il intervient, qui détermine l'applicabilité de la règle de concurrence... La circonstance que l'acte générateur du comportement anticoncurrentiel soit de nature privée ou publique est indifférente, seul est important le fait que ce comportement intervient dans le cadre d'une activité de production, de distribution et de service, au sens de l'article L. 410-1 du Code de commerce »⁹².

Ainsi, la compétence du juge judiciaire s'exerce pleinement quand les décisions concernent les entreprises tant privées que publiques pour leurs activités de production, de distribution et de services.

⁹¹T. confl., 4 mai 2009, n° 3714, préfet région Île-de-France, préfet Paris et Sté Éditions J.-P. TISSEROT c/ Centre monuments historiques : JurisData n° 2009-376918 ; Dr. adm. 2009, comm. 145, obs. M. BAZEX.

⁹²M.-C. BOUTARD-LABARD, G. CANIVET, E. CLAUDEL, J. VIALENS, *L'application en France du droit des pratiques anticoncurrentielles*, LGDJ, 2008.

Paragraphe 2 : Opposabilité du droit de la concurrence aux actes administratifs

47. En effet la soumission des activités publiques au droit de la concurrence est encore aujourd'hui un thème sensible⁹³. L'arrêt célèbre *Ville de Pamiers*⁹⁴ a donné naissance à plusieurs interrogations quant à l'application du droit de la concurrence à des activités publiques après la promulgation de l'ordonnance de 1986 (aujourd'hui les articles L.410-1 et suivants du Code de commerce français) et qui donne compétence au Conseil de la concurrence, à la Cour d'appel et à la chambre commerciale de la cour de cassation.

Le Tribunal des conflits dans l'affaire *Ville de Pamiers* a affirmé que l'acte administratif litigieux ne constituait pas une activité de production, de distribution ou de services visée à l'article 53 de l'ordonnance de 1986, le Tribunal poursuit en énonçant : « *qu'il n'appartient par conséquent qu'aux juges de l'ordre intéressé de vérifier la validité de cet acte au regard des dispositions de l'article 9 de l'ordonnance susvisée* »⁹⁵. Nous comprenons alors que le Tribunal des conflits, s'il constate que l'acte litigieux n'est pas un acte de production, de distribution ou de services, reconnaît malgré tout, que le juge administratif peut appliquer l'article 9 de l'ordonnance de 1986.

La décision du tribunal des conflits est ambiguë et a troublé les esprits, elle a posé plus de questions qu'elle n'y a répondu⁹⁶. En effet le Tribunal a exonéré les actes administratifs et plus particulièrement les conventions de délégation de service public du champ d'application de l'ordonnance de 1986 mais le législateur a voulu combler cette lacune par la loi n°95-127 du 8 février 1995 relative aux marchés publics et aux délégations de service public afin de modifier la rédaction de l'article 53 de l'ordonnance de 1986 pour y inclure les conventions de délégation

⁹³ S. DESTOURS, *La soumission des personnes publiques au droit interne de la concurrence*, Litec coll. Bibl. dr. entr. 2000, préf. L. VOGEL, t. 50.

⁹⁴ T. confl., 4 mai 2009, n° 3714, préfet région Île-de-France, préfet Paris et Sté Éditions J.-P. TISSEROT c/ Centre monuments historiques : op. cit. n° 91.

⁹⁵ T. confl., 6 juin 1989, préfet Région Île-de-France : Rec. CE 1989, p. 293.

⁹⁶ J.-Y. CHEROT, *La soumission d'actes de droit public au droit de la concurrence n'est pas contraire à la Constitution*, D. 1991, chron. p. 163, spéc. p. 165.

de service public. Mais cela n'a pas trouvé de succès car en fait, il y a eu initialement une proposition de combler le vide juridique laissé par la jurisprudence *Ville de Pamiers* par l'inclusion d'une phrase à l'article 53 de l'ordonnance qui est : « *elles s'appliquent aux conventions de délégation de service public* ». Mais cette proposition perdit de sa force et de son autonomie car elle n'a pas été reprise comme phrase à part dans l'article 53 mais, par contre, elle a été reléguée suite à la première phrase : « *Les règles de la présente ordonnance s'appliquent à toutes les activités de production, de distribution et de services, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques, notamment dans le cadre de conventions de délégation de service public* ». Ceci veut dire que l'ordonnance de 1986 s'applique aujourd'hui aux activités de production, de distributions et de services mais peut aussi, désormais, être réalisée dans le cadre de conventions de délégation de service public. Ainsi la loi de 1995 n'a donc rien changé⁹⁷.

48. Il a fallu attendre jusqu'à 1997 pour que les règles de concurrence issues de l'ordonnance de 1986 soient intégrées dans le bloc de la légalité administrative. Le Conseil d'Etat a décidé de rendre le texte opposable aux actes administratifs.

Dans un arrêt *Million et Marais*⁹⁸ du 3 novembre 1997 le Conseil d'Etat s'est prononcé sur le point de savoir si un contrat de concession d'un service extérieur des pompes funèbres plaçait la société Pompes Funèbres Générales (PFG) en situation de position dominante et le conduisait à en abuser dans des conditions prohibées par l'article 8 de l'ordonnance de 1986 et 86 du Traité CE, situation connue sous le nom d'abus automatique. Le Conseil d'Etat a apprécié la légalité de l'acte au regard de l'ordonnance de 1986 et c'est ça l'innovation majeure, donc il inclut explicitement l'ordonnance de 1986 dans son bloc de la légalité.

Donc nous pouvons déduire d'après l'arrêt *Million et Marais* qu'il vaut mieux parler d'une opposabilité de l'ordonnance de 1986 aux actes administratifs au lieu d'une applicabilité directe. Cela signifie que la valeur de l'ordonnance de 1986, comme élément de l'ordre juridique, ne doit pas être méconnu par les autorités publiques en prenant des actes administratifs et elles ne sont pas obligées directement par l'application de cette ordonnance.

⁹⁷M. GRAFF, *Délégation de service public et concurrence*, Rev. conc. consom. 1996, n° 93, p.4.

⁹⁸CE, sect., 3 nov. 1997, Société Million et Marais : AJDA 1997, p. 1012, comm. Th. – X. GIRARDO et F. RAYNAUD, p. 945.

En fin, le juge administratif lorsqu'il a rendu les règles de l'ordonnance de 1986 opposables aux conventions de délégation de service public, il a veillé à ce que l'effet et l'efficacité des règles de la concurrence ne soient pas annihilés.

49. L'article 3 du projet de loi libanais sur la concurrence ne fait aucune allusion aux conventions de délégation de service public comme l'a fait le législateur français dans l'article L. 410-1 du Code de commerce. La question de l'applicabilité du droit de la concurrence n'a pas été définie par le projet de loi. Aujourd'hui, et en l'absence de législation libanaise sur la concurrence, les conventions de délégation de service public restent soumises au droit public et relève de la compétence du juge administratif.

Le droit de la concurrence s'applique alors, aux opérations relatives aux structures des entreprises ainsi qu'à leurs comportements. Nous trouvons donc dans le projet de loi de 2007 deux volets, d'une part le droit matériel applicable aux comportements restrictifs de concurrence (dont les développements de la deuxième partie de notre étude lui seront consacrés) et d'autre part le droit procédural (Titre II).

Titre II

Le Conseil de la concurrence et les règles de procédure applicables

50. Afin de pouvoir se soumettre au principe de la liberté de la concurrence il faut un certain ordre économique qui se traduit par l'existence d'une réglementation juridique qui permet de préserver les conditions de la concurrence, notamment d'éviter les opérations de concentrations économiques et les pratiques anticoncurrentielles.

Le projet de loi libanais sur la concurrence a créé une autorité de régulation de la concurrence, « le Conseil de la concurrence » (*article 14 du projet de loi*), en raison, de sa composition et sa fonction déterminées par ledit projet (Chapitre 1), et a défini les règles de procédures relatives à l'enquête, la saisine du Conseil de la concurrence, les décisions, les voies de recours et le pouvoir d'injonction (Chapitre 2).

Le rôle du ministre de l'économie et du commerce est réduit dans le projet de loi libanais sur la concurrence et cela dans un souci de s'écarter de l'interventionnisme étatique dans les affaires de concurrence. L'objectif est sans doute de moderniser l'économie libanaise et de lui permettre de devenir une véritable économie de marché. C'est donc le Conseil de la concurrence qui sera doté de pouvoirs étendus afin de sanctionner les pratiques anticoncurrentielles, l'intervention du ministre restera très limitée.

Chapitre 1 : Le Conseil de la concurrence

Section 1 : La création et l'organisation du Conseil de la concurrence

51. L'article 14 du projet de loi libanais sur la concurrence a créé le Conseil de la concurrence comme référence officielle pour tout ce qui relève des affaires de la concurrence. Bien que ce Conseil n'ait pas encore vu le jour au Liban, en France l'autorité qui veille au libre jeu de la concurrence est ancienne, elle fête aujourd'hui ses 25 ans d'existence, elle a pris différents noms et depuis 2008 elle a pris le nom de « l'Autorité de la concurrence » (article L.461-1 du Code de commerce français).

Il est intéressant de présenter l'évolution de la police de la concurrence en France, mais d'abord nous allons évoquer ce que Bruno LASSERRE, président de l'Autorité de la concurrence, a dit à l'occasion des 25 ans de l'Autorité : « *Que de chemins parcourus en 25 ans... Un chemin jalonné de réformes qui ont permis à la jeune institution de gagner en légitimité et en efficacité, au service de l'intérêt général.* »

En effet, une régulation s'installe en France, de façon progressive depuis 1953. Le décret du 9 août 1953 insère dans l'ordonnance du 30 juin 1945 des dispositions sur les ententes illicites et crée la commission technique des ententes. Ensuite la loi du 2 juillet 1963 étend ses compétences aux abus de position dominante et le nouvel organisme prend le nom de commission technique des ententes et des positions dominantes.

A la fin des années 1970, l'approche politique de la régulation de l'économie, et en particulier de la concurrence, évolue radicalement. Le premier ministre Raymond BARR réduit le champ de contrôle des prix et réforme la place de la concurrence dans l'économie. La loi du 19 juillet 1977 élargit donc les pouvoirs de la commission technique qui devient commission de la concurrence. Cette commission a deux nouvelles attributions : conseiller le gouvernement sur les questions relatives à la concurrence et donner son avis sur les opérations ou les projets de concentration.

Au milieu des années 1980, l'économie française était en retard et se traduisait par des déficits publics importants, une inflation persistante et une croissance faible. L'objectif était sans doute de moderniser cette économie et d'assurer un passage à une véritable économie du marché. Une rupture avec l'interventionnisme étatique s'est produite et cela après l'adoption de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986. Avec cette ordonnance, relative à la liberté des prix et de la concurrence, la commission devient « le Conseil de la concurrence » avec des compétences élargies. Le Conseil est doté du pouvoir de décision pour sanctionner les pratiques anticoncurrentielles. Les entreprises peuvent désormais le saisir directement et le gouvernement doit obligatoirement le consulter sur certains projets de textes réglementaires.

Au début des années 2000, la régulation concurrentielle est affirmée. La loi du 15 mai 2001 sur les nouvelles régulations économiques dite (NRE) est venue renforcer les pouvoirs du Conseil de la concurrence et modifier le contrôle des concentrations et le droit des pratiques anticoncurrentielles.

En 2004, un réseau européen de la concurrence a été créé et qui permet d'organiser la coopération entre autorités de concurrence nationales et la commission européenne. L'ordonnance du 4 novembre 2004 introduit davantage de cohérence avec le droit communautaire.

En 2008, la loi de modernisation de l'économie (LME) crée l'Autorité de la concurrence, ses pouvoirs sont élargis, son indépendance est renforcée. Elle dispose du pouvoir d'initiative en matière consultative et de ses propres forces d'enquête, tout en conservant les attributions antérieures du Conseil de la concurrence.⁹⁹ Grace à l'appui du gouvernement et du parlement, cette réforme majeure a été menée tambour battant : six mois se sont écoulés entre sa

⁹⁹ La réforme en 4 étapes 23 janvier 2008 La commission ATTALI remet son rapport au Président de la République: 316 propositions pour changer la France, dont 4 concernent la mise en place d'une autorité de la concurrence unique et indépendante. 4 août 2008 La loi de modernisation de l'économie (LME) préparée et défendue au Parlement par Christine Lagarde, ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi, est promulguée. Elle prévoit la création d'une autorité unique chargée de veiller au respect de la concurrence. 13 novembre 2008 Le Gouvernement complète la réforme par voie d'ordonnance. 2 mars 2009 Première réunion du collège de la nouvelle Autorité de la concurrence marquant l'entrée en vigueur effective de la réforme.

présentation au Conseil des ministres et sa publication au journal officiel en août 2008.¹⁰⁰

En 2015, la loi n°2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, plus connu sous le nom de loi *Macron*, a donné de nouvelles missions à l'Autorité de la concurrence (articles 35 à 39) et a aménagé les procédures de concurrence (articles 215 à 218). En fait, les nouvelles missions attribuées confirment l'élargissement de son rôle dans la régulation de l'économie française¹⁰¹.

Au Liban, la création d'une autorité officielle de concurrence doit tenir compte de certaines recommandations ; elle doit être indépendante, professionnelle et comprendre un petit nombre de personnel, elle doit aussi être établie comme une entité indépendante administrativement et financièrement pour ne pas tomber dans le risque d'une bureaucratie additive qui peut être sujette à l'interférence des groupes politiques et des groupes d'intérêts, spécialement du point de vue des intérêts économiques¹⁰².

Paragraphe 1 : La nature juridique du Conseil de la concurrence

52. Selon le projet de loi libanais sur la concurrence dans son article 14, le Conseil de la concurrence bénéficie de la personnalité morale et de l'autonomie économique et administrative et selon l'article 16 il bénéficie de même d'une autonomie financière. Cependant, nous ne trouvons pas dans le projet de loi libanais des dispositions qui définissent la nature juridique du Conseil de la concurrence. En revanche le droit français a été plus clair sur cette question.

¹⁰⁰ B.LASSERRE, *La transformation du Conseil de la concurrence en Autorité de la concurrence, clé de voute d'une régulation de la concurrence moderne, juste et efficace*, Journ. Sociétés 2009, n° 61, p.19 et repris in *Aut. Conc.*, Rapport 2009.

¹⁰¹ JCP éd. E et A, 10 sept. 2015, n° 37, dossier n° 1403.

¹⁰² R. NASNAS, *Le Liban de demain vers une vision économique et sociale*, Ed. Dar-Anahar, 1^{ère} édition, 2007, p : 190.

D'abord, le Conseil constitutionnel¹⁰³ a qualifié le Conseil de la concurrence d'*autorité administrative indépendante*, puis lorsque l'Autorité de la concurrence a remplacé le Conseil de la concurrence la qualification n'a pas changé même si désormais, les prérogatives de l'Autorité se sont élargies. L'article L.461-1 c.com. dispose que : « *l'Autorité de la concurrence est une autorité administrative indépendante.* » Elle agit au nom de l'Etat sans relever de l'autorité du gouvernement lors de l'exercice de ses pouvoirs. Elle n'est pas une juridiction ou une « quasi-juridiction » de première instance, puisqu'elle participe d'une politique publique¹⁰⁴.

Le Conseil de la concurrence, tel que défini dans le projet de loi libanais, est doté d'une autonomie économique et administrative, il exerce une action répressive à l'encontre des pratiques anticoncurrentielles et intervient lorsque la concurrence est faussée sur le marché. Le Conseil peut prononcer des sanctions pécuniaires lorsque les dispositions du projet de loi n'ont pas été respectées par les parties. En revanche, le Conseil n'a pas le droit de réprimer les pratiques commerciales déloyales qui relèvent de la compétence du juge judiciaire. Ainsi, le Conseil ne présente pas le caractère d'une institution juridictionnelle. Les décisions rendues par le Conseil de la concurrence ont un caractère de punition et sont des décisions administratives et non juridictionnelles. Donc le Conseil de la concurrence n'est pas une juridiction, c'est un organisme qui remplit une mission qui a pour but la défense d'un ordre public économique.

Paragraphe 2 : Les prérogatives du Conseil de la concurrence

53. Le Conseil de la concurrence est une autorité qui est spécialisée dans l'analyse et la régulation de la concurrence sur l'ensemble des marchés. Son objectif est d'être au service du consommateur et de veiller au libre jeu de la

¹⁰³Cons. const., déc.n° 86-224 DC, 23 janv. 1987 :JurisData n° 1987-606276 ; JCP G 1987, 1, 3300, note DRAGO.

¹⁰⁴CA Paris, 23 sept. 2010; BOCC 22 oct. 2010; Dallozactualité, 5 oct. 2010, obs. CHEVRIER ; JCP E 2010, n° 1895.

concurrence. Le projet de loi libanais lui a attribué des prérogatives qui vont lui permettre d'atteindre ses objectifs.

En France, aujourd'hui et surtout après l'entrée en vigueur de la loi Macron, l'Autorité de la concurrence est pérennisée, mais son action continue de se déployer en empruntant de nouvelles formes (typiques de la *sunshineregulation* ou du contrôle *ex ante*, recherchant l'encadrement *a priori* des comportements et des structures du marché), la faisant ainsi apparaître comme une autorité de régulation économique dotée des pouvoirs les plus complets¹⁰⁵.

Les attributions du Conseil de la concurrence, qui figurent dans le projet de loi de 2007 et celles de l'Autorité de la concurrence, qui figurent dans le Code de commerce français, ont permis à ces deux organes d'exercer trois fonctions : une fonction contentieuse, administrative et consultative.

1- Fonction contentieuse

54. Premièrement, le Conseil de la concurrence exerce « une fonction contentieuse ». Cette fonction est proche de la fonction juridictionnelle. La fonction contentieuse peut se définir comme étant une fonction « d'apaisement des conflits par l'application des normes juridiques en vigueur », fonction qui est indispensable pour « assurer la stabilisation du système »¹⁰⁶.

En France, et en raison des pouvoirs qu'elle tient du Livre IV du Code de commerce, l'Autorité de la concurrence n'a jamais été considérée comme n'exerçant pas une fonction contentieuse.

Cette fonction est en effet la plus importante des attributions du Conseil de la concurrence car d'après l'expérience française, l'Autorité de la concurrence a rendu pas mal de décisions en matière de pratiques anticoncurrentielles et de contrôle des concentrations et cela lui a permis de devenir une autorité de premier plan, disposant des pouvoirs les plus importants.

¹⁰⁵ J.-J. MENURET, *Autorité de la concurrence*, J-Cl Concurrence – Consommation, 1^{er} oct. 2015, Fasc. 60.

¹⁰⁶ J. CHEVALLIER, *Fonction contentieuse et fonction juridictionnelle*, Mélanges M. STASSINOPOULO, LGDJ 1974, p. 275, n° 2.

55. Le projet de loi de 2007 a accordé au Conseil de la concurrence des pouvoirs de décision en matière de pratiques anticoncurrentielles, de contrôle des opérations de concentrations économiques et de sanction très étendus.

D'abord, le pouvoir de décision permet au Conseil de prendre des mesures au cas par cas, c'est-à-dire en fonction de chaque situation contentieuse rencontrée, après saisine des parties concernées.

Ensuite, le pouvoir de contrôle permet au Conseil de s'assurer que les opérateurs économiques ne se livrent pas à des pratiques anticoncurrentielles. Ainsi, pour vérifier et compléter les informations relatives à une possible situation contentieuse, le Conseil de la concurrence est doté d'un pouvoir d'investigation étendu.

Enfin, le pouvoir de sanction permet de mettre fin à des situations contentieuses de manquement à des règles du droit de la concurrence, en prononçant des décisions qui ont un caractère répressif, c'est-à-dire des sanctions. L'article 33 du projet de loi libanais sur la concurrence permet à l'Organisme du Conseil de la concurrence d'infliger des sanctions pécuniaires lorsque les dispositions du projet de loi n'ont pas été respectées.

Nous comprenons donc que la situation contentieuse à laquelle doit répondre le Conseil de la concurrence concerne la question de la violation du droit substantiel des pratiques anticoncurrentielles, tel que défini aux articles 11 et 12 du projet de loi de 2007. C'est ce corps de règles que le Conseil de la concurrence est chargée de faire respecter, qui fonde son domaine de compétence.

2- Fonction administrative

56. Deuxièmement, le Conseil de la concurrence exerce une «fonction administrative ». Le projet de loi de 2007 dans son article 7 a confié au Conseil de la concurrence une mission de contrôle des concentrations économiques et un rôle décisionnel en la matière, ce qui le rend une véritable autorité de régulation des concentrations économiques d'entreprises. En France, depuis 2008, l'Autorité de la concurrence exerce la même fonction de contrôle des opérations de concentration elle doit être notifiée de toute opération de concentration qui dépasse un certain

seuil fixé par la loi et rend des décisions en ce qui les concernent(*articles L. 432-1 et suivant du code de commerce français*).

3- Fonction consultative

57. Troisièmement, le Conseil de la concurrence exerce une « fonction consultative ». Selon le projet de loi de 2007 la consultation du Conseil est facultative et ce dernier n'a pas la faculté de se saisir d'office sur des questions relatives à la concurrence. Il n'existe pas une liste limitative des parties à la saisine du Conseil, les rédacteurs du projet de loi ont voulu, sans doute, permettre à tout intéressé de saisir le Conseil pour déposer une plainte relative à des pratiques anticoncurrentielles ou demander son avis sur une question touchant à la concurrence.

Le droit français, par contre, a énuméré les parties qui peuvent saisir l'Autorité pour toute affaire qui concerne les intérêts dont ils ont la charge: le ministre chargé de l'Économie (*C. com., art. L. 462-5, I*), et les administrés (*C. com., art. L. 462-5, II*), c'est-à-dire les entreprises et les organismes visés au 2^{ème} alinéa de l'article L. 462-1 du Code de commerce (collectivités territoriales, organisations professionnelles et syndicales, organisations de consommateurs agréés, chambres consulaires...). En plus il a permis à l'Autorité de la concurrence de se saisir d'office sur toute question de concurrence (*C. com., art. L. 462-4*)et a permis au Rapporteur général de proposer à l'Autorité de la concurrence de se saisir d'office afin de constater et réprimer les ententes et abus de domination, ainsi que les manquements aux engagements souscrits par les entreprises dans le cadre du contrôle des concentrations (*C. com., art. L. 462-5, III*).

58. Mais il serait souhaitable si les rédacteurs du projet de loi libanais sur la concurrence avaient consacré la faculté d'autosaisine du Conseil de la concurrence et cela dans un souci d'efficacité, à l'instar du droit français qui, d'après son expérience, a amendé la loi en 2008 et a donné à l'Autorité de la concurrence la faculté de se saisir de sa propre initiative pour avis sur « *toute question concernant la concurrence* ». Cette omission dans le projet de loi libanais sur la concurrence pourrait être due à sa date antérieure à la loi sur la modernisation de l'économie de

2008¹⁰⁷ et donc les rédacteurs n'ont pas pu suivre le modèle français sur la saisine d'office du Conseil de la concurrence.

59. Selon l'article 15 du projet de loi de 2007, Le Conseil de la concurrence donne, de sa propre initiative, son avis sur les projets de loi sur la concurrence et propose des projets de loi et des règlements relatifs à la concurrence par l'intermédiaire de son président. Il met en place un système qui permet de donner des informations complètes sur l'activité économique, sa modernisation et son développement. Il mène des études et des recherches nécessaires pour détecter des pratiques anticoncurrentielles. Le Conseil met en place des programmes d'entraînement et doit incarner la culture de la concurrence dans les programmes scolaires tout cela dans le but de divulguer et de renforcer le principe de la concurrence.

60. En France, la consultation de l'Autorité de la concurrence est facultative dans la majorité des cas, elle donne des avis qui peuvent porter sur toute question de concurrence et peuvent être assortis de recommandations visant à l'amélioration du fonctionnement concurrentiel des marchés. Mais elle est obligatoirement consultée par le gouvernement sur certains projets de textes réglementaires, ceux de nature à porter une atteinte grave à la concurrence, par contre la consultation reste facultative sur tout projet de texte général (législatif ou réglementaire) relatif à la concurrence.

Il convient de rajouter que la loi Macron¹⁰⁸ pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, a attribué une nouvelle mission à l'Autorité de la concurrence qui devra désormais être informée de la conclusion des accords de coopération dans le secteur de la grande distribution (nouvel article, *C. com., art. L.462-10*). Cette mesure est destinée à améliorer la surveillance des accords de coopération dans un secteur qui est marqué en France par des rapprochements entre centrales d'achat et de référencement¹⁰⁹.

¹⁰⁷ L. n° 2008-776 du 4 août 2008, entrée en vigueur le 13 nov. 2008, date de la promulgation de l'Ord.n° 2008-1161 portant régulation de la concurrence, JO 14 nov. 2008.

¹⁰⁸ L. 2015-990, 6 août 2015, Titre Ier : Libérer l'activité- Chapitre II : Commerce, JO 7 août 2015, p. 13537.

¹⁰⁹ D. BOSCO, *Nouvelles attributions pour l'Autorité de la concurrence*, La Semaine Juridique - Entreprises et Affaires - n° 37 - 10 sept 2015, dossier n° 1406.

Paragraphe 3 : Les prérogatives du président du Conseil de la concurrence

61.L'article 18 du projet de loi de 2007 a défini le rôle et les responsabilités du président du Conseil de la concurrence (président aussi de l'Organisme du Conseil). Le rôle du président est fondamental au sein du Conseil de la concurrence, pour sa direction et la fixation des grandes orientations de sa politique¹¹⁰.

Le président dispose ainsi d'un certain nombre de prérogatives qui lui sont reconnues de manière propre. Il représente le Conseil en justice et devant toutes les autorités. Dans ce cadre, et même si le projet de loi ne le mentionne pas expressément, il serait opportun qu'il puisse signer les actes et les pièces au nom du Conseil (*par analogie à l'article R. 461-1, al. 1er et 2 du code de commerce français*), être entendu ou consulté par les commissions du Parlement compétentes en matière de concurrence, sur toute question entrant dans le champ de ses compétences et être amené à rendre compte des activités du Conseil à la demande de ces mêmes commissions. Le président peut déléguer certaines de ses attributions explicitement et pour une durée déterminée, à un membre de l'Organisme du Conseil après le consentement de ce dernier, à l'exception des affaires qui lui sont exclusivement attribuées par le Conseil (*projet de loi de 2007 art. 18, al.9*). Il prépare des rapports continus et exceptionnels sur les affaires du Conseil. Il prépare un rapport annuel qui comprend une analyse détaillée de la pratique du Conseil exercée au cours de l'année écoulée, il est adressé au ministre de l'économie et du commerce et une copie est adressée au Conseil des ministres. En France la réforme de 2008 a institutionnalisé la pratique: chaque année, avant le 30 juin, l'Autorité de la concurrence adresse au Gouvernement et au Parlement (et non plus seulement au ministre chargé de l'Économie comme auparavant) un rapport public de son activité (*C. com., art. L. 461-5*). Ce rapport présente une analyse de la pratique suivie, en mettant en relief les apports de l'année écoulée. Donc, selon le projet de loi de 2007, le président n'est pas lié par une date fixe,

¹¹⁰L. PERRIN, *Le président d'une autorité administrative indépendante de régulation*, La librairie numérique, coll. Droit et Science Politique 2014.

comme en France, pour présenter son rapport annuel et ce dernier n'est pas rendu public pourtant, si il le serait, il pourra constituer un outil de travail pour les praticiens du droit de la concurrence.

En France, le président de l'Autorité de la concurrence dispose de nombreux pouvoirs définis par la loi ainsi que des pouvoirs au cours de la procédure de traitement d'une affaire, et la réforme de 2008 lui a rajouté un nouveau pouvoir qui est la faculté de prendre seul certaines décisions en matière de pratiques anticoncurrentielles comme de concentrations (*C. com., art. L. 461-3, al. 4*, dont le champ d'application a été modifié par la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, dite «Macron »). Par ailleurs, en aval de la procédure devant l'Autorité, cette même réforme lui a également reconnu le pouvoir de saisir la Cour de cassation d'un pourvoi à l'encontre des arrêts de la Cour d'appel de Paris annulant ou réformant les décisions de l'Autorité (*C. com., art. L. 464-8*).

Section 2 : La composition du Conseil de la concurrence

62. Les attributions précitées sont exercées par le Conseil de la concurrence qui est composé de l'Organisme du Conseil, du Bureau du rapporteur général des affaires de concurrence, du Bureau technique de la politique des prix et du Secrétariat du Conseil (*Projet de loi de 2007 art. 14 al. 4*).

En France, les attributions de l'Autorité de la concurrence sont exercées par un collège composé de dix-sept membres, dont un président et quatre vice-présidents (*C. com., art. L. 461-1, II*). Participent également à son fonctionnement un rapporteur général, des rapporteurs généraux adjoints, des rapporteurs et, depuis la loi LME du 4 août 2008 (préc. *supra*, no 64), des enquêteurs et un conseiller auditeur (*C. com., art. L. 461-4*).

Paragraphe 1 : L'Organisme du Conseil

63. Selon l'article 17 du projet de loi de 2007, l'Organisme du Conseil est composé de cinq membres : un président, un vice-président et trois personnalités choisies en raison de leur compétence (expertise d'au moins dix ans) en matière économique, ou en matière de concurrence et de consommation. Ces membres, à l'exception du président et du vice-président, sont choisis après l'étude de leur dossier, présenté suite à une annonce publiée dans trois journaux locaux. Le projet de loi ne précise pas la partie qui doit désigner les trois membres de l'Organisme du Conseil, c'est une lacune laissée par les rédacteurs du projet de loi. Il serait opportun dans ce cas que les trois membres de l'Organisme du Conseil soient nommés par décret pris en Conseil des ministres sur proposition du ministre de l'économie et du commerce. Par contre le droit français précise que les membres du collège sont nommés par décret pris sur le rapport du ministre chargé de l'Économie (*C.Com., art. L. 461-1, II*).

Le président de l'organisme du Conseil est, *de facto*, le président du Conseil de la concurrence. Il est assisté par un vice-président, tous les deux doivent être des juges judiciaires et sont nommés par le ministère de la Justice.

En France, le président de l'Autorité de la concurrence est assisté par quatre vice-présidents. Le président est nommé en raison de ses compétences dans les domaines juridique et économique, « après avis des commissions du Parlement compétentes en matière de concurrence »¹¹¹. Les quatre vice-présidents sont, quant à eux, désignés parmi les membres du collège, dont au moins deux parmi les personnalités choisies, d'une part, en raison de leur compétence en matière économique, ou en matière de concurrence et de consommation et, d'autre part, en raison de leurs activités dans les secteurs de la production, de la distribution, de l'artisanat, des services ou des professions libérales. Il faut souligner ici, que dans l'ancien système français (avant la réforme de 2008) le président et les trois vice-présidents devaient être choisis, pour trois d'entre eux, parmi les membres ou

¹¹¹Selon la nouvelle procédure introduite par la révision constitutionnelle du 23 juill. 2008 à l'art. 13, al. 5 de la Constitution, et conformément à la loi organique n° 2010-837 du 23 juillet 2010 relative à l'application du cinquième alinéa de l'art.13 de la Constitution : JO 24 Juill. 2010.

anciens membres des juridictions, donc désormais nous remarquons un recul du nombre de magistrats dans la composition de l'Autorité de la concurrence¹¹². Outre son président, le collège comprend six membres qui sont des membres ou anciens membres du Conseil d'État, de la Cour de cassation, de la Cour des comptes ou des autres juridictions administratives ou judiciaires. Le nouveau collège intègre clairement davantage les représentants de la société civile au détriment de ceux des juridictions, puisque, cinq membres du collège sont désignés en raison de leurs activités dans les secteurs de la production, de la distribution, de l'artisanat, des services ou des professions libérales et cinq autres membres sont choisis en raison de leur compétence en matière économique, ou en matière de concurrence et de consommation (*C. com., art. L. 461-1, II*).

Par ailleurs, afin de garantir la parité hommes-femmes au sein des autorités indépendantes voulue par le législateur¹¹³, l'ordonnance n° 2015-948 du 31 juillet 2015, *relative à l'égal accès des femmes et des hommes au sein des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes*, exige désormais que les membres du collège « *comprennent un nombre égal de femmes et d'hommes* » (*C. com., art. L. 461-1, II, al. 7*).

Cet équilibre réalisé dans la composition de l'Autorité de la concurrence lui confère une autorité et un rôle d'influence et d'expertise en matière de concurrence.

Les cinq membres de l'Organisme du Conseil exercent leur fonction à plein temps et leur mandat est de cinq ans, renouvelable une seule fois par décret pris en conseil des ministres sur proposition du ministre de l'économie et du commerce. En France le mandat des membres du collège est de cinq ans, renouvelable sauf celui du président qui n'est renouvelable qu'une seule fois (*C.Com., art. L. 461-1, III*).

L'Organisme du Conseil se réunit sur convocation de son président ou de son vice-président, en cas de son absence, au moins chaque mois et en cas de nécessité. La réunion est considérée légale par la présence, au moins, de trois membres, entre autre le président ou le vice-président. L'Organisme du Conseil délibère à la

¹¹²E. CLAUDEL, *Concurrence*, RTD com. 2009, n° 1, chron. p. 91 s.

¹¹³L. n° 2014-873, 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes, art. 74, II : J.O. 5 août 2014.

majorité des membres présents. Le président a le droit de demander la participation de certaines personnes aux réunions, s'il trouve que leur présence est importante, sans que ces dernières n'aient le droit de vote.

Le projet de loi de 2007 a attribué à l'Organisme du Conseil la faculté d'instaurer le règlement intérieur du Conseil à condition qu'il soit ratifié par le ministre chargé de l'économie. Nous citerons, à titre d'exemple, le règlement intérieur, adopté le 17 décembre 2009 par l'Autorité de la concurrence en France, afin de mettre en évidence les questions traitées. En effet, le règlement intérieur vise en grande partie à éviter les conflits d'intérêts, mais il traite également de diverses autres questions telles que les saisines, les demandes de mesures conservatoires, la notification des opérations de concentration, les règles relatives à l'instruction et à l'attribution des affaires ou encore les règles de quorum¹¹⁴.

En vertu des attributions accordées par l'article 17 al. 2 du projet de loi de 2007, l'Organisme du Conseil approuve et exécute la stratégie générale de la concurrence préparée par le Conseil de la concurrence. Il est compétent en matière de pratiques anticoncurrentielles et contrôle les opérations de concentration économique et a aussi un pouvoir décisionnel en la matière. Ses décisions sont prises en se basant sur les enquêtes menées par le bureau du rapporteur général ainsi que sur les rapports du Bureau technique de la politique des prix.

Paragraphe 2 : Le Bureau du rapporteur des affaires de concurrence

64. Le Bureau du rapporteur des affaires de concurrence est composé de deux sections mises sous son examen et sa surveillance : une section d'enquête et une section d'études et de recherches. La section d'enquête a pour mission de mener des enquêtes sur les opérations de concentration économiques, les aides étatiques et les pratiques anticoncurrentielles, alors que la section de recherche est chargée de mener des études économiques et juridiques, et donne son avis sur les consultations, les propositions et les amendements juridiques.

¹¹⁴www.autoritedelaconcurrence.fr

Au Liban, le rapporteur est nommé (*projet de loi de 2007 art. 19, al. 4*) par décret pris en Conseil des ministres sur proposition du ministre de l'économie et du commerce, les modalités de sa désignation sont fixées par un décret relatif aux conditions de désignation des membres et des employés du Conseil de la concurrence. Son mandat est de cinq ans. Le projet de loi reste muet quant à la possibilité de renouvellement du mandat et quant aux qualités du rapporteur. Le droit français a été plus précis sur ces points, l'article L. 461-4 C. com. dispose que l'Autorité de la concurrence a des services d'instruction dirigés par un rapporteur général nommé par arrêté du ministre chargé de l'Économie après avis du collège de l'Autorité de la concurrence (ce qui ne va pas nécessairement dans le sens voulu d'un renforcement de l'indépendance de ce personnage clef de l'instruction)¹¹⁵. Son mandat est de quatre ans, renouvelable une fois (*C. com., art. R. 461-3*). Il est choisi parmi les membres du Conseil d'État, les magistrats, les fonctionnaires de catégorie A, et les personnes qui peuvent justifier d'une expérience d'au moins cinq ans dans le domaine du droit de la concurrence et titulaires d'un des diplômes permettant d'accéder à un corps de catégorie A (*C. com., art. R. 461-3*).

65. Le rapporteur (*projet de loi de 2007, art. 19, al. 2 et 3*) exerce son pouvoir de manière indépendante, il est lié à l'Organisme du Conseil et dispose d'un appareil administratif afin de bien mener son travail. Il surveille les pratiques exercées sur le marché et s'assure de leur conformité aux dispositions du projet de loi, il procède à des enquêtes dans les affaires présentées devant le Conseil de la concurrence et procède aussi à des enquêtes, *en amont*, sur les demandes de concentration économiques adressées au Conseil, afin que ce dernier puisse rendre ses décisions. Il joue un rôle consultatif et donne son avis au Conseil sur les questions qui lui sont adressées, prépare des recherches et des études, qui permettent d'éviter les pratiques anticoncurrentielles sur le marché, ainsi que des rapports à la demande de l'Organisme du Conseil.

Comme nous l'avons déjà mentionné, le rapporteur procède à des enquêtes et cela, à la demande de l'Organisme du Conseil de la concurrence ou d'office, lorsqu'il trouve que l'affaire ne respecte pas les dispositions du projet de loi. L'article 21 al.

¹¹⁵ Cons. conc., avis n° 08-A-05, 18 avr. 2008, relatif au projet de réforme du système français de régulation de la concurrence.

2 du projet de loi dispose, que les investigations sont menées par des fonctionnaires de la section d'enquête, liée au rapporteur et à sa demande.

En effet, les rédacteurs du projet de loi libanais se sont rendu compte de la nécessité d'assister le rapporteur dans l'instruction, c'est pour cela qu'ils ont mis à sa disposition des « fonctionnaires de la section d'enquête », mais sans préciser la composition de cette section, le nombre de ses membres, leur qualité, les modalités de leur désignation... Par contre, le législateur français a donné au rapporteur général, qui est à la tête des services d'instruction, la faculté de nommer, par décision publiée au Journal Officiel, les rapporteurs généraux adjoints, les rapporteurs permanents ou non permanents et les enquêteurs des services d'instruction (*C. com., art. L. 461-4, al. 3*). C'est une grande innovation de la réforme de 2008 qui a donné au rapporteur général un nouveau rôle directeur puisqu'il a aussi pour mission d'animer et contrôler l'activité de tous les rapporteurs (*C. com., art. R. 461-3*). Donc la loi française est plus claire quant à la composition des services d'instruction. D'ailleurs les différentes réformes du droit français qui se sont succédées n'ont pas cessé d'accroître les pouvoirs du rapporteur général dans la procédure. En sorte qu'aujourd'hui, le rapporteur général apparaît comme un personnage central de la procédure devant l'Autorité de la concurrence.

Paragraphe 3 : Le bureau technique de la politique des prix

66. Tout d'abord, d'après les dispositions du projet de loi libanais sur la concurrence et d'après le droit français, les prix des biens sont librement déterminés par le jeu de la concurrence.

L'article L.410-2, al.1 du Code de commerce français dispose : « *Sauf dans les cas où la loi en dispose autrement, les prix des biens, produits et services [...] sont déterminés par le jeu de la concurrence.* » Cela veut dire que rien n'interdit au législateur de déroger au principe de la fixation des prix par le libre jeu de la concurrence par des textes spéciaux.

Le projet de loi ne donne pas la faculté au législateur de déroger à ce principe. L'article 4 dispose :*Les prix des produits et des services sont fixés selon les règles du marché et le principe de la libre concurrence.*

Il existe des exceptions à ce principe tant énumérées par l'article 4 du projet de loi libanais sur la concurrence que par les alinéas 2 et 3 de l'article L.410-2 du Code de commerce français.

Au Liban, le projet de loi sur la concurrence a créé un bureau technique de la politique des prix, lié au Conseil de la concurrence, l'article 22 a précisé sa composition et ses compétences.

En effet, il est composé de 11 membres nommés par l'Organisme du Conseil de la concurrence selon les conditions fixées par le décret relatif aux conditions de désignation des agents du Conseil, pris en Conseil des ministres.

Le rôle de ce bureau est de surveiller les prix ainsi que leur variation, étudier les facteurs qui peuvent influencer ces prix et présenter des rapports techniques relatifs à ces études à l'Organisme du Conseil, ainsi que présenter toutes propositions nécessaires à l'adoption d'une politique générale pour la fixation des prix.

Il convient de signaler qu'en France, la loi « Macron » n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, a confié à l'Autorité de la concurrence de nouvelles missions en matière de prix et tarifs et de professions réglementés. L'article L. 462-2-1 du Code de commerce (créé par la loi Macron) prévoit ainsi à son alinéa 2 que l'Autorité de la concurrence peut décider, de sa propre initiative, de rendre un avis "*sur les prix et tarifs réglementés mentionnés [mentionnés, respectivement, au deuxième alinéa de l'article L. 410-2 et à l'article L. 444-1 du Code de commerce]*".

Paragraphe 4 : Le Secrétariat du Conseil de la Concurrence

67. Le secrétariat du Conseil de la concurrence est compétent dans les affaires financières et économiques du Conseil. Il est composé d'un secrétaire, de

deux assistants administratifs et d'un assistant financier, ils sont désignés par l'Organisme du Conseil.

Les fonctions du secrétariat, telles que mentionnées dans le projet de loi libanais sur la concurrence, consistent en la coordination entre toutes les unités du Conseil de la concurrence, la réception et l'inscription de toutes les plaintes et demandes, l'organisation des dossiers et des affaires présentés au Conseil, et la gérance des affaires financières du Conseil ainsi que toute autre fonction qui lui est attribuée par le Conseil de la concurrence.

Chapitre 2 : Les règles de procédure

68. Le respect des règles du projet de loi libanais sur la concurrence nécessite un cadre procédural pour leur mise en œuvre.

En effet, le droit procédural peut être subdivisé en quatre parties que nous regroupons, dans le cadre de notre étude en deux sections. La première partie comprend les règles relatives à la procédure d'enquête, qui dotent les services d'investigation de pouvoirs particuliers et la deuxième concerne les règles relatives à la procédure devant le Conseil de la concurrence régissant la saisine du Conseil et le déroulement de l'instruction, ces deux parties feront l'objet de la section 1 de notre étude. Les dernières parties du droit procédural, relatives d'une part, à la prise de décisions de l'Organisme du Conseil de la concurrence et d'autre part, aux recours contre ces décisions, seront étudiés respectivement dans la section 2. Sera exclue de la présente étude, l'action en dommages et intérêt, contre les pratiques anticoncurrentielles, fondée sur l'article 122 du Code des obligations et des contrats. Cette action n'a rien d'original et est soumise aux règles communes de procédure contenues dans le Code de procédure civile.

Section 1 : La procédure d'enquête

Paragraphe 1 : Les agents compétents et le déroulement de l'enquête

69. Les pratiques anticoncurrentielles sont le plus souvent dissimulées, et afin de pouvoir maintenir une concurrence réelle sur le marché, cela impose la recherche et la constatation de pratiques économiques illicites à travers les enquêtes effectuées par des agents habilités à cet effet.

En France, les enquêtes peuvent être menées sous la forme d'enquêtes simples ou d'enquêtes dites lourdes, sous contrôle judiciaire. Ainsi, les enquêtes sont diligentées par deux catégories d'agents selon l'article L. 450-1 du code de commerce, amendé par l'ordonnance no 2008-1161 du 13 novembre 2008. La première catégorie comprend les agents des services d'instruction de l'Autorité de la concurrence habilités par le Rapporteur général et la deuxième catégorie d'agents comprend les fonctionnaires habilités par le ministre chargé de l'économie (*C. com., art. L. 450-1, II*).

Le Rapporteur général de l'Autorité de la concurrence, en charge des services d'instruction, désigne pour chaque affaire un ou plusieurs agents des services d'instruction aux fonctions de Rapporteur (*C. com., art. L. 450-6*).

Cependant, il devra être informé préalablement au déclenchement des investigations que le ministre de l'économie souhaitera voir diligenter sur des faits susceptibles de relever des pratiques anticoncurrentielles, et pourra, dans un délai fixé par décret, en prendre la direction. Il devra être également informé sans délai du résultat des investigations menées par les services du ministre et pourra, dans un délai fixé par décret, proposer à l'Autorité de se saisir d'office (*C. com., art. L. 450-5*).

Au Liban, d'après l'article 25 du projet de loi sur la concurrence, les enquêtes en matière de pratiques anticoncurrentielles sont diligentées par une seule catégorie d'agents, ce sont les enquêteurs administratifs de la section d'enquête du bureau du Rapporteur des affaires de concurrence¹¹⁶. Le Rapporteur nomme un enquêteur ou plusieurs de la section d'enquête pour rassembler toutes les preuves et faire les investigations nécessaires.

¹¹⁶V. *supra* n°64.

70. Il revient au Rapporteur des affaires de concurrence, après avoir informé directement l'Organisme du Conseil¹¹⁷, de procéder d'office à toute enquête, lorsqu'il trouve, d'après certains indices, que l'affaire est contraire à l'ordre public.

De plus, les plaintes adressées par les parties intéressées auprès de l'Organisme du Conseil sont transférées au Rapporteur qui doit tout de suite mener les enquêtes nécessaires. L'article 21 du projet de loi énumère les affaires qui doivent être sujet d'enquête ;1- les ententes qui limitent la concurrence, 2- l'abus de position dominante, 3- la violation des règles édictées en matière de concentration économique, 4- la non soumission aux demandes du Conseil de la concurrence en ce qui concerne l'obtention d'informations supplémentaires et les délais imparties à cet effet ou lors de la présentation d'informations incomplètes ou erronées, 5- la non coopération avec les enquêteurs, 6- le fait de s'abstenir de payer les amendes ou d'exécuter et de respecter les obligations imposées par l'Organisme du conseil, 7- tout acte contraire aux dispositions du projet de loi.

71. Pour la réalisation des enquêtes, les enquêteurs administratifs disposent de divers pouvoirs prévus à l'article 27 du projet de loi libanaissur la concurrence.

Tout d'abord, ils peuvent procéder aux visites de tous locaux, immeubles, terrains et moyens de transport utilisés par les parties concernées par l'enquête.

En revanche, en France, l'article L.450-3 C.com. permet aux enquêteurs de prendre l'initiative, sans aucune autorisation, d'accéder à tous locaux, terrains ou moyens de transport à usage professionnel. Aucune règle n'impose à l'enquêteur de se conformer aux heures d'ouverture au public de l'établissement, dès lors que son responsable accepte sa présence dans ses locaux en dehors de ces heures¹¹⁸ et l'accès aux locaux privés n'est possible que sous contrôle judiciaire, en outre, la durée des investigations n'est pas prévue par la réglementation, la cour d'appel de Paris a pu dès lors admettre la validité d'une intervention qui a duré trois jours¹¹⁹.

Au Liban, d'après les dispositions du projet de loi sur la concurrence, l'accès aux locaux privés n'est pas nécessairement effectué sous contrôle judiciaire, car en

¹¹⁷V. *supra* n°63.

¹¹⁸Cons. conc. n° 97-D-76 du 21 oct. 1997, Pompes funèbres à Gonesse et dans les communes limitrophes et dans le département du Val-d'Oise, BOCCRF 29 janv. 1998.

¹¹⁹ Idem.

effet l'article 27 a expressément permis aux enquêteurs de visiter tous les locaux, immeubles et moyens de transport de la partie concernée par l'enquête, cela veut dire qu'il n'y a aucune précision quant à la nature privée ou l'usage professionnel des locaux ou des moyens de transport objet de la visite. La durée des investigations est, par contre, prévue par le projet de loi de 2007, elle doit être précisée par le Rapporteur dans son mandat adressé aux enquêteurs avant le déclenchement de l'enquête, elle est de 3 mois renouvelable pour 2 mois supplémentaires par décision motivée du Rapporteur (art. 25 du projet de loi sur la concurrence).

72. Ensuite, les enquêteurs administratifs peuvent accéder et prendre des copies de tous documents relatifs à la personne soumise à l'enquête, des remarques des employés liés à cette personne ainsi que toutes les informations enregistrées dans les ordinateurs ou dans des supports magnétiques. De plus, ils peuvent recueillir des explications orales ou écrites de la part des personnes qui sont en relation avec l'activité de la personne objet de l'enquête ainsi que leur présentation au bureau d'enquête pour rendre leur témoignage. Les enquêteurs administratifs peuvent aussi avoir recours à des experts et à des professionnels pour les besoins de l'enquête.

En France, les agents des services d'instruction peuvent demander la communication de livres, factures et tous autres documents professionnels, et en obtenir ou prendre copie par tous moyens et sur tous supports ainsi que recueillir sur place ou sur convocation des renseignements et des justifications et demander une expertise (*C. com., art. L. 450-3*).

Il faut noter que les documents visés à l'article L. 450-3 sont exclusivement d'ordre professionnel, ce qui exclut donc les documents privés. Le projet de loi de 2007 n'a pas exclu les documents privés puisque l'article 27 dispose que l'accès et l'obtention des copies englobent tous documents de la personne soumise à l'enquête et non seulement les documents professionnels.

La définition de « documents professionnels » est suffisamment vague, cependant, l'ancien Conseil de la concurrence en France, estimait que le droit de communication des documents s'étendait aux documents mixtes : il s'est exprimé en ce sens à propos d'un agenda à caractère professionnel qui comportait des

annotations personnelles¹²⁰. Les enquêteurs peuvent contrôler non seulement les documents officiels comme les livres de compte et les factures, mais aussi les documents non officiels comme les notes internes ou les comptes rendus de réunion.

La nature du support importe peu, tant en droit français que dans le projet de loi de 2007, ainsi « les enquêteurs peuvent utiliser les photocopieurs de l'entreprise, ou obtenir l'impression sur papier de documents enregistrés dans le système informatique de l'entreprise ou encore obtenir une copie sur disquette, le tout sous peine de délit d'opposition à fonction »¹²¹.

Le droit d'exiger la communication de documents ou de recueillir des informations ne peut être limité aux dirigeants de l'entreprise contrôlée. Ce pouvoir peut, par exemple, être exercé à l'égard d'une secrétaire¹²². Au Liban, l'article 27 du projet de loi autorise les enquêteurs administratifs à obtenir des explications orales et écrites de la part des personnes qui sont en relation avec l'activité de la personne objet de l'enquête. La question s'est posée de savoir si le destinataire d'une demande de renseignements pouvait garder le silence. En droit communautaire, la Cour de justice des Communautés européennes a répondu par la négative¹²³.

73. Enfin, les enquêteurs administratifs sont tenus, avant le déclenchement de l'enquête, de présenter, au moment de la visite, le mandat qui leur est adressé par le Rapporteur et qui indique leur compétence, le but de l'enquête et sa durée. En plus les enquêteurs administratifs doivent obtenir pour cette fin l'autorisation du ministère public.

Par contre, en France, les enquêteurs ne sont pas tenus de présenter un mandat établissant l'objet de leur enquête¹²⁴ et l'obligation d'indiquer l'objet de l'enquête n'est pas prévue par le Code de commerce. Contrairement à ce que prévoit le droit communautaire (*l'article 20-3 du règlement du 16 déc. 2002 énonce que le mandat présenté par les enquêteurs doit mentionner « l'objet et le but de l'inspection »*). La

¹²⁰Cons. conc. n° 97-D-39 du 17 juin 1997, Béton prêt à l'emploi, BOCCRF 30 août.

¹²¹LAURENCIE et GIVRY, *Régulation de la concurrence dans la loi NRE*, Bull. act. Lamy droit économique, n° 141, juill. 2001. 1 s.

¹²²Cons. conc. n° 02-D-43 du 2 juill. 2002, SIAERD, BOCCRF 30 sept.

¹²³CJCE 18 oct. 1989, Orkem, aff.C-374/87, Rec. 3351, pt 27.

¹²⁴CA Paris, 14 avr. 1995, BOCCRF 18 mai.

Cour d'appel de Paris estime cependant que le principe de loyauté dans la recherche des preuves s'impose aux enquêteurs habilités à rechercher des pratiques prohibées par le livre IV du Code de commerce¹²⁵ et que cette obligation de loyauté impose aux enquêteurs de faire connaître clairement aux personnes interrogées l'objet de leur enquête. S'appuyant sur cette jurisprudence, l'ancien Conseil de la concurrence a retiré des dossiers les procès-verbaux ne mentionnant pas la base juridique et l'objet de l'enquête¹²⁶.

Paragraphe 2 : L'entrave au contrôle et le refus de communication

74. Il faut noter que l'efficacité des règles de concurrence ne peut être garantie que si les enquêteurs peuvent surmonter toute opposition à leurs activités de contrôle.

Au Liban, l'efficacité des enquêtes repose sur les dispositions de l'article 27 du projet de loi de 2007 qui prévoit qu'en cas d'opposition aux fonctions de contrôle des enquêteurs administratifs, ces derniers peuvent recourir aux forces de sécurité après l'obtention de l'autorisation du ministère public.

En France, l'opposition aux fonctions de contrôle des agents de l'Administration (et des agents d'instruction de l'Autorité de la concurrence) constitue un délit pénal punissable d'un emprisonnement de six mois et d'une amende de 7 500 €, aux termes de l'article L. 450-8 du Code de commerce. C'est le délit d'opposition qui est défini « *comme une obstruction, de quelque nature que ce soit, apportée aux demandes d'un fonctionnaire de contrôle tendant à l'empêcher de procéder aux enquêtes dont il est chargé* »¹²⁷.

Au Liban, nous ne pouvons pas parler de délit d'opposition dans le projet de loi de 2007 car il n'existe pas de dispositions identiques à l'article L. 450-8 du Code de

¹²⁵CA Paris, 26 juin 1992 et 13 avr. 1995.

¹²⁶Cons. conc. n° 00-D-26 du 21 juin 2000, Électrification rurale dans le département des Pyrénées-Atlantiques, BOCCRF 12 sept.

¹²⁷Cass. crim., 24 févr. 2009, n° 08-84.410 :JurisData n° 2009-047349; Contrats, conc. consom. 2009, comm. 151, obs. G. RAYMOND.

commerce, mais, par contre, l'article 33 du projet de loi sur la concurrence autorise l'Organisme du Conseil à infliger des sanctions pécuniaires aux personnes intéressées qui n'ont pas respecté les dispositions du projet de loi, donc il est possible de punir les personnes qui s'opposent à l'enquête sous le fondement de cet article.

Nous citerons quelques exemples sur les formes du délit d'opposition, tels que la dissimulation de documents ou le refus de communication de documents ainsi, le propriétaire d'un hypermarché a été condamné à une peine de 7 000 euros, assortie de trois mois d'emprisonnement avec sursis, pour avoir refusé de produire des documents professionnels tirés du livre journal¹²⁸. L'infraction peut également résulter du refus de se rendre dans les bureaux de l'Administration, sur convocation de ses agents, pour procéder au contrôle des documents qui n'avait pu être réalisé sur place¹²⁹.

Paragraphe 3 : Le rapport d'enquête

75. Conformément à l'article 27, dernier alinéa, du projet de loi de 2007, une fois l'enquête terminée, l'enquêteur rédige un rapport qu'il adresse au Rapporteur qui est tenu du résultat de l'enquête. Cet article n'exige pas l'établissement d'un procès-verbal, il se contente du rapport des enquêteurs administratifs sans préciser sa forme et son contenu ainsi que les personnes qui doivent le signer, de plus, aucune mention n'est faite sur la force probante ou l'effet juridique de ce document. Il ne lie que le Rapporteur et non pas l'Organisme du Conseil, puisque le Rapporteur prépare, à son tour, en se basant sur le rapport des enquêteurs, un rapport adressé à l'Organisme du Conseil contenant ses remarques et ses propositions (*art. 33 du projet de loi sur la concurrence*).

Par contre en France, et conformément à l'article L. 450-2 du Code de commerce, « *les enquêtes donnent lieu à l'établissement de procès-verbaux et, le cas échéant,*

¹²⁸CA Riom, 27 sept. 2007 : Lettre distrib. mars 2008.

¹²⁹Cass. crim. 14 janv. 1991, no 90-80.293 - 19 janv. 2000, no 99-83.045, Bull. crim. n° 37 ; BOCCRF 21 avr. ; LPA n° 63, 29 mars 2001.

de rapports ». Il en résulte donc que la rédaction d'un rapport n'est pas obligatoire alors que l'établissement des procès-verbaux l'est.

En France, selon l'Autorité de la concurrence, le rapport n'est qu'un document de synthèse auquel aucune disposition législative ou réglementaire n'attache une force probante ou un effet juridique particulier ; il ne lie ni le rapporteur ni l'Autorité ; l'avis qui y est exprimé ne préjuge ni des conclusions du rapporteur, soumises à la discussion du contradictoire des parties, ni de la décision de l'Autorité¹³⁰. Ainsi, des déclarations contenues dans un rapport d'enquête, mais non consignées dans un procès-verbal, ne peuvent être utilisées pour établir l'existence d'une pratique anticoncurrentielle¹³¹. La jurisprudence de la Cour de cassation se situe dans la même ligne : « *Il résulte de l'article 46 [...] que le rapport facultatif est dépourvu de force probante* »¹³².

Donc si le rapport revêt une importance limitée en droit français, le procès-verbal reste indispensable. Ainsi, un tableau établi à partir d'informations recueillies par l'enquêteur sans établissement de procès-verbal doit être écarté de la procédure¹³³. Enfin, Les dispositions de l'article L. 450-2 sont complétées par les articles R. 450-1 « *Les procès-verbaux [...] énoncent la nature, la date et le lieu des constatations ou des contrôles effectués. Ils sont signés d'un agent mentionné à l'article L. 450-1 et de la personne concernée par les investigations. En cas de refus de celle-ci, mention en est faite au procès-verbal* ».

¹³⁰Cons. conc. n° 98-D-33 du 3 juin 1998, Marchés publics de voirie et réseaux divers dans le département de l'Hérault, BOCCRF 15 sept. - n° 03-D-07 du 4 févr. 2003, Achat de panneaux de signalisation routière verticale par des collectivités locales, BOCCRF 16 juin.

¹³¹Cons. conc. n° 00-D-26 du 21 juin 2000, Électrification rurale dans le département des Pyrénées-Atlantiques, BOCCRF 12 sept.

¹³²Cass. Com. 10 oct. 2000, n° 98-12.393, LPA 20 déc. 2000, p. 111, obs. Urion, et 29 mars 2001, p. 7, obs. PETITIER.

¹³³Cons. conc. n° 00-D-59 du 6 déc. 2000, Pompes funèbres dans le département de la Seine-Maritime, BOCCRF 30 déc.

Paragraphe 4 : La saisine du Conseil de la concurrence

76. Le Conseil de la concurrence peut être saisi pour statuer sur les pratiques anticoncurrentielles. Cette saisine, pour être recevable, ne doit pas concerner des faits prescrits et doit viser des pratiques entrant dans le champ de compétence du Conseil.

L'article 24 du projet de loi de 2007 énumère les auteurs de la saisine du Conseil de la concurrence ; les parties préjudiciées ou concernées directement, le Rapporteur général, le ministre de l'économie et du commerce, la chambre de commerce, de l'industrie et du travail, les associations professionnelles enregistrées, les syndicaux et les associations de protection des droits des consommateurs et les municipalités et les autres autorités décentralisées.

En France, La saisine de l'Autorité de la concurrence fait l'objet d'une abondante réglementation et jurisprudence. L'Autorité de la concurrence peut être saisie, par le ministre chargé de l'économie, de toute pratique anticoncurrentielle, mais également, depuis l'ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008, de « *faits susceptibles de constituer une telle pratique* »¹³⁴. Le ministre saisit directement l'Autorité de la concurrence de pratiques susceptibles de porter atteinte à l'ordre public économique qu'il estime devoir faire l'objet d'une instruction par les rapporteurs de l'Autorité¹³⁵. L'Autorité peut aussi être saisie par les entreprises ou, pour toute affaire qui concerne les intérêts dont ils ont la charge, par les organismes visés à l'alinéa 2 de l'article L. 462-1 du code de commerce, c'est-à-dire les collectivités territoriales, les organisations professionnelles et syndicales, les organisations de consommateurs agréées, les chambres d'agriculture, les chambres de métiers et les chambres de commerce et d'industrie (*C. com., art. L. 462-5*).

77. La saisine du Conseil de la concurrence est soumise au respect des modalités définies par l'article 25 du projet de loi. Cette saisine est effectuée par l'envoi d'une demande d'investigation qui prend la forme d'une plainte écrite et qui définit les faits et les pratiques restrictives de concurrence, annexée par des

¹³⁴C. com. fr., art. L. 462-5.

¹³⁵Aut. conc. n° 11-MC-01 du 12 mai 2011, Secteur de la livraison de colis.

documents requis par le Conseil de la concurrence, ainsi que tout autre document qui justifie les faits reprochés et cela afin de pouvoir mener les investigations nécessaires.

La saisine de l'Autorité de la concurrence en France est soumise au respect des règles définies par le règlement intérieur du Conseil en date du 29 mars 1988 (plusieurs fois modifié, en dernier lieu le 14 mars 2012). La saisine de l'Autorité est effective par l'envoi d'une lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou par dépôt au bureau de la procédure, en quatre exemplaires. Elle peut être accompagnée de pièces annexes (*C. com., art. R. 463-1, al. 1er*). La saisine doit préciser son objet et le fondement juridique de la demande. De plus, elle doit préciser l'adresse à laquelle les notifications et les convocations devront lui être envoyées et aviser sans délai l'Autorité de la concurrence de tout changement d'adresse par lettre recommandée avec avis de réception (*C. com., art. R. 463-1, al. 2*).

La saisine de l'Autorité de la concurrence s'effectue *in rem*. Elle n'est liée ni par les demandes et conclusions des parties, ni par la qualification juridique des faits par les parties ou l'Administration. « Dès lors qu'elle est saisie *in rem*, l'Autorité de la concurrence n'est pas limitée par les contours de la saisine ou encore par les qualifications juridiques figurant dans le dossier ¹³⁶ ». L'Autorité a donc la possibilité de requalifier les demandes qui lui sont adressées ¹³⁷.

Au Liban, aucune disposition du projet de loi ne lie le Conseil aux demandes et conclusions des parties. D'ailleurs, le Conseil peut considérer la saisine irrecevable après l'examen du dossier.

78. Il convient de rappeler qu'il appartient au Rapporteur général de proposer à l'Autorité de la concurrence de se saisir d'office ¹³⁸ afin de constater et réprimer les ententes et abus de domination, ainsi que les manquements aux engagements souscrits par les entreprises dans le cadre du contrôle des concentrations (*C. com., art. L. 462-5, III*). Alors qu'en droit communautaire la

¹³⁶ Cons. conc. n° 90-D-21 du 20 juin 1990, Synd. d'artistes interprètes, BOCCRF 20 juill. ; Rec. Lamy n° 400, obs. ROTSCHILD-SOURIACR.

¹³⁷ Cons. conc., déc. n° 00-MC-13, 25 juill. 2000, Secteur de l'exploitation des salles de cinéma.

¹³⁸ V. *supra* n° 57.

saisine d'office est très fréquente, elle est rare en droit français¹³⁹. Cependant, en 2010, sous l'effet de la réforme intervenue en 2008, l'Autorité de la concurrence a fortement augmenté le nombre de ses auto-saisines. Selon l'Autorité, ces saisines d'initiative lui permettent « *d'assurer sa mission de pédagogie en matière de concurrence, en émettant des signaux utiles et des recommandations à destination du monde des affaires ou des pouvoirs publics visant à l'amélioration du fonctionnement concurrentiel d'un secteur* » (Rapp. Aut. conc. 2010. 14). Le Conseil d'État a par ailleurs validé la saisine d'office et a validé la non-motivation des décisions d'auto-saisine¹⁴⁰.

Il serait souhaitable d'introduire dans le projet de loi la faculté de la saisine d'office du Conseil¹⁴¹, à l'instar de la réforme du droit français, car il existe un grand intérêt à mettre en œuvre cette procédure¹⁴².

79. Enfin, c'est l'Organisme du Conseil qui examine la recevabilité d'une saisine qui peut ne pas aboutir pour divers motifs.

Ainsi l'Organisme peut rejeter la saisine si les dispositions de la présente loi ne sont pas applicables ou lorsqu'aucune pratique de nature à porter atteinte à la concurrence n'est pas établie. Ainsi, le Conseil ne peut être saisi de pratiques dites restrictives de concurrence (prix discriminatoire, revente à perte, etc.) qui ne résultent pas d'une entente ou d'un abus de domination. Cependant, si ces pratiques restrictives de concurrence émanent d'une entreprise en position dominante, ou si les entreprises qui y recourent se sont entendues, elles relèvent de son champ d'application.

En plus, l'Organisme rejette la saisine, sans décision motivée, lorsqu'il existe une litispendance avec une décision rendue dans l'affaire et lorsque le requérant ne réussit pas à présenter les documents requis pour l'enquête dans les délais impartis. Dans ce dernier cas, si le Conseil pouvait se saisir d'office, il aurait effectué un

¹³⁹ MENURET, *La saisine d'office du Conseil de la concurrence au regard de l'art. 6, paragr. 1er, de la Convention européenne des droits de l'homme*, CCC janv. 2002. Chron. 1, p. 4 s.

¹⁴⁰ CE 21 déc. 2012, req. no 353856.

¹⁴¹ V. *supra* n°50.

¹⁴² Le Conseil de la concurrence avait précisé trois cas dans lesquels il existe un intérêt à mettre en œuvre cette procédure (*Cons. conc., rapp. pour 1989, p. IX*).

examen approfondi de l'affaire, de la situation du marché et des éventuelles pratiques anticoncurrentielles.

Par contre, si toutes les conditions sont réunies, l'Organisme prend une décision motivée pour la mise en place d'une investigation contre les pratiques anticoncurrentielles, puis il transmet le dossier au Rapporteur.

En France, L'Autorité de la concurrence peut rejeter une saisine par décision motivée : lorsqu'elle estime que les faits invoqués ne sont pas appuyés d'éléments suffisamment probants, lorsque les faits invoqués peuvent être traités par le ministre chargé de l'économie en application de l'article L. 464-9 et lorsqu'elle est informée qu'une autre autorité nationale de concurrence d'un État membre de la Communauté européenne ou la Commission européenne a traité des mêmes faits relevant des dispositions des articles 81 et 82 du Traité Instituant les Communautés Européennes.

Section 2 : L'instruction

80. Le droit français de la concurrence a « posé d'emblée la règle cardinale » en affirmant que l'instruction et la procédure devant l'Autorité de la concurrence sont pleinement contradictoires¹⁴³. L'article L. 463-1 du Code de commerce dispose que : « *L'instruction et la procédure devant l'Autorité de la concurrence sont contradictoires* ». La procédure devant l'Autorité de la concurrence est soumise au respect du principe fondamental des droits de la défense. Le respect des droits de la défense implique une information complète des entreprises et suppose également l'octroi de la possibilité aux parties d'un temps suffisant à la préparation de leur défense.

La même règle est consacrée dans le projet de loi de 2007 qui affirme aussi que les droits de la défense des parties sont respectés tout au long de l'instruction et de la procédure. L'article 31 dispose que les parties bénéficient, tout au long de l'instruction et du procès, de tous les droits mentionnés dans le code de procédure

¹⁴³B. DAILLE-DUCLOS, *Le respect du contradictoire devant les autorités administratives non juridictionnelles*, Contrats., conc. consom. 2000, comm. 9.

civil libanais à savoir, l'échange de mémoires, les témoignages ainsi que leur droit de consulter le résultat de l'enquête et de tout autre document relatif à l'affaire.

Cette règle est affirmée par l'article 29 qui consacre la notification des parties du rapport du Rapporteur général et leur donne un délai de 15 jours pour préparer leur défense.

Paragraphe 1: Notification des parties

81. La notification des griefs aux parties est une étape importante de la procédure puisqu'elle ouvre la phase contradictoire¹⁴⁴, elle « cristallise » la procédure¹⁴⁵. Elle mentionne les pratiques reprochées aux parties en cause. En droit français, La notification de griefs (et le rapport du rapporteur)est assurée par le Rapporteur depuis la loi NRE du 15 mai 2001 qui a modifié l'article L. 463-2 du code de commerce.

Cependant, la notification des griefs n'est pas mentionnée expressément dans le projet de loi de 2007. Tout d'abord, l'article 27 précise dans son dernier alinéa, que l'enquêteur doit présenter un rapport au Rapporteur général après avoir terminé son enquête ; puis l'article 26 précise que le Rapporteur général prépare à son tour un rapport comportant ses propositions et avis, tout en se basant sur le résultat des investigations, et le présente à l'Organisme du Conseil ; ensuite l'article 21 dispose que l'enquête et les investigations sont menées après avoir informé directement l'Organisme du Conseil ; et enfin, l'article 29, relatif à la notification, précise que le rapport du rapporteur est notifié aux partie ; donc il résulte de cela que les parties sont notifiées uniquement du rapport du rapporteur et non pas des griefs. Le droit de la défense des parties commence au moment de la notification du rapport du Rapporteur général sans préciser par qui cette notification est faite (contrairement au droit français qui donne cette charge au Rapporteur). L'article 31 précise que les parties bénéficient de ce droit tout au long des investigations (et du procès). Il serait souhaitable alors, que le projet de

¹⁴⁴CA Paris, 12 déc. 2000, BOCCRF 23 janv. 2001.

¹⁴⁵CJCE 11 nov. 1981, IBM, aff. C-60/81, Rec. 2639, pt 18.

loi soit plus précis quant à ce point pour une meilleure garantie du principe du contradictoire.

En effet, la notification des griefs permet, par exemple, aux parties de débattre contradictoirement sur tous les griefs énoncés et permet au Conseil de se déterminer sur une qualification définitive des faits soumis à son appréciation car l'Organisme du Conseil peut être devant des faits qui font, par exemple, l'objet de plusieurs qualifications (une pratique jugée anticoncurrentielle par le Rapporteur pourra par exemple faire l'objet de trois griefs : entente, abus de position dominante et abus de dépendance économique).

En revanche, en droit français, l'Autorité ne peut statuer sur un grief que s'il a fait l'objet d'une notification¹⁴⁶ et elle ne peut non plus requalifier d'office les faits, après la notification aux parties des griefs qui ont été finalement retenus à leur charge¹⁴⁷.

La possibilité de communication des documents, relevant du principe du contradictoire, mentionné à l'article 31 du projet de loi de 2007, se heurte à un autre principe fondamental qui est le secret des affaires. En effet, la protection du secret des affaires des entreprises impliquées dans une procédure a été jugée nécessaire puisque les parties en cause sont le plus souvent des concurrents ou des partenaires économiques, fournisseurs ou distributeurs¹⁴⁸. Ainsi, la consultation de ces documents ne sera possible qu'après l'approbation préalable de la partie en cause. En droit français, la protection du secret des affaires est essentiellement assurée par les articles L. 463-4 et R. 463-13 du Code de commerce.

¹⁴⁶Cons. conc. n° 88-D-16 du 29 mars 1988, Enveloppes de postes de transformation du courant électrique de moyenne tension, BOCCRF 16 avr. ; Rec. Lamy no 312, obs. SELINSKY.

¹⁴⁷CA Paris, 10 déc. 1992, BOCCRF 15 janv. 1993.

¹⁴⁸M.-Ch. BOUTARD-LABARDE, *Secret des affaires devant le Conseil de la concurrence : une surprise négligence*, Gaz. Pal. 4 janv. 1992, p. 1.

Paragraphe 2 : Les pouvoirs d'injonction et de sanction

Le Conseil de la concurrence est doté de pouvoirs importants en matière de pratiques anticoncurrentielles. Ainsi, il dispose des pouvoirs d'injonction et de sanction. En donnant, entre autres¹⁴⁹, ces pouvoirs au Conseil de la concurrence, le projet de loi semble accroître les prérogatives de cette autorité au détriment, si l'on ose le dire, des pouvoirs du ministère de l'économie et du commerce. En se référant au décret n° 6821, décembre 1973, relatif à la lutte contre le monopole, nous remarquons que l'article 1^{er} alinéa e, dispose que le ministère de l'économie et du commerce est compétent pour prendre toutes les mesures nécessaires qui assurent une concurrence saine au profit de l'intérêt économique général et surtout pour assurer la protection du consommateur. Mais il semble que ce texte a une portée générale et que le projet de loi libanais sur la concurrence contient des dispositions spéciales. Ce projet de loi est venu élargir donc les pouvoirs de l'autorité de la concurrence qui est le Conseil de la concurrence. Donc nous sommes devant une rupture avec l'intervention de l'Etat, sans doute l'objectif est de passer à une vraie économie de marché et de moderniser l'économie libanaise.

1- Le pouvoir d'injonction

82.L'Organisme du Conseil peut ordonner aux intéressés, aux termes de l'article 32, de mettre fin aux pratiques anticoncurrentielles dans un délai déterminé et selon des conditions définies. Ainsi, au Liban, le projet de loi sur la concurrence se situe dans la ligne d'autres systèmes juridiques notamment, du système de l'Union européenne¹⁵⁰ et du système français (C.com. art. L. 464-2).

De plus, face à une situation d'urgence nécessitant une intervention rapide, l'Organisme du Conseil peut être amené à prononcer des mesures conservatoires, en attendant de se prononcer au fond. En fait, en droit français, l'article L. 464-1 du Code de commerce autorise l'Autorité de la concurrence de prononcer des mesures conservatoires¹⁵¹, ces mesures « *permettent de solliciter l'Autorité de la concurrence de la cessation d'un trouble résultant des pratiques*

¹⁴⁹V. *supra* n°53 et s.

¹⁵⁰Règl. n° 1/2003 du Conseil du 16 déc. 2002, JOCE, n° L 1, 4 janv. 2003, art. 8.

¹⁵¹Cons. conc., rapp. pour l'année 2007, Études thématiques, n° 47.

*anticoncurrentielles dénoncées et avant que l'Autorité de la concurrence ne statue au fond*¹⁵² ». Ils peuvent être mis en œuvre par toutes les personnes habilitées à saisir le Conseil de la concurrence (la pratique française a démontré que la demande de mesures conservatoires émane surtout d'entreprises s'estimant victimes de pratiques anticoncurrentielles). L'article 28 du projet de loi de 2007, précise que les mesures conservatoires prennent fin lorsque le dommage prend fin. Ce type de mesures ne peut se justifier qu'en cas d'atteinte grave et immédiate à un secteur économique ou à une entreprise et la partie qui demande des mesures conservatoires est amenée à prouver cette atteinte grave et immédiate. La demande de mesures conservatoires peut être présentée à tout moment de la procédure, en France, le Conseil a ainsi admis une demande de mesures conservatoires présentée deux ans après la saisine au fond¹⁵³. Les mesures conservatoires peuvent prendre la forme d'une injonction telle que la suppression de clauses anticoncurrentielles dans un contrat, la modification de dispositions statutaires ou la cessation du dénigrement des concurrents, ou une injonction aux parties de revenir à l'état antérieur ou bien encore, la suspension de la pratique concernée etc. L'article 28 permet ainsi à l'Organisme du Conseil de la concurrence de prononcer des injonctions de ne pas faire, mais aussi de faire. Il prévoit également la publication de la décision de l'Organisme. Ces mesures sont notifiées aux parties concernées. Notons que cet article ne fixe pas un délai qui lie l'Organisme du Conseil pour répondre à une demande de mesures conservatoires, et à la jurisprudence française¹⁵⁴ elle a affirmé que : l'Autorité de la concurrence n'est soumise à aucun délai pour répondre à une demande de mesures conservatoires.

2- Le pouvoir de sanction

83. L'article 32 du projet de loi autorise l'Organisme du Conseil de la concurrence à infliger des sanctions pécuniaires déterminées à l'article 33. Aux termes de cet article, les sanctions pécuniaires sont applicables en cas de violation des dispositions du projet de loi. En droit français de la concurrence, l'article L. 464-2, al. 2 du Code de commerce autorise l'Autorité de la concurrence à infliger

¹⁵²L. IDOT, *Les mesures conservatoires en droit de la concurrence*, RTDE 1993, p. 581.

¹⁵³Cons. conc. n° 92-MC-08 du 14 avr. 1992, Biwater, BOCCRF 30 avr. ; Rec. Lamy n° 488, obs. SELINSKY.

¹⁵⁴Cass. Com. 4 févr. 1997, n° 94-21.233, Bull. civ. IV, n° 41 ; BOCCRF 25 mars.

des sanctions pécuniaires soit immédiatement, soit en cas d'inexécution des injonctions, soit en cas de non-respect des engagements qu'elle a accepté.

Les sanctions doivent être proportionnées à la gravité des faits reprochés et l'Organisme du Conseil doit prendre en considération l'importance du dommage causé à l'économie, à la situation de l'entreprise sanctionnée et à l'éventuelle réitération des pratiques prohibées. Donc les sanctions doivent être déterminées pour chaque entreprise ou organisme et être individuellement adaptées. L'Organisme du Conseil de la concurrence détermine un montant de base et adapte ce montant à la situation individuelle de l'entreprise. Le montant des sanctions pécuniaires est égale à 3 fois le montant du dommage résultant de la pratique anticoncurrentielle, en cas d'impossibilité du calcul de ce montant, le montant ne pourra pas excéder les 10% du montant du chiffre d'affaires hors taxes du contrevenant, réalisé au cours des trois dernières années et au cas où le contrevenant n'a pas d'exercices au cours des trois dernières années, le montant sera calculé selon la dernière année de travail. L'Organisme du Conseil peut diminuer de moitié la sanction pécuniaire si le contrevenant cesse immédiatement les pratiques anticoncurrentielles et prend des mesures nécessaires pour mettre fin à l'influence sur l'économie. Par contre, il peut l'augmenter en cas de réitération de l'infraction et lorsque sa décision n'a pas été exécutée dans les délais fixés, enfin, il peut infliger des astreintes par jour de retard (le projet de loi ne fixe pas le montant de l'astreinte, contrairement au droit français qui fixe l'astreinte à 5% du chiffre d'affaire journalier). Les sanctions sont recouvrées comme des créances de l'État (art. 33, al. 2 du projet de loi).

En France, l'Autorité de la concurrence a publié un communiqué en date du 16 mai 2011¹⁵⁵ qui précise les caractéristiques de sa méthode de détermination des sanctions pécuniaires. Elle détermine d'abord le montant de base de la sanction pécuniaire pour chaque entreprise ou organisme en cause, en considération de la gravité des faits et de l'importance du dommage causé à l'économie, ce montant est ensuite adapté à la situation individuelle de l'entreprise ou de l'organisme en cause.

84. Une exonération totale ou partielle de la sanction est prévue à l'article 35 du projet de loi, et ce à la demande du Rapporteur général, à la partie qui a

¹⁵⁵Aut. conc., communiqué du 16 mai 2011 relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires : Contrats, conc. consom. 2011, comm. 171.

contribué à établir la réalité de la pratique prohibée et à identifier ses auteurs en apportant des éléments d'information dont L'Organisme du Conseil ne disposait pas antérieurement. Mais cette exonération ne peut être accordée si la personne concernée est l'auteur principal de l'infraction (art. 35, al. 2 du projet de loi), cette disposition limite la portée de l'exonération. Il existe en droit français de la concurrence de nouveaux moyens destinés à diminuer, voire à supprimer les sanctions et qui sont les procédures de transaction, d'engagement et de clémence, ainsi le droit français adopte la philosophie du droit communautaire en mettant en place un droit de plus en plus négocié.

85. Il est indispensable de parler des procédures engagées en droit français de la concurrence, et qui sont les procédures dites d'engagement, de transaction et de clémence.

Nous allons nous contenter de les citer de manière brève, car elles ne figurent malheureusement pas dans le projet de loi de 2007, pourtant ces procédures, comme nous allons voir, permettent l'efficacité d'un engagement de respecter les règles de concurrence que d'infliger des sanctions pécuniaires¹⁵⁶ et permettent aussi à l'autorité de concurrence d'assurer sa mission qui consiste à garantir le fonctionnement de la concurrence sur les marchés.

86. Premièrement, en ce qui concerne la procédure d'engagement, et bien l'Autorité de la concurrence en France peut, plutôt que de prononcer des injonctions, préférer accepter des engagements pris par les parties poursuivies pour clôturer une procédure ouverte à leur encontre. Un tel pouvoir a été introduit par l'article 10 de l'ordonnance n° 2004-1173 du 4 novembre 2004 (JO 5 nov.) dans l'article L. 464-2 du code de commerce¹⁵⁷. Celui-ci prévoit en effet que l'Autorité de la concurrence peut « *accepter des engagements proposés par les entreprises ou organismes et de nature à mettre un terme aux pratiques anticoncurrentielles* ». Ainsi, saisie par les principaux syndicats hôteliers et le groupe Accor, l'Autorité de la concurrence a obtenu de Booking.com des

¹⁵⁶P. ARHEL, *Les nouveautés du décret d'application du 30 avril 2002 relatives à la loi NRE*, Contrats, conc. consom. 2002, p. 9.

¹⁵⁷P. ARHEL, *Adaptation du droit national au droit communautaire de la concurrence*, JCP E 16 déc. 2004, n° 51, p. 1857.

engagements substantiels permettant de dynamiser la concurrence entre plateformes de réservation et de redonner aux hôtels des marges de manœuvre tarifaires et commerciales. L'objectif de ces engagements est de renforcer la concurrence entre OTA (Online Travel Agencies) ce qui devrait favoriser une baisse des commissions, redonner davantage de liberté commerciale aux hôtels et renforcer leur pouvoir de négociation à l'égard de Booking.com. ; et Booking.com a déjà exprimé son intention d'étendre ses engagements à l'ensemble des pays de l'espace économique européen¹⁵⁸.

En droit communautaire, la procédure d'engagements¹⁵⁹ a été introduite par le règlement n° 1/2013 (art. 9). Ce texte permet à la Commission de conclure une enquête relative à une pratique anticoncurrentielle en rendant juridiquement contraignants les engagements proposés par l'entreprise en cause. Nous citons la décision de la Commission à l'encontre de Microsoft¹⁶⁰, du 6 mars 2013, qui constitue une première en matière de procédure d'engagements. La Commission européenne a infligé à Microsoft une amende de 561 millions d'euro pour cause de non-respect de ses engagements consistant à proposer aux utilisateurs un écran multi choix leur permettant de sélectionner facilement le navigateur web qu'ils souhaitent.

L'étude de la pratique décisionnelle a révélé que l'Autorité encourage le recours à cette procédure dans la mesure où elle lui permet de traiter plus rapidement des affaires¹⁶¹. Elle offre dans le même temps à l'entreprise mise en cause la possibilité de bénéficier d'une procédure accélérée, permettant de ne pas être condamnée à une sanction pécuniaire et obtenir plus rapidement la clôture de l'affaire.

Si l'Autorité de la concurrence estime que les engagements sont de nature à répondre au problème de concurrence posé par le dossier, elle peut procéder à la clôture, constatant qu'il n'y a plus lieu à agir. Les engagements deviennent alors

¹⁵⁸Cons.conc. n° 15-D-06 du 21 avr. 2015, sur les pratiques mises en œuvre par les sociétés Booking.com B.V., Booking.com France SAS et Booking.com Customer Service France SAS dans le secteur de la réservation hôtelière en ligne.

¹⁵⁹A. TERCINET, *Le laboratoire du droit processuel de la concurrence*, RLC 2012, n°31, p. 182.

¹⁶⁰Com. eur., Communiqué IP/13/196 du 6 mars 2013, Microsoft, COMP/ C-3/39.350.

¹⁶¹V. *infra*. n° 119.

obligatoires et leur non-respect soumis à des sanctions prévues par l'article L. 464-2 du code de commerce.

87. Deuxièmement, la procédure de transaction, (cette procédure était nommée « *la procédure de non-contestation des griefs* » avant la loi n° 2015-990 du 6 août 2015, dite la loi Macron), permet à une entreprise d'obtenir une diminution de la sanction pécuniaire prononcée à son encontre, si elle ne conteste pas les griefs qui lui ont été notifiés, voire si elle prend des engagements. Le Rapporteur général propose à l'Autorité de tenir compte de la non contestation des griefs dans le calcul de la sanction. Suite à la modification de l'article L. 464-2, III du Code de commerce par la loi Macron, le Rapporteur général propose à l'entreprise une transaction « *fixant le montant maximal et minimal de la sanction pécuniaire envisagée* ». Si l'entreprise accepte cette transaction, le Rapporteur proposera à l'Autorité de prononcer la sanction prévue dans les limites fixées par la transaction. Notons qu'afin d'encourager les entreprises à recourir à cette procédure allégée, l'Autorité de la concurrence a publié sur son site internet un communiqué de procédure relatif à la non-contestation des griefs en date du 10 février 2012.

88. Troisièmement, la procédure de clémence permet à une entreprise ayant participé à certaines pratiques anticoncurrentielles d'en informer l'Autorité de la concurrence afin d'obtenir une réduction d'amende ou une immunité¹⁶². Le système de clémence a été introduit dans le droit français de la concurrence par la loi NRE du 15 mai 2001, tout en s'inspirant des expériences d'autres autorités de concurrence. Selon l'article L. 464-2, IV, du code de commerce : *Une entreprise ou un organisme qui, avec d'autres, a mis en œuvre des pratiques d'entente prohibées, telles que prévues par les dispositions de l'article L. 420-1 du Code de commerce, peut obtenir une exonération totale ou partielle des sanctions pécuniaires s'il a contribué à établir la réalité de la pratique prohibée et à identifier ses auteurs en apportant des éléments d'information à l'Autorité de la concurrence ou à l'Administration, qui n'en disposait pas antérieurement.* Cet article institue un système qui permet de tenir compte, dans l'évaluation du montant

¹⁶² C. PAULHAC, *Le nouveau communiqué de l'Autorité de la concurrence relatif au programme de clémence*, La semaine Juridique- Entreprise et affaires, n°43-44- 22 octobre 2015- Concurrence 796, p. 5.

de la sanction, de la coopération de l'entreprise dans la révélation des ententes et des cartels¹⁶³.

D'après la lettre de l'Autorité de la concurrence de juin 2015, n°19, la procédure de clémence permet de démanteler des ententes entre entreprises et le bénéfice de cette procédure est une incitation suffisamment puissante pour briser le secret de ces ententes. Les entreprises impliquées qui coopèrent avec l'Autorité de la concurrence peuvent espérer échapper en tout ou partie à la sanction. L'Autorité accordera une exonération totale des sanctions pécuniaires à l'entreprise qui lui fournira, la première, des éléments de preuve qui lui permettront de faire procéder à des investigations sur une entente dont elle n'a pas connaissance. La crainte d'être dénoncé fragilise le cartel et incite les entreprises à sortir de l'entente le plus tôt possible avec l'espoir d'échapper à l'amende. Notons en dernier que grâce à la clémence, l'Autorité de la concurrence a pu démanteler plusieurs ententes concernant des produits de grande consommation (produits laitiers, produits d'hygiène, d'entretien, lessives, etc.). Nous citons l'affaire du cartel dans le secteur des produits laitiers frais, ce cartel a été démantelé grâce à la procédure de clémence. L'Autorité de la concurrence a rendu une décision le 12 mars 2015 qui condamne pour entente des producteurs de produits laitiers frais. Les pratiques ont été portées à la connaissance de l'Autorité de la concurrence successivement par Yoplait puis par Senagral, qui ont, tour à tour, sollicité le bénéfice de la clémence. Yoplait a été totalement exonéré de sanction en tant que premier demandeur de clémence et échappe ainsi à une amende d'un montant de 44,7 millions d'euros. Senagral, qui encourait une sanction d'un montant de 101,3 millions d'euros, a bénéficié d'une réduction de sanction en tant que demandeur de clémence de rang 2¹⁶⁴.

¹⁶³ P. ARHEL: LPA 1er juin 2001, p. 4 - J.P. DE LALAURENCIE et L. GIVRY, *Loi NRE : Régulation de la concurrence*, suppl. Lamy Droit des Aff. 2001, n° 40.

¹⁶⁴ Décis. Cons. conc. n° 15-D-04 du 11 mars 2015.

Paragraphe 3 : Voies de recours contre les décisions de l'Organisme du Conseil

89. Au Liban, les décisions de l'Organisme du Conseil sont susceptibles de recours devant la Cour d'appel de Beyrouth compétente dans les affaires commerciales. L'arrêt rendu par la cour d'appel est irréversible et n'est susceptible d'aucune voie de recours. Les textes organisant le recours sont les articles 36 et 37 du projet de loi sur la concurrence ainsi que les articles du Code de procédure civile libanais relatifs aux recours. En France, les décisions de l'Autorité de la concurrence sont aussi susceptibles de recours. Le recours a lieu devant la Cour d'appel de Paris. Initialement, les recours, en annulation ou en réformation, contre les décisions du Conseil de la concurrence relevaient de la compétence du Conseil d'État (d'après l'ordonnance du 1er décembre 1986). Cette compétence a été transférée à la Cour d'appel de Paris par la loi no 87-499 du 6 juillet 1987¹⁶⁵. Les textes organisant le recours et ses modalités sont les articles L. 464-7 et L. 464-8 ainsi que les articles R. 464-10 et suivants du Code de commerce.

Les procédures applicables devant la Cour d'appel de Beyrouth sont celles du Code de procédure civile libanais. En France il en est autrement, en effet, l'article R. 464-10 du Code de commerce prévoit que, « *par dérogation aux dispositions du titre VI du livre II du code de procédure civile, les recours exercés devant la cour d'appel de Paris contre les décisions de l'Autorité de la concurrence sont formés, instruits et jugés conformément aux dispositions [des articles R. 464-11 s.]* ». Il en résulte que les règles du code de procédure civile ne sont pas applicables lorsqu'il existe des règles spécifiques dans le code de commerce et que les règles du code de procédure civile auxquelles il n'est pas dérogé sont applicables¹⁶⁶.

1- Les personnes pouvant exercer le recours

90. Au Liban, aux termes de l'article 36 du projet de loi sur la concurrence, *les décisions de l'Organisme du Conseil sont susceptibles d'un recours devant la*

¹⁶⁵D. 1987. 269. - C. com., art. L. 464-1 et L. 464-7.

¹⁶⁶Cass. Com. 14 janv.1992, n° 89-21.462.

cour d'appel de Beyrouth compétente dans les affaires commerciales dans un délai de 30 jours à partir de leur notification aux parties en causes et à partir de leur publication pour les tierces parties. Ensuite l'alinéa 2 précise que les parties en causes, les tierces parties ainsi que le ministre de l'économie et du commerce peuvent introduire un recours contre les décisions de l'Organisme du Conseil devant la cour d'appel.

Le recours est ouvert donc au ministre de l'économie et du commerce¹⁶⁷, qui peut aussi être demandeur ou défendeur au même titre que l'entreprise principale ou les auteurs des pratiques anticoncurrentielles, ainsi qu'aux tierces parties et aux parties en cause, c'est-à-dire à celles dont la réclamation a été déclarée irrecevable ou rejetée, ou celles qui ont fait l'objet d'une injonction ou d'une sanction.

En France, la notion de partie en cause est interprétée de façon stricte. Ainsi, le fait de devoir répondre à des demandes d'information des rapporteurs ne suffit pas à conférer à une entreprise la qualité requise pour agir devant la cour d'appel contre une décision qui ne prononce aucune mesure à son égard¹⁶⁸ ; par ailleurs, la Cour d'appel de Paris, suivie en cela par la Cour de cassation, a précisé qu'une société n'ayant pas saisi elle-même le Conseil, même si elle était à l'origine de la saisine du Conseil de la concurrence n'était pas, partie à l'instance et ne pouvait former un recours devant la Cour contre la décision rendue¹⁶⁹. En fait l'article L. 464-8 du Code de commerce dispose que "*les décisions de l'Autorité de la concurrence mentionnées aux articles L. 462-8, L. 464-2, L. 464-3, L. 464-5, L. 464-6, L. 464-6-1 sont notifiées aux parties en cause et au ministre chargé de l'économie*". Donc seules les parties en cause et le ministre chargé de l'économie (*C. com., art. R. 464-8*) ont la faculté d'exercer un recours contre les décisions de l'Autorité de la concurrence.

La notion de partie en cause est interprétée de façon restrictive, comme nous l'avons déjà mentionné, car le droit français n'a pas mentionné les tierces parties parmi les personnes pouvant exercer le recours. Ainsi, le recours contre les décisions de l'Autorité de la concurrence reste très limité en droit français. Cette

¹⁶⁷V. *supra* n°50.

¹⁶⁸CAParis, 11 mars 2003, Chronopost et a. c/ Ufex et a., BOCCRF 11 juill.

¹⁶⁹CA Paris, 8 nov. 1989 : BOCCRF 18 nov. 1989, p. 275. - Cass. com., 17 déc. 1991, n° 89-21.194 : JCP 1992, IV, p. 68, n° 637.

interprétation stricte n'est pas possible aux termes des dispositions du projet de loi de 2007, car l'article 36 a permis aux tierces parties de recourir contre les décisions de l'Organisme du Conseil.

La question qui se pose est de savoir si l'Organisme du Conseil peut être considéré comme partie à l'instance. Aucune réponse ne se trouve dans le projet de loi de 2007, de même qu'aucune disposition n'interdit l'Organisme de se constituer partie à l'instance. Donc l'Organisme pourra être partie à l'instance et cela lui permettra de présenter ses éventuelles remarques et observations.

En France, l'Autorité de la concurrence, n'était pas considérée comme partie à l'instance d'après l'article R. 464-11 dans sa rédaction initiale. Elle avait néanmoins la faculté de présenter des observations (*C. com., art. R. 461-1*), tant écrites qu'orales¹⁷⁰ puis le décret no 2012-840 du 29 juin 2012 relatif aux recours exercés devant la Cour d'appel de Paris contre les décisions de l'Autorité de la concurrence (JO 1er juill.), a remplacé l'ancien texte de l'article R. 464-1 par une nouvelle disposition prévoyant désormais que : « *L'Autorité de la concurrence est partie à l'instance selon les modalités prévues au présent chapitre* ».

2- Les décisions susceptibles de faire l'objet d'un recours

91. Toutes les décisions de l'Organisme du Conseil sont susceptibles d'un recours à savoir, les décisions relatives au prononcé d'une injonction ou d'une sanction pécuniaire, les décisions de non-lieu à poursuivre la procédure pour absence de violation de la loi, les décisions d'annulation, de suspension ou de cessation des ententes anticoncurrentielles (*article 32 du projet de loi*), ainsi que les décisions relatives aux demandes de mesures conservatoires (*article 28 du projet de loi*) et celles ayant déclaré une saisine irrecevable pour défaut d'intérêt, de qualité à agir et d'absence d'éléments probants.

En France, les décisions susceptibles de faire l'objet d'un recours sont visées aux articles L. 464-7 (mesures conservatoires) et L. 464-8 du Code de commerce.

Les recours contre les décisions de l'Organisme du Conseil sont soumis à un strict délai: il est de 30 jours pour les parties en causes et court à partir de leur notification ; il est de 30 jours aussi pour les tierces personnes et court à partir de la

¹⁷⁰Cass. Com. 21 juin 2011, n° 09-67.793.

publication de la décision de l'Organisme du Conseil, quant au délai pour le recours du ministre de l'économie et du commerce, il n'est pas mentionné. Serait-il de 30 jours aussi et donc à partir de quand commencera-t-il à courir ? En fait, aux termes de l'article 32 alinéa 2 du projet de loi, *les décisions de l'Organisme du Conseil sont notifiées au ministre de l'économie et du commerce et aux parties et sont publiées dans le journal officiel, dans le bulletin de la concurrence et sur l'adresse électronique de Conseil*. Alors par analogie aux parties en causes, le délai pourra être de 30 jours et court à partir de la notification du ministre.

En France les recours contre les décisions de l'Autorité de la concurrence sont soumis aussi à de stricts délais: un mois pour les recours de l'article L. 464-8 (irrecevabilité et rejet en cas d'éléments probants insuffisants, injonctions, sanctions pécuniaires et mesures de publication, ...) et dix jours pour ceux de l'article L. 464-7 (mesures conservatoires) et un mois dans le cas d'un recours contre une décision mixte ; par exemple, une décision rejetant une demande de mesures provisoires et déclarant la saisine partiellement irrecevable¹⁷¹.

Aux termes des articles, 36 du projet de loi sur la concurrence, L. 464-7 et L. 464-8 du Code de commerce, les décisions de l'Organisme du Conseil et de l'Autorité de la concurrence sont notifiées, et cette notification marque le début de l'organisation procédurale du recours.

Le recours formé à l'encontre d'une décision de l'Organisme du Conseil n'est pas suspensif sauf si la cour d'appel décide autrement. En France c'est le même principe (*C. com., art. L. 464-7 et art. L. 464-8*) et la loi a reconnu au Premier Président de la Cour d'appel la faculté d'ordonner le sursis à l'exécution d'une décision lorsque celle-ci est susceptible d'entraîner des conséquences manifestement excessives ou s'il est intervenu, postérieurement à sa notification, des faits nouveaux d'une exceptionnelle gravité¹⁷².

3- Les décisions rendues par la Cour d'appel

92. Les décisions rendues par la cour d'appel de Beyrouth peuvent, rejeter l'appel, annuler totalement ou partiellement la décision de l'Organisme du Conseil

¹⁷¹CA Paris, 12 avr. 2005, Sté Export Press et a., BOCCRF 23 juin.

¹⁷²H. GROS, *Le sursis à exécution en matière de concurrence*, LPA 8 mars 1991, p. 4.

ou réformer la décision quant à l'application des sanctions, l'accord des exonérations et des mesures conservatoires(*article 37 du projet de loi de 2007*). Ainsi, la Cour peut maintenir les sanctions pécuniaires prononcées par l'Organisme du Conseil, ou bien les réduire. Les arrêts de la Cour peuvent également prononcer une suppression pure et simple ou une aggravation des injonctions.

La Cour a la faculté de réformer ou d'annuler la décision de l'Organisme du Conseil de la concurrence. La demande en annulation entraîne l'obligation pour la Cour d'apprécier la légalité de la décision et le respect des règles de procédure¹⁷³. Quant à la réformation, elle suppose une nouvelle appréciation des éléments du dossier sur le fond en fait et en droit.

La Cour d'appel a la faculté d'ordonner une expertise s'il s'avère nécessaire ou à la demande des parties (*article 36, al. 3 du projet de loi de 2007*).

L'arrêt de la Cour d'appel de Beyrouth n'est susceptible d'aucun recours, il est irréversible (*article 37, al. 2 du projet de loi de 2007*). Par contre en France, les arrêts de la Cour d'appel de Paris peuvent faire l'objet d'un pourvoi en cassation dans le délai d'un mois (*C. com., art. L. 464-8*). Ce pourvoi est ouvert aux parties à l'instance devant la Cour d'appel de Paris. Le ministre chargé de l'économie peut également, « dans tous les cas », former un pourvoi en cassation. Le président de l'Autorité de la concurrence peut également, depuis l'ordonnance du 13 novembre 2008 former un pourvoi contre l'arrêt de la cour d'appel de Paris ayant annulé ou réformé une décision de l'Autorité (*C. com., art. L. 464-8*), possibilité qui avait été revendiquée par le Conseil de la concurrence¹⁷⁴.

¹⁷³CA Paris, 16 nov. 2004 : JurisData n° 2004-257545. - annulation Cons. conc., déc. n° 96-D-65, 30 oct. 1999, Marchés publics dans le secteur des travaux routiers, du terrassement, des canalisations et de l'assainissement dans le département du Var.

¹⁷⁴Cons. conc., avis, n° 08-A-05.

Deuxième partie :

Le contrôle des concentrations économiques et la sanction des pratiques anticoncurrentielles: deux aspects cruciaux du droit de la concurrence

93. Le droit de la concurrence est construit autour de 3 axes majeurs : l'interdiction des ententes anticoncurrentielles, l'interdiction des abus de position dominante et le contrôle des concentrations.

Le contrôle des concentrations n'est qu'un contrôle des structures et il s'oppose à la sanction des pratiques anticoncurrentielles qui n'est qu'un contrôle des comportements.

Le contrôle des concentrations se fait *a priori*, c'est-à-dire un contrôle du projet de concentration (Titre I) alors que le contrôle des pratiques anticoncurrentielles (les ententes illicites et les abus de position dominante) se fait *a posteriori*, c'est-à-dire sur un comportement déjà adopté (Titre II).

Les frontières qui séparent les trois disciplines semblent bien tracées et la jurisprudence française a apporté des solutions à certains problèmes de frontière qui sont apparus. À titre d'exemple, il résulte d'un arrêt de la Cour d'appel de Paris en date du 28 juin 1994, cité par l'ancien Conseil de la concurrence¹⁷⁵ que les procédures relatives au contrôle des ententes et au contrôle des concentrations sont différentes et inconciliables entre elles.

Ces trois disciplines ont été règlementées par le projet de loi libanais sur la concurrence, publié au JO n°77 du 7 décembre 2007.

¹⁷⁵ Décis. Cons. conc. n° 99-D-04 du 19 janv. 1999, BOCCRF 12 mai. - Le pourvoi contre cet arrêt a été rejeté : Com. 26 nov. 1996, n° 94-20.055, Bull. civ. IV, n° 291.

Titre I

Le domaine du contrôle des concentrations économiques

94. Le contrôle des concentrations économiques est né d'un besoin qui est celui de réguler les phénomènes de croissance économique et l'évolution structurelle des entreprises ¹⁷⁶. En France et au niveau de la communauté européenne, ce contrôle, apparu sous forme de législation spécifique, est relativement récent. Il y a eu une évolution durant ces vingt dernières années et cela montre que le contrôle se développe et devient de plus en plus effectif.

En France, le contrôle des concentrations est régi par les articles L. 430-1 à L. 430-10 du Code de commerce.

En Europe, c'est le règlement n° 4064/89/CEE du Conseil du 21 décembre 1989 (*JOCE*, n° L 395, 30 déc.), abrogé et remplacé par le règlement n° 139/2004/CEE du Conseil du 20 janvier 2004 qui régit les concentrations économiques.

Aux Etats-Unis, le contrôle des concentrations fut précoce par l'adoption du *Clayton Act* en 1914 qui permet de détruire *a posteriori* des concentrations dolosives. Depuis 1976, toutes les opérations de concentration d'une certaine dimension doivent être soumises à la *Federal Trade Commission* et au *Department of Justice*¹⁷⁷

Au Liban, le projet de loi sur la concurrence a consacré une partie à « la concentration économique » (section B, articles 6 à 10), il définit les opérations de concentrations, régit la matière tout en imposant une notification préalable et soumet les concentrations au contrôle du Conseil de la concurrence.

Il convient donc, avant d'étudier le contrôle des concentrations économiques, de préciser qu'est-ce qu'une opération de concentration économique (Chapitre 1) pour ensuite aborder la question de la procédure devant le Conseil de la concurrence (Chapitre 2).

¹⁷⁶P. ARHEL, *Concentrations*, Dalloz, Répertoire de droit commercial, sept. 2013.

¹⁷⁷F. SOUTY, *La politique de la concurrence aux Etats-Unis*, Puf, coll. « Que sais-je ? », 1995.

Chapitre1 : La notion de concentration économique

95. La concentration économiques est définie comme étant «l'opération juridique résultant généralement d'une entente conclue entre deux ou plusieurs entreprises ou entre des groupes d'entreprises qui, soit par voie de fusion, soit par le jeu de contrôle qu'exercent certains de leurs dirigeants, soit encore par des prises de participations dans leur capital respectif ou par la création d'une entreprise ou d'un groupement commun ou de toute autre manière, parvient à contrôler tout ou partie de l'ensemble de ces entreprises et donc les activités économiques qu'elles exercent »¹⁷⁸.

Le projet de loi libanais sur la concurrence définit dans son article 6 la concentration économique comme étant: *toute opération visée par deux ou plusieurs personnes antérieurement indépendantes à unifier ou à fusionner leurs travaux en tout ou en partie et cela à travers des opérations d'achats ou de ventes ou de projets communs ou d'administration communes.* L'article ajoute aussi :*toute opération visée par une ou plusieurs personnes, qui dirigent au moins une société, à diriger une autre société, dans ce cas sera considérée comme concentration économique, toute influence, directe ou indirecte, exercée par une personne sur les décisions professionnelles d'une autre personne soit par voie d'achat d'actions, d'obligations ou d'actifs par l'intermédiaire de moyens contractuels ou par l'obtention d'un droit de vote dans les assemblées ou par tout autre moyen.*

En effet l'article L.310-1 du Code de commerce français définit la concentration économique comme suit : « *une opération de concentration est réalisée 1° lorsque deux ou plusieurs entreprises antérieurement indépendantes fusionnent et 2° lorsqu'une ou plusieurs personnes détenant déjà le contrôle d'une entreprise au moins ou lorsqu'une ou plusieurs entreprises acquièrent, directement ou indirectement, que ce soit par prise de participation au capital ou achat d'éléments d'actifs, contrat ou tout autre moyen, le contrôle de l'ensemble ou de parties d'une ou plusieurs autres entreprises* », il ajoute que « *la création d'une entreprise commune accomplissant de manière durable toutes les fonctions d'une entité*

¹⁷⁸www.dictionnaire.juridique.com

économique autonome constitue une concentration » et que « le contrôle découle des droits, contrats ou autres moyens qui confèrent, seuls ou conjointement et compte tenu des circonstances de fait ou de droit, la possibilité d'exercer une influence déterminante sur l'activité d'une entreprise et, notamment, des droits de propriété ou de jouissance sur tout ou partie des biens d'une entreprise [...] des droits ou des contrats qui confèrent une influence déterminante sur la composition, les délibérations ou les décisions des organes d'une entreprise ».

Cette définition de la concentration est identique à celle figurant à l'article 3 du règlement de 2004 (n° 139/2004/CEE du Conseil du 20 janvier 2004).

Nous remarquons que le projet de loi libanais dans sa définition des concentrations économiques, s'est inspiré de la définition donnée par l'article L. 430-1 du Code de commerce français, car les termes des deux articles se rapprochent. Or le projet de loi libanais sur la concurrence a utilisé dans son article 6 le terme « personne » comme auteurs des opérations de concentration tandis que l'article L. 430-1 du Code de commerce français a employé le terme « personne » au point I, 2° alors qu'au point I, 1° il évoque le terme « entreprise ».

96. La notion de personne comprend les personnes morales de droit privé, les organismes de droit public, y compris l'État lui-même, et les personnes physiques. Les prises de contrôle réalisées par des personnes physiques ne sont susceptibles de réaliser une concentration que si ces personnes exercent des activités économiques pour leur compte propre ou si elles contrôlent au moins une autre entreprise avant l'opération. Alors que la notion d'« entreprise »¹⁷⁹ comprend toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement, l'activité économique étant entendue comme consistant à offrir des biens et des services sur le marché. L'utilisation du terme « personne » par les rédacteurs du projet de loi libanais, traduit leur volonté d'élargir le champ d'application du contrôle des opérations de concentrations économiques.

La définition des opérations de concentrations a été exprimée sans doute en termes très compréhensifs, tant en droit français qu'en droit européen que dans le projet de loi libanais sur la concurrence, car l'objectif est le même c'est de pouvoir

¹⁷⁹V. *supra* n°19.

exercer un contrôle *a priori* contre les comportements anticoncurrentiels des entreprises du fait de l'accroissement de la puissance de marché engendré par la concentration. Donc la définition donnée par le projet de loi libanais et par la loi française a vocation à englober toutes les formes de concentrations et à atteindre tous les actes susceptibles de conférer la domination d'une entreprise.

Ainsi après avoir défini l'opération de concentration, le projet de loi sur la concurrence au Liban et la loi française ont imposé un contrôle sur ces opérations tout en déterminant d'une part l'autorité compétente pour exercer ce contrôle et d'autre part la procédure à suivre.

Section 1 : Le principe de contrôle des concentrations

97. Le contrôle des concentrations vise l'acte par lequel une autorité (le Conseil de la concurrence selon le projet de loi libanais sur la concurrence et l'Autorité de la concurrence en France) examine les rapprochements de deux ou plusieurs entreprises, jusqu'alors autonomes impliquant un accroissement de leur pouvoir additionné de marché, au regard des effets de ce changement structurel sur les marchés concernés.

Le contrôle des concentrations équivaut alors à une sanction anticipée des abus, selon l'adage « *Mieux vaut prévenir que guérir* »¹⁸⁰.

Paragraphe 1 : La réglementation du contrôle des concentrations

1- Notion préliminaire

98. Le contrôle des concentrations a été mis en place en France par une loi du 19 juillet 1977 mais il fut peu effectif car cette loi n'obligeait pas les entreprises à notifier leurs concentrations et le ministre de l'économie n'exerçait pas son

¹⁸⁰M.-A. FRISON-ROCHE et M.-S. PAYET, *Droit de la concurrence*, Préc. Dalloz 2006, n° 327, p. 288.

pouvoir d'interférer dans le projet de concentration pour l'interdire. Par la suite le droit a évolué en adoptant des dispositifs plus effectifs.

En France, la loi NRE du 15 mai 2001 est venue modifier le contrôle des concentrations en imposant une notification obligatoire et en clarifiant les seuils applicables. Cette loi conserve la compétence du ministre chargé de l'économie pour apprécier la concentration, mais par la suite, il y a eu un soucis de dynamiser l'économie française en levant les contraintes sur sa productivité et sa compétitivité, donc sur sa capacité à créer des emplois et sur sa richesse. C'est pour cela qu'une commission a été installée en août 2007 par le chef de l'Etat et qui est la commission pour la libération de la croissance française, sous la présidence de Jacques Attali et qui a pour mission de trouver des moyens afin de rendre, comme nous l'avons précité, l'économie plus dynamique.

La commission a remis un rapport en janvier 2008 où elle a proposé des moyens qui rendent les marchés plus libres et mieux réglés. Ainsi est apparue la loi, n° 2008-776 du 4 août 2008, de modernisation économique (J.O. 5 août 2008) qui a prévu d'instaurer une Autorité de la concurrence. Avec cette réforme l'Autorité de la concurrence se voit attribuée des compétences accrues, notamment l'attribution des compétences décisionnelles en matière de contrôle des concentrations (articles L. 432-1 et suivants du Code de commerce français) qui se trouvaient entre les mains du ministre chargé de l'économie en 1986 comme en 2001¹⁸¹. Mais il faut noter que le rôle du ministre de l'économie n'a pas complètement disparu du système de contrôle puisque l'article L. 430-7 lui conserve un pouvoir d'évocation en la matière. De même que la loi du 4 août 2008 a abaissé les seuils de chiffre d'affaire au-delà desquels une opération doit être soumise au contrôle, pour les opérations qui concernent le commerce au détail et pour les opérateurs actifs dans les départements d'outre-mer. Sans oublier la loi du 6 août 2015 (loi Macron)¹⁸² qui a apporté quelques ajustements à la procédure de contrôle des concentrations.

En droit communautaire le système s'est amélioré après le règlement du 20 janvier 2004 qui a modifié le droit européen et a permis l'accroissement de l'articulation

¹⁸¹V. *supra* n° 51.

¹⁸²L. 2015-990, 6 août 2015, Titre II : Investir- Chapitre IV : Simplifier – Section II : Procédure de l'Autorité de la concurrence : JO 7 août 2015, p. 13537.

entre contrôles nationaux et communautaires et le règlement du 7 avril 2004 a renouvelé les lignes d'application en la matière.

99. Le projet de loi libanais sur la concurrence a, pour sa part, soumis les opérations de concentration au contrôle préalable du Conseil de la concurrence (article 7) et le ministre de l'économie et du commerce (articles 2 al.j et 7 al.2) a la faculté de donner ses éventuelles remarques sur les opérations de concentrations au Conseil de la concurrence mais il n'intervient pas directement dans le contrôle, son rôle reste limité et indirecte¹⁸³. Donc le projet de loi a directement donné le contrôle des concentrations à l'autorité de concurrence qui est le Conseil de la concurrence, il n'a pas suivi le modèle français en vigueur au moment de la rédaction du projet de loi libanais (avant la réforme de 2008).

2- Les lignes directrices de l'Autorité de la concurrence sur le contrôle des concentrations

100. Comme nous l'avons déjà précité, la réforme du contrôle des concentrations en droit français a suivi l'une des propositions du rapport « Atteli » : « l'innovation principale est le transfert partiel du contrôle à l'Autorité de la concurrence.»

En effet, l'Autorité de la concurrence a publié des lignes directrices relatives au contrôle des concentrations, dans lesquelles elle précise son interprétation des nouveaux textes. L'Autorité a publié le 10 juillet 2013 le texte finalisé de ses nouvelles lignes directrices relatives au contrôle des concentrations¹⁸⁴.

Elles apportent une plus grande sécurité aux entreprises par la clarification des tests de marchés dans l'appréciation des effets des opérations et un renforcement sensible de l'analyse économique, elles clarifient tout de même, les procédures de notification en encourageant les pré-notifications et favorisant les procédures simplifiées¹⁸⁵ en ouvrant notamment, dans l'intérêt des entreprises, la possibilité de

¹⁸³V. *supra* n° 50.

¹⁸⁴Site de l'Autorité : www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/ld_concentrations_juill13.pdf.

¹⁸⁵ Lignes directrices publiées le 16 décembre 2009, remplacées par celles publiées le 10 juillet 2013. V. C. *et* C. VILMART : Contrats, conc. consom. 2013, étude 13. – D. REDON et S. NASSER EL DINE: D. 2013, chron. p. 2540.

déposer un dossier de notification simplifié pour les opérations ne posant a priori pas de problèmes, bien qu'étant au-dessus des seuils de notification.

Nous allons nous contenter dans cette partie de citer les lignes directrices à titre de réforme du contrôle des concentrations en droit français, pour développer, par la suite, le contenu des lignes directrices qui touchent notamment à la procédure de contrôle, dans la partie consacrée aux questions de procédure de notre étude.

Paragraphe 2 :Objectif du contrôle des concentrations

101. La question qui se pose est de savoir pourquoi faut-il contrôler un changement de structure dans la répartition des parts d'un marché entre les entreprises en compétition ?

C'est vrai que le contrôle *a priori* a pour objectif d'interdire d'éventuelles pratiques anticoncurrentielles sur le marché¹⁸⁶, mais ce n'est certainement pas le seul objectif poursuivi. En fait cette intervention *a priori* devait être perçue d'un point de vue très optimiste dans la mesure où il faut prendre en considération que le résultat du contrôle doit aller dans le sens de l'autorisation car la montée en puissance de l'entreprise n'est pas mauvais en lui-même. Ensuite, le changement structurel d'un marché est une occasion pour les autorités, non seulement de prévenir sa détérioration, mais aussi d'encourager et de favoriser son amélioration tout en poussant la structure du marché à aboutir à des résultats et des effets plus positifs ; par exemple en obligeant les entreprises à prendre des engagements en échange de l'autorisation qui sera accordée par l'Autorité de la concurrence en France et le Conseil de la concurrence au Liban.

¹⁸⁶CE, 9 avr.1999, *Coca-Cola company*, op.cit.n° 28.L'acquisition d'Orangina par le groupe Coca-Cola aurait dû conférer à celui-ci un quasi-monopole sur le marché de la consommation hors foyer en ce qui concerne les colas et les boissons gazeuses au goût d'orange ou de citron. Qui dit monopole dit hausse de prix, réduction de la quantité échangée et finalement inefficacité sociale. Le projet de concentration portait une atteinte trop importante à la concurrence et les intéressés devaient y renoncer.

Cela explique que le contrôle des concentrations peut alors constituer un renouveau d'une politique de la concurrence, voire d'une politique industrielle¹⁸⁷.

Afin de mieux comprendre la volonté du législateur français et des rédacteurs du projet de loi libanais sur la concurrence quant à l'objectif du contrôle, nous allons présenter les concentrations susceptibles d'être soumises au contrôle ainsi que le seuil fixé par la loi, à partir duquel une opération devrait obtenir une autorisation préalable.

Section 2 :La dimension de la concentration

102. Pour que le contrôle des concentrations puisse être appliqué convenablement, il faut que l'entreprise qui opère une concentration ait une certaine dimension parce qu'en effet les petites concentrations bénéficient d'une présomption d'innocuité, elles ne sont pas nocives car elles n'entraînent pas un risque de domination d'un marché ; de ce fait, la réglementation sur le contrôle des concentrations ne leurs sera pas applicable.

La dimension de l'entreprise se définit par le système de seuils. Nous allons donc voir, dans un premier temps quel est le seuil fixé par la loi (Paragraphe 1), puis nous verrons, par la suite, quelles sont les entreprises qui sont concernées par le droit des concentrations (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 :Le seuil déterminé par la loi

103. Le projet de loi libanais sur la concurrence a retenu un système de seuils en-deçà duquel le contrôle est inapplicable. Il a adopté, ce que le droit français a désormais abandonné, le calcul du seuil en parts de marché pour pouvoir effectuer

¹⁸⁷B.LASSERRE, *La nouvelle régulation de la concurrence*, RLC 2009/20, n° 1448.

le contrôle des concentrations. L'article 7 (relatif aux procédures de notification des opérations de concentrations économiques) dispose : *Toute personne souhaitant faire une opération de concentration économique qui dépasse les 40% de la part du marché dans un secteur déterminé est tenue de notifier le Conseil de la concurrence et d'obtenir son autorisation { ...}*.

Quant au droit français, il a aussi adopté un système de seuil qui a fait l'objet de réforme en trois temps. Tout d'abord, la loi n° 85-1408 du 30 décembre 1985 a mis en place un seuil unique de contrôle fixé à 25% des ventes ou des achats réalisés au cours de l'année civile précédente sur le marché considéré. Dans un deuxième temps, l'article 38 alinéa 2, de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 a repris cette solution en la complétant par un deuxième seuil exprimé en chiffre d'affaires et enfin la loi NRE du 15 mai 2001 est venu abandonner le seuil de part de marché pour le remplacer par le seuil de chiffre d'affaire.

104. Mais le seuil en parts de marché¹⁸⁸, fixé à 40% dans le projet de loi de 2007, peut s'avérer compliqué à déterminer et subjectif, car si nous prenons l'exemple des produits substituables, leur détermination se fera par le recours à des jugements subjectifs portés sur les caractéristiques des biens et leurs conditions de commercialisation et d'usage¹⁸⁹, donc le problème le plus important c'est de pouvoir tracer les limites du marché dont nous voulons mesurer la concentration.

Si nous nous référons au rapport sur la concurrence libanaise qui a été établi à la demande du ministre de l'économie et du commerce¹⁹⁰ et qui a présenté une étude préliminaire ou un plan pour établir une loi sur la concurrence au Liban ; et bien ce rapport propose de se référer à des ratios de concentration. En fait, selon ce rapport, la concentration est considérée comme une caractéristique structurelle qui se réfère généralement à la part des ventes des plus grands, un, trois ou cinq ou n'importe quel petit nombre de vendeurs ou de marchands dans un marché de production spécifique. Les ratios de concentration (concentration ratios CR) ont été utilisés pour les plus grands, quatre, cinq et même huit vendeurs ou marchands aux Etats-Unis, représentés respectivement par CR4, CR5 et CR8. Ce rapport ajoute que les ventes sont la variable la plus largement utilisée dans les mesures de

¹⁸⁸V. *infra* n° 138.

¹⁸⁹ V. SÉLINSKY, obs. Rec. Lamy n° 799.

¹⁹⁰ Consultation and Research Institute, op.cit.20.

concentration, et elle est aussi la seule possible dans le cas du Liban, suivant la disponibilité des données de la taxe sur la valeur ajoutée. Il précise que le processus pour définir les limites du marché commence avec le Standard international de classification industrielle des Nations Unis pour toutes les activités économiques (United Nations International Standard Industrial Classification of All Economic Activities ISIC Revision 3). Donc nous pouvons comprendre la raison pour laquelle les rédacteurs du projet de loi libanais ont adopté dans l'article 7, le seuil de parts de marché.

De toute façon le projet de loi ne définit pas les modalités de calcul des parts de marché, cette appréciation, sera donc laissée au Conseil de la concurrence qui adoptera un certain nombre de critères (pourquoi pas ceux avancés dans le rapport) afin de pouvoir aboutir à un résultat objectif.

105. Le droit français adopte aujourd'hui, comme nous l'avons déjà dit, les seuils de chiffres d'affaires, à l'image du droit communautaire. L'article L.430-2 du code de commerce français soumet les opérations de concentration au contrôle si 3 conditions sont réunies : 1^o-Le chiffre d'affaires mondial des entreprises parties à la concentration supérieur à 150 millions d'euros. 2^o-Le chiffre d'affaires réalisé par deux au moins des entreprises supérieur à 50 millions d'euros (le seuil national était fixé à 15 millions d'euros avec la loi NRE de 2001, ce seuil a été jugé particulièrement bas et il en est résulté un grand nombre de notifications qui n'avaient pas d'impact significatif sur le marché, donc pour en réduire le nombre des notifications le seuil a été élevé à 50 millions d'euros) 3^o- La commission n'est pas compétente pour examiner l'opération sauf en cas de renvoi total ou partiel de l'opération aux autorités françaises. En ce qui concerne les modalités de calcul du chiffre d'affaires, et bien l'article L. 430-2 du code de commerce renvoie à l'article 5 du règlement (CE) du conseil no. 139/2004 du 20 janvier 2004 et le chiffre d'affaire au sens de cet article comprend : « *Les montants résultant de la vente de produits et de la prestation de services réalisées par les entreprises concernées au cours du dernier exercice et correspondant à leurs activités ordinaires, déduction faite des réductions sur vente, ainsi que de la [TVA] et d'autres impôts directement liés au chiffre d'affaires* ».

Il faut noter que l'article L. 430-2, II, a prévu des seuils plus bas dans le secteur de la distribution (le seuil mondial est de 75 millions d'euros et le seuil national de 15

millions d'euros). La première application de l'article L. 430-2, II, a été faite pour une concentration réalisée dans le secteur de l'automobile¹⁹¹. Il faut, comme condition, que le seuil de 15 millions d'euros soit réalisé dans le secteur de commerce de détail. Sont assimilés traditionnellement à du commerce de détail, bien qu'il ne s'agit pas de vente de marchandises, un certain nombre de prestation de service à caractère artisanal (coiffure et esthétique, cordonnerie, photographie, entretien de véhicules et montages de pneus). En revanche sont exclus : les prestations de service à caractère immatériel ou intellectuel (comme les banques, l'assurance ou les agences de voyage) ainsi que les établissements de service ou de location de matériel (comme les laveries automatiques et les vidéothèques) et les restaurants. D'après les Lignes directrices de l'Autorité de la concurrence en France sont exclues les entreprises qui réalisent la totalité de leurs ventes en lignes ou par correspondance.

106. Au Liban, le projet de loi sur la concurrence dans son article 8 a exclu un certain nombre d'opérations de concentrations de l'application de la procédure de contrôle, notamment toutes les opérations de concentration exercées par les institutions de crédits, les institutions financières et les compagnies d'assurance dans le cadre de leur activité habituelle d'émission d'obligations pour leur propre compte ou pour le compte d'autrui, ainsi que les concentrations portant sur des titres qui ne confèrent pas le droit de vote au sein des organes de décision. En fait le projet de loi a exclu ces opérations en se basant sur la nature de leur activité.

Reste à dire que pour déclencher le contrôle des concentrations il faut se baser sur des données plus objectives que subjectives. C'est pourquoi les seuils de chiffres d'affaires sont plus fiables car on se réfère à des chiffres, des données numériques bien déterminées. Alors le projet de loi libanais sur la concurrence devait adopter le système de seuil basé sur le chiffre d'affaire au lieu du seuil fixé à 40% de la part de marché surtout que le projet de loi ne précise pas la notion de part de marché. Peut-être que la pratique va démontrer ultérieurement, ce besoin de modification car il existe de nombreuses autorités de concurrences qui ont

¹⁹¹Décis. Aut. conc. n° 09-DCC-01 du 8 avr. 2009, Pellier Metz SAS/Groupe Bailly SAS.

éprouvé le besoin, après quelques années d'expériences, de « revoir le seuil à la hausse ou à la baisse »¹⁹².

Paragraphe 2 : Les entreprises concernées

107. Les entreprises sont soumises au contrôle des concentrations et nous reprenons ici la définition de l'entreprise selon l'arrêt Hofner : « *toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement* »¹⁹³. En effet, l'article L.430-2 du code de commerce français vise les « *entreprises ou groupe de personnes physiques ou morales parties à la concentration* ».

L'article 7 du projet de loi libanais sur la concurrence vise : *toute personne souhaitant faire une opération de concentration*. Le droit français est beaucoup plus large dans sa définition des entreprises concernées alors que le projet parle de « *toute personne* » et par personne il faut entendre les personnes physiques et morales parties à la concentration. Cette précision est très utile, car si nous consultons les textes français avant la loi NRE du 15 mai 2001 nous trouvons qu'il y avait plusieurs formules utilisées pour désigner l'entreprise concernée, elle pouvait tantôt être partie à la concentration, tantôt objet de la concentration ou encore liée économiquement à l'une des deux catégories et ceci n'est que source d'hésitation pour la délimitation des concentrations à prendre en considération.

Donc le droit français a atténué ces difficultés en fixant les entreprises concernées et en s'inspirant aussi de la communication de la commission sur la notion d'entreprises concernées¹⁹⁴. Nous citerons à titre d'exemple¹⁹⁵ : 1^o- lorsque l'acquisition est faite par une entreprise de plein exercice qui opère déjà sur un marché, celle-ci doit être considérée comme une entreprise concernée

¹⁹²P.ARHEL, *Une nouvelle réglementation pour les petites ententes et les petites concentrations*, JCP E 2004. 685.

¹⁹³CJCE 23 avr. 1991, Höfner et Elser, aff. C-41/90 , Rec. I. 1979, point 21.

¹⁹⁴JOCE, n° C 66/14, 2 mars 1998, devenue communication consolidée.

¹⁹⁵Lettre min. du 25 avr. 2003, BOCC 12 mars 2004.

(communication, point 27) ; 2^o- lorsque l'entreprise commune consiste un vecteur pour une acquisition par les entreprises fondatrices, chaque entreprise fondatrice est considérée comme une entreprise concernée (communication, point 28).

Avant de terminer, il convient de se référer aux Lignes directrices de l'Autorité de la concurrence en ce qui concerne les personnes physiques, l'Autorité précise que leurs prises de contrôle sont susceptibles de constituer une concentration à condition qu'elles exercent une activité économique pour leur propre compte ou si elles contrôlent au moins une autre entreprise avant l'opération.

Ce raisonnement de l'Autorité de la concurrence peut être intéressant dans le cadre de l'application de l'article 7 du projet de loi libanais sur la concurrence, qui, comme nous l'avons déjà dit, parle de « toute personne », et comme ce terme englobe les personnes physiques et morales, alors pourquoi ne pas prendre en considération ce que l'Autorité a précisé dans ses Lignes directrices et ceci pour une meilleure détermination de la « personne » concernée par l'application des dispositions des droits de la concentration.

Chapitre 2 : Procédure devant le Conseil de la Concurrence

Section 1 : La notification d'une opération de concentration

108. La majorité des contrôles de concentration se fait à l'initiative des entreprises concernées elles-mêmes. Celles-ci sont tenues de notifier préalablement leurs opérations de concentration (Paragraphe 1) car tout manquement à cette obligation est sanctionné par la loi (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Obligation d'une notification préalable

109. La procédure formelle commence par la notification qui, selon certains pays, est facultative ou, ce qui est le cas le plus fréquent, obligatoire.

En France, la notification était facultative au début, selon l'article 40 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 qui a repris le système de notification facultatif de la loi no 77-806 du 19 juillet 1977. Ensuite le droit français a abandonné ce système pour adopter le mécanisme de notification obligatoire qui est en vigueur dans la plupart des pays doté d'une législation sur la concurrence. Avec la loi NRE de 2001, la notification était obligatoirement adressée au ministre chargé de l'économie, ensuite avec la loi LME de 2008 elle est désormais adressée à l'Autorité de la concurrence.

Selon l'article L.430-3 du Code de commerce français : « *L'opération de concentration doit être notifiée à l'Autorité de la concurrence. Cette notification intervient lorsque la ou les parties concernées sont engagées de façon irrévocable et, notamment, après la conclusion des actes la constituant, la publication de l'offre d'achat ou d'échange ou l'acquisition d'une participation de contrôle* ».

Au Liban, le projet de loi sur la concurrence s'aligne sur la législation française et rend la notification, première procédure formelle, obligatoire et adressée au Conseil de la concurrence. L'article 7 alinéa 1 du projet de loi dispose que toute personne souhaitant faire une opération de concentration économique est tenue d'en faire une notification et devrait obtenir l'autorisation du Conseil de la concurrence.

Même si dans la rédaction de cet alinéa les rédacteurs se contentent de dire « *d'en faire une notification* » sans préciser à qui elle sera adressée et bien l'article précise, par la suite, que la demande d'autorisation est présentée au Conseil de la concurrence. Donc on sous-entend que la notification est adressée alors au Conseil de la concurrence¹⁹⁶.

La notification est gratuite au Liban comme en France, contrairement aux autres systèmes juridiques (par exemple allemand ou américain). En plus, comme nous l'avons étudié plus haut, afin de contrôler une opération de concentration les systèmes français et libanais se fient à un seuil de contrôlabilité alors qu'en droit américain le système est différent : « *Le fait qu'une opération de concentration ne soit pas soumise à une [...] obligation de notification préalable pour des questions*

¹⁹⁶ V. *supran*^o55.

de seuil ne signifie pas que cette dernière se situe en dehors du champ d'application de l'article 7 du Clayton Act »¹⁹⁷.

110. En ce qui concerne le moment de notification et bien selon le projet de loi libanais, les parties sont tenues de notifier le Conseil dans un délai de 30 jours à compter de la date de la signature du projet de concentration. Nous comprenons par-là que les rédacteurs n'ont pas voulu donner la faculté pour les parties de notifier leur opération à l'état de projet. Ce n'est qu'au stade de sa signature que commence à courir le délai de 30 jours.

Donc les parties sont aussi restreintes par un délai bien défini pour notifier le Conseil, elles ne sont pas libres de choisir le moment de la notification. De toute façon il est dans leur intérêt de notifier aussi rapidement que possible puisqu'elles ne peuvent réaliser effectivement l'opération avant l'approbation du Conseil de la concurrence.

Il en est autrement en droit communautaire, où la notification peut se faire à tout moment selon le règlement de 2004, alors qu'elle se faisait dans un délai d'une semaine selon le règlement du 21 décembre 1989.

1- La pré-notification

111. En France, l'Autorité de la concurrence est allée même, dans ses Lignes directrices, à encourager les pré-notifications. En fait, les entreprises peuvent consulter à l'avance le service de concentration de l'Autorité pour se faire une idée de l'acceptabilité d'un projet et de pouvoir discuter sur d'éventuels problèmes liés au contrôle de l'opération, ainsi que pouvoir vérifier s'il existe ou pas une nécessité de notification, lorsqu'il y a des doutes sur la nature concentratrice de l'opération ou sur le calcul du chiffre d'affaire. Cette phase informelle de pré-notification va aussi permettre d'anticiper d'éventuels problèmes de concurrence et de discuter d'éventuels engagements futurs (Lignes directrices n°136)¹⁹⁸.

¹⁹⁷WINCKLER et BRUNET, *La pratique communautaire du contrôle des concentrations*, 2^e éd., Bruxelles, 1998, De Boek& Larcier, p. 194.

¹⁹⁸Lignes directrices publiées le 16 décembre 2009, remplacées par celles publiées le 10 juillet 2013. V. C. et C. VILMART, op. cit. n° 185.

Bien que la pré-notification n'ait pas été codifiée dans le Code de commerce français, elle constitue une sorte de recommandation pour aboutir à un meilleur résultat.

Et bien que le projet de loi libanais sur la concurrence ne fasse aucune allusion à la pré-notification et impose par contre, une notification à partir du moment de la signature du projet de concentration entre les parties, il ne serait pas du tout mauvais, pour l'aboutissement d'un contrôle efficace des concentrations, de prendre en considération la pré-notification et de l'encourager dans le droit libanais de la concurrence.

2- La notification basée sur un dossier incomplet

112. Le dossier de notification doit être présenté en 4 exemplaires au Conseil de la concurrence, au ministre de l'économie et du commerce, au ministre du secteur en question et à l'Organisme du Conseil. Afin de donner leurs éventuelles remarques au Conseil en ce qui concerne les concentrations et cela dans un délai de 30 jours à partir de la date de la réception de la notification (*article 7 alinéa 2 du projet de loi*). Le Conseil dispose d'un délai de 45 jours pour se prononcer sur l'opération de concentration, qui court à compter de la date de la réception de la notification (*article 7 alinéa 5 du projet de loi*).

En droit français, l'article L. 430-5,I, du Code de commerce, accorde à l'Autorité un délai de 5 semaines pour se prononcer et ce délai ne court qu'à partir de la réception de la notification « *complète* ».

Au Liban, les rédacteurs du projet de loi sur la concurrence n'ont ni mentionné, ni précisé si la notification devait être complète comme l'a fait le législateur français, mais nous pouvons le sous-entendre. En fait, les rédacteurs du projet ont donné la faculté au Conseil de demander aux parties de fournir des documents supplémentaires ; cela veut dire que le dossier est, a priori, incomplet et donc, le Conseil demande aux parties de le compléter. Par là nous aboutissons au même résultat que celui du droit français et notamment du droit communautaire, à la seule différence avec le droit communautaire c'est que, lorsque le dossier est incomplet, le législateur n'a pas fixé un délai maximum pour le compléter et l'article 4 paragraphe 2 du règlement no 447/98/CE du 1^{er} mars 1998 prévoit que : « *Si la Commission constate que les informations figurant dans la notification ou*

dans les documents annexes sont incomplètes sur un point essentiel, elle en informe sans délai et par écrit les parties notifiantes ». Alors que le projet de loi libanais sur la concurrence donne au Conseil le soin de fixer un délai aux parties pour l'obtention des documents ainsi qu'un délai pour rendre une décision.

C'est vrai que l'article 7 alinéa 5 se contente de la demande de « documents supplémentaires » mais il ne faut pas l'entendre dans un sens stricte ; ainsi lorsque le Conseil constate que le dossier est incomplet il peut demander aux parties de lui fournir toutes les informations complémentaires dès-lors qu'elles sont nécessaires à l'appréciation des effets anti-concurrentiels de l'opération.

Paragraphe 2 : Sanction du défaut de notification

113. La notification, comme nous l'avons déjà précisé, revêt un caractère obligatoire et cette obligation est assortie de mesures contraignantes.

Selon le projet de loi, au cas où une opération de concentration a été réalisée sans être notifiée ou si une notification a été faite sur la base d'informations erronées ou en cas d'écroulement du délai fixé par le Conseil pour les dossiers incomplets ; ce dernier peut infliger une sanction pécuniaire qui ne dépasse pas les 10% du chiffre d'affaire des parties concernées. Ce chiffre d'affaire est calculé en fonction de la moyenne des 3 dernières années.

En France, c'est le même principe, les concentrations non notifiées sont aussi assorties de sanctions pécuniaires, infligées par l'Autorité, dont le montant maximal s'élève à 5% du chiffre d'affaire hors taxes réalisé en France lors du dernier exercice clos¹⁹⁹. L'article L. 430-8, III dispose : « *En cas d'omission ou de déclaration inexacte dans une notification, l'Autorité de la concurrence peut infliger aux personnes ayant procédé à la notification une sanction pécuniaire* ». En effet l'Autorité a sanctionné en 2013 deux défauts de notification de

¹⁹⁹Une telle sanction a été infligée, pour la première fois, dans l'affaire Pan Fish/Fjord Seafood : Lettre min. n° C2006-103 du 8 déc. 2006, BOCC 25 janv. 2007.

concentration²⁰⁰. Elle s'est fondée sur l'article L.430-8 du Code de commerce, pour rappeler que le défaut de notification est grave par nature car il fait obstacle au contrôle des opérations de concentration qui lui incombe et cela même si l'opération sera finalement autorisée car elle ne porte pas atteinte à la concurrence.

La question est de savoir pourquoi le non-respect de l'obligation de notification est-il sanctionné ?

Et bien, le non-respect de cette obligation peut être considéré comme une infraction grave à l'ordre public économique et le Conseil de la concurrence (selon le projet de loi) ainsi que l'Autorité de la concurrence en France seront privés de la possibilité de contrôler un projet de concentration avant sa réalisation quelques soit les effets possibles de l'opération sur la concurrence.

Section 2 : Contrôle du Conseil de la concurrence

Paragraphe 1 : Délai d'examen de l'opération

114. Le Conseil de la concurrence se prononce sur l'opération de concentration dans un délai de quarante-cinq jours à compter de la date de réception de la notification (*article 7 alinéa 5 du projet de loi*). Le président du Conseil de la concurrence a le droit de prolonger ce délai jusqu'à soixante jours à compter de la date de la réception de la notification (*article 7 alinéa 6 du projet de loi*).

En France, l'Autorité de la concurrence se prononce sur l'opération de concentration dans un délai de vingt-cinq jours ouvrés à compter de la date de la réception de la notification complète (*article L. 430-5, I, du code de commerce*). Le délai de vingt-cinq jours est prolongé de quinze jours ouvrés (*article L. 430-5, II*) si l'Autorité a reçu des engagements visant à remédier aux effets anti-concurrentiels de l'opération. Les délais sont encore plus longs lorsque l'opération

²⁰⁰Aut.Conc., déc. n° 13-D-01, 31 jan. 2013, Groupe Reunica et Arpège et Aut.Conc., déc. n°13-D-22. 20 déc. 2013, Groupe Castel et Patriarche.

de concentration fait l'objet d'un examen approfondit, dans ce cas, l'Autorité de la concurrence prend sa décision dans un délai de soixante-quinze jours ouvrés (*article L. 430-7, I*).

Au Liban, le projet de loi sur la concurrence ne précise pas la raison pour laquelle le président du Conseil a le droit de prolonger le délai, alors que le législateur français a précisé la raison de cette prorogation qui est le cas des opérations de concentrations qui ont, ou auront des effets anti-concurrentiels et le cas de « l'examen approfondit » c'est-à-dire qu'en dehors de ces deux cas le délai reste de 25 jours ouvrés; de même, le législateur a été clair en précisant que les délais sont calculés sur les jours ouvrés alors que les rédacteurs du projet de loi n'ont pas été précis sur ce point.

Pouvons-nous déduire que les rédacteurs du projet de loi ont voulu prolonger les délais d'examen des opérations de concentration, quel qu'en soient leurs effets sur la concurrence, afin de pouvoir assurer, si le délai de quarante-cinq jours s'est avéré insuffisant, un contrôle plus efficace ?

Paragraphe 2 : Publicité de l'opération de concentration

115. À l'instar des solutions retenues par d'autres systèmes juridiques (Union Européenne, France, États-Unis etc.) les rédacteurs du projet de loi prévoient à l'alinéa 4 de l'article 7, une information systématique des opérateurs susceptibles d'être affectés par les opérations de concentration (concurrents, fournisseurs, clients etc.).

C'est le Conseil de la concurrence qui publie le projet de concentration dans deux journaux locaux, à la charge des parties, dans un délai de cinq jours à compter de la date de la réception de la notification. Cette publication doit mentionner un résumé du projet de concentration afin de permettre aux personnes qui pourront être affectées par cette opération de présenter leurs remarques dans un délai de quinze jours à compter de la date de la publication.

Cette information du marché est très importante car elle assure les droits de la défense.

Il faut noter que le projet de loi met à la charge du Conseil de la concurrence, non seulement, de rendre public, l'opération de concentration mais aussi la décision prise. L'article 14 du projet de loi dispose que le Conseil exerce son travail d'une manière transparente et publique de sorte à ce qu'il mette à la disposition du public tous ses rapports et ses décisions sauf celles qui sont confidentielles.

Le même principe existe en droit français, d'abord l'article 44 de l'ancienne ordonnance du 1^{er} décembre 1986 prévoyait la publication au BOCC des décisions ministérielles, accompagnées de l'avis du Conseil de la concurrence, ensuite à partir de 1999 la publication est devenue systématique, elle est reprise dans le code de commerce : « *Lorsqu'une décision a été prise en application des articles L. 430-5, L. 430-7, L. 430-7-1, L. 430-8 ou L. 430-9, l'Autorité de la concurrence ou, le cas échéant, le ministre chargé de l'économie en rendent public le sens dans les cinq jours ouvrables suivant la décision* » (C. com., art. R. 430-6). Cette publicité est assurée par une diffusion sur le site internet de l'Autorité (C. com., art. R. 430-8).

116. Le respect de la confidentialité des affaires des parties à la concentration a été assuré par le projet de loi (*article 14*) et par le droit français, l'article R. 430-8 du code de commerce prévoit que « *les décisions de l'Autorité de la concurrence et du ministre sont publiées dans le respect de l'intérêt légitime des parties qui procèdent à la notification et de celui des personnes citées à ce que leurs secrets d'affaires ne soient pas divulgués* ».

En effet, il existe quelques informations qui relèvent du secret des affaires des parties à l'opération de concentration et leur divulgation peut leur porter atteinte.

Par exemple, la mention des parts de marché des entreprises ou certains détails d'engagements éventuels, tels que les délais nécessaires à leur réalisation ou l'identité d'un repreneur éventuel proposé au moment de la décision, dans l'hypothèse d'engagement portant sur une cession d'actifs.

Ainsi, en France le Conseil de la concurrence a retiré de la décision Sogebra/brasserie Fisher des informations chiffrées relatives aux relations

contractuelles, au volume de production et de distribution et même aux parts de marché²⁰¹. Outre les parts de marché, le Conseil a également retiré de la décision Callebaut/Barry des éléments chiffrés relatifs aux prix et aux coûts²⁰².

Par contre l'Autorité de la concurrence a précisé dans ses Lignes directrices n° 241, qu'il existe certaines informations qui ne peuvent pas être occultées comme par exemple : les informations divulguées par les entreprises elles-mêmes (rapports annuels, site internet etc.) ; les informations aisément accessibles (informations figurant sur des banques de données internet, information accessible par le biais d'instituts chargés d'études, etc.) ; les informations ayant perdu leur importance commerciale (par l'écroulement du temps ou pour toute autre raison).

En tout état de cause, l'Autorité n'est pas liée par les demandes d'occultation et il lui appartient de concilier l'intérêt légitime des parties à protéger leurs secrets d'affaires et l'intérêt des tiers à être informés correctement des analyses menées par l'Autorité ou par le ministre (Lignes directrices no 244).

Il nous semble intéressant de prendre en considération, dans le projet de loi libanais, ce que l'Autorité de la concurrence en France a précisé dans ses Lignes directrices, car en fait elles synthétisent la façon dont l'Autorité applique les règles sur le contrôle des concentrations et leur objectif est d'apporter de la transparence en donnant une vue d'ensemble de la façon dont cela se passe en pratique.

Paragraphe 3 : Décisions adoptées

1- Typologie des décisions

117. Le Conseil de la concurrence a le choix entre diverses attitudes (*article 7 al.5 du projet de loi*) ; a)-soit autoriser la concentration économique si elle ne porte pas atteinte à la concurrence ou si elle a des répercussions économiques positives qui dépassent tout effet négatif sur la concurrence (comme la baisse des prix des produits et des services, la création d'emplois etc.), b)- soit autoriser

²⁰¹Avis Cons. conc. n° 96-A-09 du 9 juill. 1996, BOCC 25 mars 1997.

²⁰²Avis Cons. conc. n° 97-A-01 du 7 févr. 1997, BOCC 17 mai 1997 ; Rec. Lamy n° 717, obs. MONTET.

l'opération, en subordonnant éventuellement cette autorisation à la réalisation effective des engagements pris par les parties et fixés par le Conseil selon chaque cas, c)- soit constater que la concentration économique ne respecte pas les conditions citées plus haut et de ce fait interdire l'opération sauf 1- si elle aide à améliorer la créativité et l'efficacité économique indépendamment de tout effet négatif sur la concurrence, 2- ou si l'une des parties à la concentration est tombée en faillite ou est sur le point de tomber en faillite et que la concentration économique est la meilleure solution pour son redressement. Dans ces cas-là le Conseil autorise la concentration.

En France, l'Autorité de la concurrence a aussi le choix entre diverses attitudes (*c. com., art. L. 430-5*)^{1°} - soit constater que l'opération qui lui a été notifiée n'entre pas dans le champ défini par les articles L. 430-1 et L. 430-2; ^{2°} - soit autoriser l'opération, en subordonnant éventuellement cette autorisation à la réalisation effective des engagements pris par les parties; ^{3°} soit, si l'Autorité de la concurrence estime qu'il subsiste un doute sérieux d'atteinte à la concurrence, engager un examen approfondi ; ^{4°} soit ne prendre aucune des trois premières décisions et en informer le ministre de l'Économie.

Lorsque le délai s'écroule sans que le Conseil de la concurrence ne rende une décision, alors la concentration est réputée bénéficiée d'une autorisation tacite (*art.7 al.6 du projet de loi*), pareille décision est adoptée en droit français.

118. Donc nous pouvons dire que la procédure, telle qu'édictée dans le projet de loi et telle qu'elle existe en droit français et en droit de l'Union Européenne, s'articule en deux phases : la première phase est celle de l'autorisation rapide de la concentration de façon expresse ou tacite, sous réserves des engagements pris par les parties le cas échéant et la deuxième phase est celle de l'étude approfondi de l'opération et que le droit français a appelé « l'examen approfondi ».

Le droit français soumet l'opération de concentration à l'examen approfondi si l'Autorité estime qu'il subsiste un doute sérieux d'atteinte à la concurrence, alors elle « *examine sil'opération est de nature à porter atteinte à la concurrence, notamment par création ou renforcement d'une position dominante ou par création ou renforcement d'une puissance d'achat qui place les fournisseurs en*

situation de dépendance économique. Elle apprécie si l'opération apporte un progrès économique, une contribution suffisante pour compenser les atteintes à la concurrence » (C.com., art. L. 430-6).

Nous retrouvons la même logique dans le projet de loi sur la concurrence, les rédacteurs ont ouvert la possibilité d'autoriser une concentration économique qui est susceptible d'apporter au progrès économique et social une contribution suffisante pour compenser les atteintes à la concurrence (*art.7 du projet de loi*).

Une question se pose sur la validité d'une décision d'autorisation au cas où le projet autorisé subit une modification significative avant sa réalisation. Et bien l'Autorité de la concurrence a bien répondu à cette question dans ses Lignes directrices (n° 114). L'Autorité considère qu'elle se serait prononcée sur un projet différent de celui qui a été concrètement réalisé et dans ce cas les parties « notifiantes » sont donc invitées à notifier de nouveau l'opération avant sa réalisation, afin d'obtenir l'autorisation du projet qui sera réellement mis en œuvre.

Nous remarquons de ce qui précède, qu'une interdiction pure et simple est peu favorisée par le droit de la concurrence, et dans la pratique, en France, elle est peu fréquente. En général, l'Autorité de la concurrence en France préfère encadrer une opération de concentration plutôt que de l'interdire. C'est d'ailleurs ce que favorisent les rédacteurs du projet de loi et le législateur français qui ont permis aux autorités de concurrence d'imposer aux parties certaines conditions contraignantes tel que le respect des engagements.

2- Respect des engagements

119. Nous citerons à titre d'exemple quelques cas où la réalisation de la concentration a été subordonnée au respect de certaines obligations : l'obligation de ne pas faire : ne pas accroître sa participation dans le capital d'un concurrent²⁰³, ne pas desservir plus de 50% de la population de certaines zones²⁰⁴, ne pas restreindre l'accès des concurrents à des installations essentielles²⁰⁵; l'obligation

²⁰³Avis Cons. conc. n° 95-A-01 du 7 févr. 1995, BOCC 6 avr. 1995.

²⁰⁴Arr. min. du 20 juill. 1991, BOCC 20 juill. 1991.

²⁰⁵Avis Cons. conc. n° 95-A-11 du 20 juin 1995, BOCC 25 août 1995. - Lettre min. du 21 juill. 1995.

de faire : l'obligation d'approvisionnement²⁰⁶, l'obligation de donner accès à une ressource²⁰⁷, l'obligation de déconcentration c'est-à-dire imposer à l'entreprise absorbante de céder à un apporteur indépendant certaines des activités qu'elle acquiert²⁰⁸.

Ce n'est pas seulement l'Autorité qui subordonne l'autorisation au respect de certains engagements, mais les parties à l'opération peuvent proposer des engagements pour remédier aux effets anticoncurrentiels, soit au moment de la notification de l'opération soit à tout moment dans les délais impartis pour se prononcer.

En France, la pratique a démontré que la négociation des engagements a abouti, dans la majorité des cas, à un accord donnant satisfaction à l'Autorité et aux parties. Cependant, il existe quelques exceptions dans les affaires Sadhexo/Jacques Borel international²⁰⁹ et Eurocom/Carat²¹⁰, les parties ont estimé que les engagements rendraient impossible le fonctionnement des nouveaux ensembles et ont donc abandonné leurs projets.

Il est intéressant que le projet de loi ait adopté la procédure d'engagement dans le cadre du contrôle des concentrations. Cette procédure est une procédure accélérée qui permet, d'une part au Conseil de la concurrence de traiter plus rapidement les affaires de concentration et d'autre part aux entreprises concernées de ne pas être soumises à des sanctions pécuniaires. Reste à souhaiter que le Liban adopte aussi la procédure de clémence afin de démanteler des ententes anticoncurrentielles entre entreprises, et cela dans un souci d'assurer une concurrence plus efficace au Liban.

²⁰⁶Lettre min. du 24 mars 2000, BOCC 22 juin 2000.

²⁰⁷Décis. de la Commission du 10 sept. 1999, aff. M. 1621, JOCE, n° C 282, 5 oct.

²⁰⁸Arr. min. du 7 oct. 1994 et du 4 oct. 1994, BOCC 20 oct. 1994.

²⁰⁹Arr. min. n° 82-90 du 5 oct. 1982, BOCC 6 oct. 1982.

²¹⁰Arr. min. du 3 sept. 1990, BOCC 4 sept. 1990.

Titre II

Les pratiques Anticoncurrentielles

120. Une pratique anticoncurrentielle est un comportement qui ne laisse pas de place à la concurrence. C'est une pratique qui est contraire à la concurrence. Le droit interdit les pratiques anticoncurrentielles, et de ce fait, il sanctionne le comportement des entreprises qui font obstacle au principe de la liberté de la concurrence. Ces comportements sont ceux qui ont pour objet ou pour effet « *d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence* » sur un marché²¹¹.

Il existe à ce titre, essentiellement, deux types de comportements : les ententes (Chapitre 1), où plusieurs entreprises s'entendent et limitent ou éliminent la concurrence, et les abus de position dominante (Chapitre 2), où une ou plusieurs entreprises se comportent comme étant une seule entité avec une position dominante sur le marché et adoptent une conduite anticoncurrentielle afin de renforcer leur position sur le marché.

Les conséquences de ces pratiques anticoncurrentielles sont graves et peuvent causer des dommages aux consommateurs et à l'économie générale. C'est pour ces raisons que le législateur a sanctionné ces comportements afin de protéger les consommateurs et les entreprises qui respectent les règles du jeu.

Les autorités de la concurrence disposent des pouvoirs d'injonction et de sanctions pécuniaires afin de faire cesser ces infractions, car la sanction semble être la solution la plus appropriée²¹².

²¹¹M.-A. FRISON-ROCHE et M.-S. PAYET, *Droit de la concurrence*, Préc. Dalloz 2006, n° 115, p.113

²¹²V. *supra* n°82.

Chapitre 1 : Les ententes

121. Adam Smith a écrit : « *Des gens du même métier se rencontrent rarement, même pour se distraire et s’amuser, sans que la conversation se termine par une conspiration contre la société ou par quelque manigance pour faire monter les prix* »²¹³.

Les ententes sont définies comme étant : « *Tout accord de volontés (explicite ou tacite), toute pratique entre entreprises en vue d’exercer une action commune sur le marché (fixer des prix, repartir des marchés, contrôler la production, les débouchés ou les investissements)* »²¹⁴.

Le terme entente sous-entend donc, un accord mais aussi il peut prendre d’autres formes. En droit français, l’entente se présente sous différentes formes : « *actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions* » (art. L 420-1 c.com.) et en droit communautaire : « *accords entre entreprises, décisions d’association d’entreprises, pratiques concertées* » (art. 81 traité CE). Le projet de loi libanais sur la concurrence n’a pas limité l’entente à un accord mais lui a donné, à l’instar des droits français et européen, plusieurs formes : *pratiques, alliances, accords expresses ou tacites* (art. 11 du projet de loi de 2007).

Ainsi, une entente se caractérise par une concentration entre plusieurs acteurs économiques qui décident de s’unifier et d’agir ensemble pour ajuster leurs comportements²¹⁵, au cas où l’entente empêche, restreint ou fausse le jeu de la concurrence sur le marché (Section 2) elle sera prohibée et sanctionnée par la loi au titre de pratique anticoncurrentielle (Section 1). Sont considérées comme ententes interdites, par exemple, les barrières à l’entrée des concurrents sur un marché, les échanges d’informations sur le prix, les répartitions de marchés etc.

²¹³A.SMITH, *Recherche sur la nature et les causes de la richesse des nations*, 1776, trad. Coordonnée par Ph. JAUDEL, Livres I et II, éd. Economica 2000, Livre I, Chapitre 10, pp. 140-141.

²¹⁴G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henri CAPITANT, op.cit.n°42.

²¹⁵www.autoritedelaconcurrence.fr

Il existe deux types d'ententes, les ententes « horizontales » et les ententes « verticales ». Les premières impliquent plusieurs entreprises concurrentes pour un même type de produit ou de service et les secondes impliquent des opérateurs situés à différents niveaux de la chaîne économique, comme par exemple entre fournisseurs et distributeurs.

Section 1 : Le principe : la prohibition des ententes restrictives de concurrence

122. L'interdiction des ententes en droit français s'est inspirée du droit communautaire, et a été introduite en droit interne dans les années 1950 et au Liban en 2007 sous forme de projet de loi, sachant que cette interdiction est considérée (avec l'interdiction des abus de position dominante et le contrôle des concentrations) comme l'un des piliers du dispositif mis en place pour assurer le bon fonctionnement des marchés. Le Liban échappe malheureusement, à l'heure actuelle, à cette règle.

L'article 11 du projet de loi dispose que : *Sont prohibés toutes les pratiques, les alliances ou les accords expresses ou tacites qui perturbent ou restreignent ou limitent la concurrence.* Et l'article L.420-1 du Code de commerce français dispose que « *Sont prohibées même par l'intermédiaire direct ou indirect d'une société du groupe implantée hors de France, lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché, les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions* ».

Nous remarquons que le principe de l'interdiction est particulièrement large mais il connaît un système d'exemption dans le projet de loi libanais sur la concurrence, comme en droit français.

Il résulte clairement des dispositions des articles 11 du projet de loi (*pratiques, alliances, accords expresses ou tacites*) et L.420-1 du Code de commerce français (*actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions*) que

la constatation de la violation de ces textes suppose la démonstration d'un accord de volontés (Paragraphe 1), exigence qui mène à examiner les éléments et la preuve de cet accord (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : L'existence d'un concours de volontés

123. Pour pouvoir parler de l'existence d'un accord de volontés entre les entreprises, « *il suffit que les entreprises en cause aient exprimées leur volonté commune de se comporter sur le marché d'une manière déterminée* »²¹⁶. Donc il faut l'expression d'une volonté commune. Cet accord peut être expresse ou même tacite, « *une concordance de volontés entre deux parties au moins, dont la forme de manifestation n'est pas importante pour autant qu'elle constitue l'expression fidèle de celle-ci* »²¹⁷.

Il s'agit donc de condamner une "volonté commune", une "coordination des volontés", "une forme de coordination ou de collusion" ou encore un "consensus sur un projet". Comme l'a précisé l'ancienne Commission de la concurrence, « *toutes les ententes supposent un concours de volontés, quelle que soit la forme de cet accord et même s'il ne se formalise pas réellement... ; la démonstration ou la conviction qu'il y a ou qu'il y a eu un concours de volontés des personnes physiques ou morales juridiquement et économiquement distinctes est une condition absolue de toute incrimination* ». C'est donc ce concours de volontés que cherchera à identifier l'autorité (ou la juridiction) en charge du contrôle de la concurrence.

La question qui se pose est de savoir qui sont les parties à l'entente. Si l'on reprend les termes des articles 3 du projet de loi sur la concurrence et L.410-1 c.com. français, nous trouvons que seules les entreprises peuvent participer à une entente. D'ailleurs c'est la lecture qu'a faite le Conseil de la concurrence en

²¹⁶TPICE, 14 mai 1998, Mayr-MelnhofKartongesellschaft c/ Commission, aff. T-347-94, Rec., II-1751, point 65.

²¹⁷TPICE, 26 oct. 2000. Bayer c/ Commission, T-41/96, Rec. II-3383, point 69.

France, de la jurisprudence de la cour de cassation²¹⁸, il précise que rares seront les cas où l'on se trouve en présence de « non-entreprise »²¹⁹ si l'on étend la notion d'« entreprise » à tout organisme collectif qui agit sur un marché en adoptant des décisions qui touchent à la politique commerciale de ses membres.

Ainsi la plupart des ententes anticoncurrentielles sont le fait de sociétés commerciales, mais le droit de la concurrence considère comme entreprises, des entités, qui ne sont pas nécessairement des entreprises mais qui interviennent sur le marché ; par exemple une organisation syndicale qui intervient sur le marché est sanctionnée par le droit des ententes car elle est susceptible d'être qualifiée d'entreprise. Et là, nous reprenons la définition de l'entreprise que nous avons déjà mentionnée dans notre étude, qui qualifie d'entreprise toute entité exerçant une activité économique, indépendamment de son statut juridique et de son mode de financement²²⁰. L'article 3 du projet de loi soumet à l'application de la loi sur la concurrence, toutes les activités de production, les activités commerciales et les services au Liban ainsi que toutes les activités des personnes de droit public. Donc les entreprises publiques sont visées. La solution est pareille en droit français (*art. L. 410-1 c.com.*), des entreprises publiques ont été condamnées tels que, France Telecom²²¹ et la SNCF²²².

L'accord de volonté peut aussi se faire entre des entreprises indépendantes, c'est ce que l'avait signalé l'ancienne commission de la concurrence en France : « *Il ne peut y avoir d'entente sans un concours de volontés libres entre des entreprises juridiquement distinctes mais aussi économiquement indépendantes les unes des autres* »²²³. En France, le Conseil de la concurrence a précisé dans une décision de 2005²²⁴ que, des rapports entre sociétés d'un même groupe ne sont pas constitutifs d'une entente si ces sociétés ne sont pas autonomes ; « *Ne peuvent être qualifiés d'ententes au sens de l'article L.420-1 du Code de commerce, les*

²¹⁸Cass. Com. 15 janv. 2002, n° 00-13.059 , Bull. civ. IV, n° 15 ; RTD com. 2002. 287, obs. CLAUDEL.

²¹⁹Cons. conc., Rapp. 2006, spéc. p. 82.

²²⁰V. *supra* n°19.

²²¹Décis. Cons. conc. n° 91-D-51 du 19 nov. 1991, BOCCRF 11 déc.

²²²Décis. Cons. conc. n° 88-D-27 du 21 juin 1988, BOCCRF 30 juin, Rec. Lamy, n° 325, obs. DONNEDIEUDE VABRES.

²²³Comm. Conc., Rapp. 1984, p. 11.

²²⁴Cons.conc., Déc. n° 05-D-06, 23 fév. 2005, Sté Studio 26.

rapports entre sociétés d'un même groupe, dépourvue de l'autonomie suffisante qui leur permettrait d'être en mesure de définir leur propre stratégie commerciale, financière et technique, et de s'affranchir du contrôle hiérarchique du groupe ».

Il faut aussi signaler que le droit des ententes ne s'applique pas seulement aux personnes morales (sociétés commerciales, groupements d'intérêt économiques) mais aussi aux personnes physiques par exemple des commerçants détaillants²²⁵, des chirurgiens²²⁶ ou des géomètres experts.

Paragraphe 2 : La preuve du concours de volonté

1- Preuve des ententes horizontales

124. Le projet de loi libanais sur la concurrence dans son article 11, relatif aux « *ententes interdites* », vise des pratiques qui peuvent prendre des formes variées puisque le texte parle : « *des pratiques, des alliances ou des accords expresses ou tacites* ». En effet l'article 11 est similaire à l'article L.420-1 c.com. français qui vise aussi plusieurs formes de pratiques : « *les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions* ». La Commission de la concurrence, dans son rapport de 1986 a retenu que la preuve de ces pratiques est relativement facile dès lors qu'elle peut être le résultat de clauses figurant dans les accords qui ne sont pas en soi illicites²²⁷. Par contre elle est difficile à rapporter quand les preuves documentaires ne suffisent pas à montrer les pratiques en cause, c'est souvent le cas de ce qu'on appelle « *les ententes injustifiables* » (« *hard core cartels* »), car ils relèvent d'un caractère secret ; nous donnons l'exemple des ententes horizontales en matière de prix, partage de marché ou même les ententes dans le cadre des marchés publics.

En ce qui concerne les pratiques concertées, aussi la preuve est délicate. L'article 11 n'utilise pas les termes « *pratiques concertées* » employés à l'article L.420-1 C.com, mais « *toutes pratiques* » ; ce terme-là peut être interprété de façon large

²²⁵Décis. Cons. conc. n° 90-D-50 du 18 déc. 1990, BOCCRF 12 févr. 1991.

²²⁶Décis. Cons. conc. n° 95-D-86 du 19 déc. 1995, BOCCRF 15 mai 1996.

²²⁷Comm. Conc., Rapp. 1986, p. 10.

pour englober plusieurs formes de pratiques, entre autre les pratiques concertées. Une jurisprudence communautaire considère que la pratique concertée :« *vise une forme de coordination entre entreprises qui, sans avoir été poussée jusqu'à la réalisation d'une convention proprement dite, substitue sciemment une coopération pratique entre elles aux risques de la concurrence* »²²⁸.

Il convient de distinguer deux types de comportements, la coordination de comportement d'entreprises sur le marché qui résulte d'un simple parallélisme de comportement et celle qui résulte d'une concertation. Le Conseil de la concurrence en France a considéré que le parallélisme de comportement n'est pas une entente en l'absence de concertation²²⁹. Pour être qualifiée d'entente, une coordination de comportement doit procéder d'une concertation et non pas d'un parallélisme de comportement. La distinction entre ces deux comportements peut donc être opérée à travers la recherche d'éléments susceptibles de révéler la présence ou l'absence d'une concertation entre les entreprises considérées. En pratique il s'agit de savoir s'il existe un faisceau d'indices graves, précis et concordants concourant à la démonstration d'un accord de volontés entre ces entreprises pour coordonner leur comportement. En l'espèce, le Conseil de la concurrence a estimé établie l'existence d'un tel faisceau à travers des rencontres entre dirigeants ainsi que des écrits mentionnant le respect de « la règle du jeu, des monnaies d'échange » et des pactes de non-agression entre concurrents.

La preuve en matière d'entente peut être établie par tous moyens, qu'ils soient par exemple écrits ou résultant de témoignages ou d'aveux. Tous les modes de preuves sont admis. L'origine des preuves et leur support sont différents (enquêtes de concurrence, enquête pénal, documents apportés par les parties)²³⁰.

2- Preuve des accords verticaux

125. La preuve de l'entente verticale est facile car il existe un agrément par les fabricants des distributeurs, basé sur une acceptation, expresse ou tacite, des contractants de la politique poursuivie par les fabricants. Cette règle permet alors

²²⁸CJCE, 16 déc. 1975, Suiker Unie et autres c/ Commission [Industrie européenne du sucre], aff. jointes 40/73 et autres, Rec. 1663, JDI 1977. 216, obs. KOVAR.

²²⁹Cons. conc., Déc., no 05-D-38, 5 juill. 2005, Sté Kéolis et a.

²³⁰Cons. conc., Rapp. 2006, spéc. p. 113.

de prouver facilement la volonté commune de s'entendre dans les relations verticales entre un fournisseur et des distributeurs. Nous citerons quelques cas où l'Autorité de la concurrence en France a condamné pour ententes verticales illicites : des clauses d'imposition de prix minimum²³¹; l'interdiction d'exporter²³²; l'interdiction de vendre sur internet²³³.

Section 2 : L'effet Anticoncurrentiel : la perturbation, la restriction ou l'interdiction de la concurrence sur le marché

126. Les ententes, dont nous venons de tracer les contours de façon générale, sont prohibées selon le projet de loi « *lorsqu'elles perturbent, restreignent ou empêchent la concurrence* » (article 11), cette formule est sensiblement identique à l'article L.420-1 c.com. qui interdit les ententes « *lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché* », exception faite de l'objet, de l'effet ou de la potentialité d'effet qui ne sont pas expressément mentionnés à l'article 11 du projet de loi, sans doute, volontairement. C'est-à-dire que nous comprenons de la rédaction de l'article 11 que les pratiques qui perturbent, empêchent ou restreignent la concurrence sont prohibées sans que le texte ne distingue entre les pratiques qui ont pour objet de restreindre la concurrence de celles qui ont pour effet ou potentialité d'effet de restreindre la concurrence.

Si nous prenons l'article 101 paragraphe 1 du TFUE aux termes duquel « *sont incompatibles avec le marché commun et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à*

²³¹Décis. Cons. conc. n° 88-D-47 du 6 déc. 1988, Philips ED, BOCCRF 29 déc., Rec. Lamy n° 342, obs. CALVO.

²³²Décis. Cons. conc. n° 06-D-37 du 7 déc. 2006, BOCCRF 22 mars.

²³³Décis. Cons. conc. n° 06-D-28 du 5 oct. 2006, Creda Concurrence 10 oct. 2006, obs. Ronzano, D. 2007. Pan. 1691, obs. CLAUDEL.

l'intérieur du marché commun (...) », nous remarquons qu'il ne mentionne pas la potentialité d'effet. Les deux textes (français et communautaire) ont employé la conjonction « ou ». La Cour de Justice (actuelle CJCE) a retenu, dans un arrêt de 1966, le caractère non cumulatif des deux critères et la liaison des deux critères et leur articulation dans la procédure d'instruction des pratiques par les autorités en charge du contrôle de la concurrence²³⁴. Selon la cour « *le caractère non cumulatif mais alternatif de la présente condition, marqué par la conjonction « ou », conduit d'abord à la nécessité de considérer l'objet même de l'accord, compte tenu du caractère économique dans lequel il doit être appliqué. [...] les altérations du jeu de la concurrence [...] doivent résulter de tout ou partie des clauses de l'accord lui-même ; [...] au cas où cependant l'analyse desdites clauses ne relèverait pas un degré suffisant de nocivité à l'égard de la concurrence, il conviendrait alors d'examiner les effets de l'accord [...] »*.

Donc le contrôle des pratiques litigieuses se fait en deux étapes, la première est l'examen de l'objet de la pratique et des altérations du jeu de la concurrence qui en est la conséquence et la deuxième étape est l'examen des effets. Si dans la première étape l'objet de la pratique révèle un degré suffisant de nocivité, il ne sera donc plus nécessaire d'aller chercher les effets car ils sont présumés.

Le projet de loi libanais sur la concurrence s'est écarté de ce processus, il n'a pas soumis les pratiques au contrôle de leur objet puis, si nécessaire, de leur effet. L'article 11 du projet de loi cherche le résultat de la pratique, son effet direct sur la concurrence sans présomption et sans rechercher le but poursuivi par les parties à l'entente. Donc il faut démontrer que les pratiques affectent la concurrence (perturber, restreindre ou empêcher la concurrence) et ont, sur le marché en cause, des effets négatifs sur les prix, la production, l'innovation, la diversité ou la qualité des produits et des services.

Après avoir posé l'interdiction des ententes, l'article 11 du projet de loi dresse une liste des pratiques concernées par cette interdiction (Paragraphe 1) puis il cite les ententes qui sont exonérées (Paragraphe 2).

²³⁴CJCE, 30 juin 1966, aff. 56/65, Sté Technique Minière LTM/MBU : Rec. CJCE 1966, p. 337.

Paragraphe 1 :Les ententes prohibées

127. L'interdiction des ententes s'applique à tous les biens, produits ou services. La variété des pratiques doit être soulignée. L'article 11 du projet de loi a mentionné les pratiques concernées, il s'agit de (1) celles qui font obstacle à l'entrée des produits et des personnes au marché ; (2) celles qui fixent ou limitent le prix des biens ou des services ou des conditions de vente et de revente ; (3) celles qui fixent ou limitent la quantité de production des biens, des services, des offres d'emploi, des investissements ou des progrès techniques ; (4) celles qui répartissent les marchés ; (5) les collusions sur les offres.

L'article L.420-1 du Code de commerce français contient des dispositions proches de celles de l'article 11, il dresse une liste des pratiques prohibées. Il s'agit de celles qui tendent, à limiter l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises; à faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse ; à limiter ou contrôler la production, les débouchés, les investissements ou le progrès technique; enfin, à répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement.

Nous allons étudier les pratiques prohibées à partir d'exemples jurisprudentiels. En effet, en France la pratique a permis de donner une jurisprudence assez riche en la matière. Ces exemples seront utiles dans le cadre de l'étude de l'article 11 du projet de loi libanais sur la concurrence.

1- Limite de l'accès au marché

128. L'article L.420-1 du Code de commerce parle des pratiques qui limitent « l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence », tandis que l'article 11 du projet de loi se contente de mentionner les pratiques qui limitent « l'accès au marché ». Il ne fait aucune allusion aux pratiques qui limitent le libre exercice de la concurrence, sans doute, dans un souci d'éviter la répétition, car il a déjà mentionné dans son premier alinéa que, sont prohibées toutes les pratiques qui limitent, restreignent ou empêchent la concurrence.

Il existe une jurisprudence abondante en ce qui concerne les pratiques qui limitent l'accès au marché. Il peut s'agir par exemple de réglementations professionnelles limitant le nombre de concurrents en exigeant un certificat d'identification professionnelle²³⁵. Les clauses de non-concurrence sont aussi prohibées quand elles ne sont pas nécessaires à l'exécution de la convention principale²³⁶.

Le Conseil de la concurrence en France a ainsi considéré, dans le cadre d'une affaire relative à des pratiques mises en œuvre à l'occasion des foires d'antiquité et de brocante dans le département des Vosges, que l'Association des amis du Valamont et le Syndicat des antiquaires et brocanteurs des Vosges (SABV) avaient conclu une entente anticoncurrentielle en signant une convention comportant, d'une part, une clause par laquelle l'Association s'engageait à réserver la priorité de l'accès à la foire de Xaronval aux adhérents du SABV et, d'autre part, une clause par laquelle le SABV s'engageait à ne pas organiser de foires concurrentes²³⁷. Dans une autre affaire, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des appareils de chauffage, sanitaires, plomberie et climatisation, le Conseil a été amené à sanctionner des grossistes traditionnels en plomberie-chauffagerie pour s'être entendus afin d'évincer de nouveaux réseaux concurrents ou rendre leur accès plus difficile sur le marché de la distribution de produits de céramique sanitaire, de robinetterie et de chauffage²³⁸.

2- Obstacle à la fixation des prix

129. Les pratiques qui font obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché sont variées. Elles peuvent par exemple constituer des ententes injustifiables ou bien il peut s'agir de pratiques concertées comme les échanges d'informations, ceux-ci, selon l'avis de l'Autorité de la concurrence²³⁹, ont des

²³⁵ Décis. Cons. conc. n° 98-D-81 du 21 déc. 1998, BOCCRF 31 mars 1999.

²³⁶ Décis. Cons. conc. n° 91-D-07 du 19 févr. 1991, BOCCRF 13 mars 1991.

²³⁷ Cons. conc., déc. n° 05-D-14, 6 avr. 2005, relative à des pratiques mises en œuvre à l'occasion de foires d'antiquité et de brocante dans le département des Vosges : Contrats, conc. consom. 2005, comm. 109 ; BOCCRF n° 9, 28 oct. 2005.

²³⁸ Cons. conc., déc. n° 06-D-03, 9 mars 2006, rendue à propos d'actions similaires suivies d'effets menées sous l'égide de la Fédération française des négociants en appareils sanitaires, chauffage, climatisation et canalisations FNAS : BOCCRF n° 1, 26 janv. 2007.

²³⁹ Avis Aut. conc. n° 10-A-05 du 23 févr. 2010, Chambre syndicale des améliorants organiques et support de culture.

effets ambigus sur l'intensité de la concurrence puisque dans certains cas, une meilleure information peut améliorer l'efficacité économique, alors que dans d'autres situations, elle peut conduire à une atténuation du jeu concurrentiel entraînant un risque de collusion²⁴⁰.

Pour pouvoir réduire l'incertitude dans le fonctionnement du marché, les entreprises peuvent s'échanger des informations accessibles à tous les opérateurs et même aux clients. Mais lorsque ces entreprises s'échangent volontairement et de façon réciproque des informations non accessibles à l'ensemble du marché, elles ne seront pas en mesure de définir leur politique commerciale de façon autonome et peut alors entraîner le risque de la mise en place de la collusion. Dans ce cas, les échanges d'informations entre entreprises sont considérés comme des pratiques concertées prohibées par la loi²⁴¹.

Le Conseil de la concurrence en France a condamné des pratiques concernant des échanges d'informations entre concurrents et des accords de stabilisation des parts de marché car ils sont considérés comme dommageables pour l'économie. Trois opérateurs français de téléphonie mobile se sont livrés à des échanges mensuels d'informations relatives à l'activité de chacun d'eux sur le marché de détail de la téléphonie mobile. Ces échanges qui couvrent plus de 95% du marché ont nécessairement eu un effet anticoncurrentiel en raison, d'une part, de la concurrence affaiblie qui en résulte, d'autre part, du caractère confidentiel des informations échangées et enfin de la nature stratégique de ces informations et de la périodicité de leurs échanges.

Selon une jurisprudence bien établie, l'effet anticoncurrentiel des échanges d'informations entre concurrents dans ces conditions tient à la réduction de l'incertitude qui en résulte pour chacun quant au comportement des autres, puisque le bon fonctionnement de la concurrence impose à chaque entreprise de définir son comportement sur le marché de manière autonome et dans l'ignorance de celui de ses concurrents. Alors, en l'espèce, les échanges d'informations et l'accord de stabilisation des parts de marché ont été condamnés en application de l'article L. 420-1 c.com. et de l'article 81, paragraphe 1 du traité CE en raison du

²⁴⁰Aut. conc., Rapp. 2009, étude thématique relative aux échanges d'informations, p. 105.

²⁴¹Aut. conc., Avis n° 10-A-11 du 7 juin 2010, Deuxième rapport de l'Autorité de la concurrence, LPA 31 oct. 2011, n° 216, p. 6, obs. ARHEL.

comportement anticoncurrentiel qui est de nature à dissuader les entreprises européennes de pénétrer le marché nationale²⁴².

L'échange d'informations peut aussi porter sur les prix à remettre en ouverture²⁴³ ou encore sur un coefficient à appliquer à des prix précédents²⁴⁴. Ces pratiques sont occultes, alors il est souvent nécessaire d'établir l'existence d'un faisceau d'indices de concertation.

Une grande majorité de pratiques qui font obstacle à la fixation des prix se trouvent dans le cadre des marchés publics²⁴⁵.

3- Fixation ou limitation de la production, des offres d'emploi, des investissements ou du progrès technique

130. Selon l'expérience française, ces comportements anticoncurrentiels sont beaucoup moins fréquents dans la pratique décisionnelle.

En fait, les pratiques qui mettent en question des innovations d'entreprises concurrentes sont visées²⁴⁶ ainsi que celles qui tendent à limiter le développement d'un matériau meilleur marché²⁴⁷.

Sont aussi considérées comme anticoncurrentielles, les ententes de dénigrement d'un concurrent. En France, le Conseil de la concurrence a soumis à l'interdiction de l'article L.420-1 du Code de commerce, la pratique constituant, pour une entreprise active sur un marché et une entreprise ayant pour activité le contrôle technique des produits commercialisés sur ce marché, à s'entendre pour jeter la suspicion sur la qualité des produits d'une tierce entreprise afin de dégrader la position de cette dernière sur ce marché. Ces deux entreprises, auteurs de cette

²⁴²Cons.conc., Déc. n° 05-D-65, 30 nov.2005 relative à des pratiques constatées dans le secteur de la téléphonie mobile.

²⁴³Décis. Cons. conc. n° 05-D-67 du 6 déc. 2005, BOCCRF 29 avr. 2006.

²⁴⁴Décis. Cons. conc. n° 94-D-12 du 15 févr. 1994, BOCCRF 29 mars.

²⁴⁵Décis. Cons. conc. n° 08-D-30 du 4 déc. 2009, BOCCRF 5 févr. 2009.

²⁴⁶Comm. Conc., Rapp. 1980, p. 226.

²⁴⁷Comm. Conc. 11 janv. 1979, BOSP 20 avr.

pratique anticoncurrentielle sur le marché des câbles informatiques pour réseaux locaux, ont été condamnées à des amendes²⁴⁸.

Une question se pose souvent dans le cadre des cartels internationaux tels que l'Organisation des Pays Exportateurs de Pétrole (OPEP), pour savoir si ces cartels, qui limitent la production, sont susceptibles d'être appréhendés par le droit national. En fait, il est cependant admis que lorsqu'il s'agit de cartels d'États souverains le droit de la concurrence ne peut pas leur être appliqué.

4- Répartition du marché

131. L'article 11 du projet de loi libanais sur la concurrence a détaillé la répartition du marché en montrant ses modalités. Cette répartition peut se faire sur une base géographique, sur la base de la quantité des ventes et des achats, sur la base de la clientèle, des vendeurs ou sur toute autre base qui influence négativement la concurrence. L'article L.420-1 du Code de commerce français s'est contenté de mentionner « *la répartition des marchés et des sources d'approvisionnement* » sans indiquer les modalités de la répartition, mais il est possible d'assimiler toutes les formes de répartition du marché sur quelque base que ce soit. D'ailleurs, en France, le Conseil de la concurrence a rendu des décisions qui précisent que la répartition des marchés peut prendre la forme d'une délimitation de zones géographiques²⁴⁹ ou d'un partage de la clientèle²⁵⁰.

Nous citons ici, la décision du Conseil de la concurrence français qui a sanctionné le fabricant Léonidas pour avoir empêché les distributeurs détaillants de s'approvisionner auprès du revendeur de leur choix et de changer librement de revendeur²⁵¹. Nous comprenons ainsi que la répartition des marchés sur la base des vendeurs ou des revendeurs est une pratique prohibées et tombe sous le coup de l'article L.420-1-4 du Code de commerce français.

²⁴⁸Cons.conc., Déc. n° 04-D-75, 22 déc.2004 Filotex et a.

²⁴⁹ Décis. Cons. conc. n° 00-D-08 du 4 avr. 2000, BOCCRF 23 mai. - Décis. Cons. conc. n° 00-D-14 du 3 mai 2000, BOCCRF 22 juin.

²⁵⁰ Décis. Cons. conc. n° 00-D-08, préc.

²⁵¹Cons. conc., déc. n° 07-D-24, 24 juill. 2007, relative à des pratiques mises en œuvre par le réseau Léonidas : Contrats, conc. consom. 2007, comm. 257.

Enfin, nous précisons que le partage des marchés intervient souvent dans le cadre d'ententes sur les marchés publics.

5- Collusion sur les offres

132. Les rédacteurs du projet de loi libanais sur la concurrence ont expressément mentionné dans le cinquième point de l'article 11 que la collusion sur les offres est une pratique prohibée, tandis que le législateur français ne l'a pas mentionné à l'article L.420-1 mais il semble que la collusion est le résultat probable de plusieurs comportements entre les parties qui s'entendent, par exemple, l'échange d'informations, parfois confidentielles et non accessibles aux clients, pourra entraîner un risque de collusion.

Paragraphe 2 : Les ententes tolérées

133. Le projet de loi libanais sur la concurrence comporte un régime d'exemption permettant à un accord ou à une pratique tombant sous le coup de l'article 11 alinéa **a**, d'être exonéré si les conditions prévues par le même article alinéa **b** sont remplies. En effet l'article 11 al. **b** dispose : *Les ententes citées à l'alinéa **a**, ne sont pas soumises aux poursuites judiciaires si elles n'influencent pas sérieusement la concurrence dans un marché donné. Sont considérés comme n'ayant pas une influence réelle sur la concurrence, les accords ou les pratiques dont la totalité de leurs parts ne dépassent pas les 30% de l'ensemble du marché dans un secteur déterminé.* En outre, le projet de loi a donné au Conseil de la concurrence le pouvoir d'adopter toutes autres mesures pour déterminer l'influence des ententes sur le marché.

Donc le projet de loi se base sur le critère de part de marché pour apprécier l'influence des pratiques sur la concurrence, réserve faite du pouvoir conservé au Conseil.

Si l'on reprend les termes employés à l'article 11 alinéa **b**, nous remarquons que le rédacteur a employé le terme «les ententes» qui, n'influencent pas réellement la concurrence sur un marché donné, bénéficient du régime d'exemption.

Cela veut dire que, l'exemption est appliquée aux pratiques considérées comme ententes aux termes de l'alinéa **a**, de l'article 11 mais qui sont sans influence réelle sur la concurrence ; a contrario, si une entente a une influence importante sur la concurrence alors elle ne tombera pas sous le coup de l'exemption.

Donc c'est le degré d'influence sur la concurrence qui est pris en considération pour faire bénéficier ou pas l'exemption, mais les rédacteurs du projet de loi n'ont pas précisé les critères d'appréciation de l'influence des ententes sur la concurrence, ils se sont contentés de fixer le seuil de part de marché qui est difficile à établir au Liban en l'absence d'atouts qui permettent d'obtenir des résultats exacts et précis, donc ce critère n'est pas fiable pour l'application du régime d'exemption²⁵².

En réalité, toute pratique qui est susceptible de se voir appliquée les dispositions de l'article 11 al. **a**, est en mesure de perturber, d'empêcher ou de restreindre la concurrence, et pour pouvoir la considérée comme sans influence importante sur le marché, cette pratique devrait présenter un avantage quelconque tel que l'accroissement de la production, l'augmentation de l'emploi ou la contribution au progrès économique. Il est souhaitable que le Conseil de la concurrence prennent en considération ces critères en usant du pouvoir qui lui a été accordé par le projet de loi pour faire appliquer de façon plus efficace le régime des exemptions et tolérer certaines ententes.

134. Le droit français et le droit communautaire ont adopté un système d'exemption mais dont les critères diffèrent de ceux fixés par le projet de loi libanais.

En effet, en droit communautaire l'article 101 paragraphe 3 TFUE fixe 4 conditions pour qu'une pratique qui tombe sous le coup de l'application de l'article 101 TFUE soit exonérée de cette interdiction, si elle contribue à améliorer la production ou la distribution ou à promouvoir le progrès technique ou économique ; si elle réserve aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte ; si elle n'impose aux entreprises intéressées que des restrictions qui sont indispensables ; enfin, si elle ne donne pas aux entreprises la possibilité pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence.

²⁵²V. *supra* n°106 et *infra* n° 138.

Le droit de l'Union a inspiré le législateur français. L'article L.420-4 du Code de commerce prévoit deux cas d'exemption de l'interdiction de l'article L.420-1 (les règles relatives aux exemptions s'appliquent aussi aux abus de position dominante visées à l'article L.420-2 que l'on développera plus tard dans la partie consacrée à l'abus de position dominante)²⁵³. Ces cas sont d'une part, les pratiques qui résultent de l'application d'un texte législatif ou d'un texte réglementaire pris pour son application et d'autre part, celles qui ont pour effet d'assurer un progrès technique²⁵⁴.

En effet, le Conseil de la concurrence a considéré qu'une entente visant à promouvoir la qualité des produits ou services n'a pas nécessairement un caractère anticoncurrentiel²⁵⁵. Une démarche collective de « qualité » comme, par exemple, la constitution d'un label de qualité ou encore la constitution d'un système d'identification professionnelle conduisant à sélectionner des entreprises en fonction de leur aptitude à réaliser certains travaux ou en fonction de certains critères de qualité, constitue une entente entre les entreprises qui adhèrent à cette démarche qui ne peut, a priori, être considérée comme un comportement anticoncurrentiel lorsqu'elle tend à améliorer la qualité des produits et des services vendus aux consommateurs finals.

Dans une autre décision le Conseil de la concurrence a considéré qu'une société de recouvrement de créance à laquelle se sont affiliés des huissiers et des avocats n'est pas anticoncurrentielle en elle-même. Il est de jurisprudence constante que les associations d'entreprises indépendantes au sein d'une société créée en vue d'améliorer les conditions d'exploitation des associés, n'est pas en soi, une entente prohibée par les dispositions de l'article L.420-1 c.com. En revanche la prohibition de l'article L.420-1 c.com. s'applique lorsqu'il est établi que le recours à une telle structure a été utilisé pour mettre en œuvre des pratiques concertées ayant pour objet ou pour effet de limiter le libre exercice de la concurrence²⁵⁶.

²⁵³V. *infra* n° 151.

²⁵⁴V. *infra* n° 153.

²⁵⁵Cons.conc., Déc., n° 15-D-22, 8 mai 2005, Assoc. Agriculture et tourisme en Dordogne-Périgord.

²⁵⁶Cons.conc., Déc. n° 04-D-69, 14 déc. 2004, Sté Convergence.

Chapitre 2 : L'abus de position dominante

Section 1 : Le principe : La prohibition de l'exploitation abusive d'une position dominante

135. La position dominante en elle-même n'est pas illicite mais c'est l'abus qui est sanctionné. En d'autres termes, l'abus est sanctionné lorsque l'entreprise se trouve en position dominante et, inversement, la position dominante de l'entreprise n'est matière à critique que si elle a conduit à un abus. Dans un même temps, ces deux étapes sont liées, l'abus est un comportement d'une entreprise dominante. L'approche économique de l'abus de position dominante met l'accent sur cette constatation. Selon le rapport de l'EAGCP²⁵⁷ « *l'étape préalable de définition de la position dominante de l'entreprise serait alors supprimée* ».

La règle de droit condamne, comme nous l'avons précité, les pratiques anticoncurrentielles. L'abus d'une position dominante est une pratique anticoncurrentielle sanctionnée par le projet de loi libanais sur la concurrence ainsi que par le droit français et le droit communautaire, car c'est un comportement qui fait obstacle au libre fonctionnement de la concurrence sur un marché.

L'article 12 du projet de loi libanais dispose qu'il est prohibé, à toute personne bénéficiant d'une position dominante sur le marché ou sur une partie substantielle de celui-ci, d'abuser de sa position pour perturber, restreindre ou empêcher la concurrence. Puis il énumère une série de comportements abusifs.

L'article 82 du Traité CE, devenu l'article 102 du TFUE, déclare « *incompatible avec le marché commun et interdit [...] le fait d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché commun ou dans une partie substantielle de celui-ci* ». Il ajoute une liste indicative d'abus, qui mentionne les prix imposés, la

²⁵⁷Rapport de l'EAGCP, remis en juill. 2005, "*Aneconomic approach to article 82*". "The economic approach implies that there is no need to establish a preliminary and separate assessment of dominance. Rather, the emphasis is on the establishment of a verifiable and consistent account of significant competitive harm, since such an anti-competitive effect is what really matters and is already proof of dominance".

limitation du développement technique, les pratiques discriminatoires, les contrats liés.

En droit français, les abus de position dominante sont sanctionnés sur la base de l'article L.420-2, alinéa 1^{er}, du Code de commerce qui prohibe « *l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises d'une position dominante sur le marché intérieur ou sur une partie substantielle de celui-ci* ».

Pour l'heure, la constatation de la position dominante de l'entreprise est requise, étape première de la caractérisation de l'abus de position dominante²⁵⁸.

Aux Etats Unis, il en est autrement car l'abus est présumé en cas d'une entreprise en position dominante.

Ainsi, nous allons, tout d'abord, définir la notion de position dominante d'une entreprise sur un marché (Paragraphe 1), avant de s'interroger sur une éventuelle exploitation abusive de cette position, c'est-à-dire sur l'existence d'un abus (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : La notion de position dominante

136. Le gouvernement libanais n'a pas défini la notion de position dominante dans le projet de loi sur la concurrence. Celle-ci suppose en effet, deux séries d'éléments.

D'une part, du côté de l'entreprise dominante, elle se caractérise par le fait de pouvoir abstraire des contraintes du marché et obliger les concurrents moins puissants à s'aligner sur son propre comportement²⁵⁹. C'est la domination du marché qui est ici l'élément prépondérant²⁶⁰.

²⁵⁸M.-A. FRISON-ROCHE et M.-S. PAYET, *Droit de la concurrence*, Préc. Dalloz 2006, n° 122, p.122.

²⁵⁹Avis du 29 mai 1986, Presse gratuite : BOCC., 1986, 223.

²⁶⁰Y. GUYON, *Droit des affaires*, tome1, 9^{ème} édition, Economica et Delta. 1996, Paris, 8965.

En effet, une entreprise qui dispose, d'une capacité d'« augmenter ses prix au-delà du prix concurrentiel sans que la baisse des ventes qui en résulte annule la hausse des profits escomptés »²⁶¹ est une entreprise qui bénéficie d'un « pouvoir de marché », et une entreprise qui dispose d'un pouvoir de marché est une entreprise qui bénéficie d'une « autonomie de comportement » sur le marché de référence. Cette indépendance de comportement traduit sa position dominante.

D'autre part, du côté du partenaire, la position dominante suppose une *absence de substituabilité* qui veut dire qu'il faut s'adresser à une seule entreprise qui ne peut pas être en concurrence avec d'autres²⁶².

La notion de position dominante a été assez définie par la jurisprudence autour du concept d'indépendance du comportement de l'entreprise considérée. Dans l'affaire *United Brands*, la Cour posait que la position dominante visée par l'article 86 du Traité CEE (aujourd'hui TFUE, art. 102) concerne « *une position de puissance économique [...] qui lui donne le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective, sur le marché en cause, en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et finalement des consommateurs* »²⁶³.

La position dominante est aussi définie comme « *situation d'une ou de plusieurs entreprises, sur un marché déterminé, qui leur permet de se soustraire à une concurrence effective ou de faire obstacle au maintien de celle-ci leur assurant, dans une mesure importante, une indépendance de comportement à l'égard des concurrents, clients ou fournisseurs* »²⁶⁴.

Pour pouvoir qualifier la position dominante d'une entreprise, il convient, dans un premier temps, de mesurer son pouvoir de marché. Ainsi, il importera de délimiter le marché de référence quant aux Biens ou services et quant au territoire concerné

²⁶¹Conseil de la concurrence. Rapport annuel, 2001, 2^{ème} partie, Études thématiques, Titre 1, le marché pertinent.

²⁶²CALVO, *La jurisprudence de la Commission en matière d'abus de position dominante*, Gaz. Pal., 1987, 445.

²⁶³CJCE, 14 fév.1978, *United Brands*, aff. 27-76, Rec.207, point 66.

²⁶⁴G.CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henri CAPITANT, op.cit.n° 42.

puis, délimiter les parts de marché²⁶⁵ qui est un indice important dans la caractérisation d'une position dominante. En effet, une fois le marché délimité, il est facile de mettre en évidence la part de marché de l'entreprise sur ce dernier, c'est-à-dire la place qu'elle y occupe.

1- La notion de pouvoir de marché

137. Désormais, la Commission Européenne a inséré le concept d'indépendance de comportement dans la notion de pouvoir de marché selon sa communication de 2009²⁶⁶: « *La position dominante est définie en droit communautaire comme une situation de puissance économique détenue par une entreprise qui lui donne le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et, finalement, des consommateurs* ». Cette notion d'indépendance est liée au degré de pression concurrentielle exercée sur l'entreprise en question. L'existence d'une position dominante implique que cette pression concurrentielle n'est pas suffisamment efficace et que l'entreprise en cause détient un pouvoir de marché substantiel et durable. La capacité d'augmenter durablement ses prix pendant une longue période (autour de deux ans), voire plus généralement l'influence sur d'autres paramètres de concurrence - la production, l'innovation, la variété ou la qualité des biens ou des services - caractérise un tel pouvoir de marché, selon la Commission (Communication de 2009 point 11).

Ce concept rejoint la doctrine contemporaine qui a proposé de définir le pouvoir de marché comme « *la capacité pour une entreprise d'augmenter ses prix [...] dans une mesure supérieure à ce qui serait possible dans des conditions normales de concurrence* »²⁶⁷.

²⁶⁵P. et Ph. DIDIER, *Droit commercial*, Tome I, economica, p. 532 ; A. et G. DECOQ, *Droit de la concurrence*, LGDJ, p. 122 et s. « La part de marché résulte d'un rapport entre le volume des ventes de l'entreprise concernée et le volume total des ventes réalisées par l'ensemble des entreprises du marché de référence ».

²⁶⁶Communication de la Commission européenne, Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du Traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes, JOCE, n° C 45, 24 févr. 2009, p. 7.

²⁶⁷Rapport de l'EAGCP, op.cit. n° 257.

Cette assimilation pourrait avoir des implications dans l'examen des différents critères d'évaluation d'une position dominante, puisque le pouvoir de marché relève d'une analyse plus dynamique que l'appréciation statique des parts de marché.

2- Le critère de la part de marché

138. La part de marché peut être conçue comme le pourcentage de l'ensemble des ventes ou des prestations de services qui ont lieu sur le marché en cause qui est imputable à l'entreprise considéré au cours de la période la plus proche possible du moment où l'on analyse ce pouvoir de marché.

Une fois le marché délimité, il sera plus facile de calculer la part de marché de l'entreprise, c'est-à-dire la place qu'elle y occupe sur ce dernier²⁶⁸.

En effet, la part détenue sur le marché n'est pas le seul critère retenu pour définir la position dominante, il existe d'autres critères qu'il faut prendre en considération telle que la puissance financière de l'entreprise, l'analyse des obstacles que rencontrent les concurrents pour pénétrer le marché etc.

D'ailleurs, selon la jurisprudence européenne, dans l'affaire *United Brands*, l'existence d'une position dominante, résulte en général de la réunion de plusieurs indices, qui, pris isolément, ne seraient pas nécessairement déterminants²⁶⁹.

Ce critère de la part de marché qui permet de cerner la réalité du rapport de forces sur un marché est critiqué par la doctrine économique qui trouve qu'il offre une indication incomplète de la réalité du pouvoir de marché²⁷⁰.

En effet, il faut noter que le critère de la part de marché de l'opérateur concerné n'est pas suffisant à lui seul comme nous l'avons déjà mentionné, exception faite des cas où une entreprise détient de très fortes parts de marché, dans ce cas le critère de la part de marché sera un indice déterminant²⁷¹. De faibles parts de

²⁶⁸La part de marché résulte d'un rapport entre le volume des ventes de l'entreprise concernée et le volume total des ventes réalisées par l'ensemble des entreprises du marché de référence, op.cit.n°265.

²⁶⁹CJCE, 14 févr. 1978, *United Brands c/ Commission* [Chiquita], aff. 27/76, Rec. 207.

²⁷⁰V. sur la discussion PRIETO, *Position dominante*, J.-Cl. Eur., fasc. 1421, 2010, n° 14.

²⁷¹M.-A. FRISON-ROCHE et M.-S. PAYET, *Droit de la concurrence*, Préc. Dalloz 2006, n° 123, p.123.

marché (autour de 5 et 10 %) excluent, sauf circonstances particulières, l'existence d'une position dominante²⁷². À l'inverse, la détention de parts de marché élevées est un indice « *hautement significatif de l'existence d'une position dominante* »²⁷³. Il avait été jugé que, même dans ce cas, la position de l'opérateur doit être appréciée en considération de facteurs complémentaires²⁷⁴. Mais la Cour a ensuite indiqué que « *sauf circonstances exceptionnelles, des parts de marché extrêmement importantes constituent par elles-mêmes la preuve de l'existence d'une position dominante* »²⁷⁵. Dans ce cas, la preuve de l'existence d'une position dominante est établie²⁷⁶ dans la mesure où cette domination en parts de marché s'inscrit dans la durée.

Il convient de signaler que la plupart des arrêts et des décisions rendues en matière d'abus de position dominante ont relevé les parts de marché supérieures à 50%. Il faut tenir compte de la durée de la détention des parts de marché car une courte durée de détention des parts de marché ne permet pas d'établir une indépendance de comportement de l'entreprise. La stabilité de la détention des parts de marché, constatée sur une période plus ou moins longue, constitue un indice important²⁷⁷. Les juridictions de l'Union européenne invitent à s'appuyer spécifiquement sur la stabilité des parts de marché pour caractériser l'existence de la position dominante²⁷⁸. La Commission européenne reprend également le critère de durée de la détention de parts de marché élevées. Elle le considère comme « *un premier indice sérieux de l'existence d'une position dominante et, dans certaines circonstances, d'éventuels effets graves de pratiques abusives, justifiant une intervention de la Commission en vertu de l'article 82* » (aujourd'hui TFUE,

²⁷² CJCE, 25 oct. 1977, Metro c/ Commission, aff.26/76, Rec. 1875. - CJCE, 22 oct. 1986, Metro II c/ Commission, aff. 75/84, Rec. 3021.

²⁷³ CJCE, 13 févr. 1979, Hoffmann-La Roche c/ Commission [Vitamines], aff. 85/76, Rec. 461.

²⁷⁴ CJCE, 5 oct. 1988, Alsatel c/ Novasam, aff.247/86, Rec. 5987, pt 19.

²⁷⁵ CJCE, 3 juill. 1991, AKZO c/ Commission, aff. C-62/86, Rec. I. 3359, pt 60 : au sujet d'une part de marché de 50 %. Dans le même sens qu'un taux de 50 % caractérise la position dominante, Trib. UE, 29 mars 2012, Telefónica et Telefónica de España c/ Commission, aff. T-336/07, pt 150.

²⁷⁶ TPI, 12 déc. 1991, Hilti c/ Commission, aff. T-30/89, Rec. II. 1439, pt 90 s. - Trib. UE, 17 déc. 2009, Solvay c/ Commission, aff. T-57/01, Rec. II. 4621, pt 314.

²⁷⁷ VANDENBERGH, *Commission de la Communauté Européenne*, 11 mars 1998, JOCE n° L 246, 4 septembre 1998, p.45.

²⁷⁸ CJCE, 13 févr. 1979, Hoffmann-La Roche c/ Commission [Vitamines], op.cit.n°273, pt 41.

art. 102. - Communication de 2009, point 15). Mais elle s'empresse de rappeler que, en tout état de cause, elle examinera tous les facteurs dans une analyse globale.

Lorsque l'opérateur dispose de parts de marché particulièrement élevées, l'entreprise concernée est dans une position sur le marché qui fait d'elle un partenaire obligatoire des autres opérateurs et lui assure l'indépendance de comportement caractéristique d'une position dominante²⁷⁹.

Pour l'essentiel, la Commission s'inspire assez fidèlement des directives de la jurisprudence européenne (Communication de 2009). Tout en rappelant que « *les parts de marché apportent à la Commission une première indication utile sur la structure du marché et l'importance relative des entreprises qui y sont actives* » (point 13), elle ajoute qu'elle « *considère que des parts de marché modestes sont généralement un bon indicateur de l'absence d'un fort pouvoir de marché ; elle sait d'expérience que si la part de marché de l'entreprise représente moins de 40 % du marché en cause, il est peu probable qu'elle s'y trouve en position dominante* » (point 14). La Commission envisage, toutefois, l'hypothèse contraire où un pouvoir de marché se développerait malgré de faibles parts de marché : « *des cas au-dessous de ce seuil dans lesquels les concurrents ne sont pas en mesure de brider efficacement le comportement* » de l'entreprise en cause, « *notamment lorsqu'ils sont confrontés à de fortes limitations de capacité* ».

139. Il faut préciser que, afin de pouvoir mesurer la part de marché détenue par l'entreprise concernée, il convient, tout d'abord de délimiter les contours du marché pertinent, qui est une question difficile, et il faut aussi faire une estimation de la taille du marché qui peut s'exprimer en chiffre d'affaires ou en termes d'unités vendues (exemple, avions, automobile), ensuite il faut calculer le pourcentage de ce total composé par le chiffre d'affaires ou le volume réalisé par l'entreprise concernée.

D'après la Cour de cassation, il faut s'en tenir au marché défini selon un critère économique et non envisager des sous marchés qui résultent de l'utilisation de

²⁷⁹TPI, 6 oct. 1994, Tetra Pak c/ Commission, aff.T-83/91, Rec. II. 755, pt 109. - TPI, 22 nov. 2001, AAMS / Commission, aff. T-139/98, Rec. II. 3413, pt 51.

techniques de ventes différenciées²⁸⁰. Ainsi une entreprise de vente de livres par abonnements n'a pas été jugée détenir une position dominante dans l'ensemble du marché du livre, qui constitue un tout. Mais la chambre commerciale a admis l'existence de sous marchés autonomes en ce qui concerne le marché de fromages à pâte pressée non cuite²⁸¹. Dans une autre décision elle a considéré que le marché du roquefort constitue en lui-même un marché pertinent en raison des caractéristiques de ce fromage²⁸². La foire à la brocante est un marché pertinent. Selon une jurisprudence bien établie du Conseil de la concurrence, « *un appel d'offres est en soi un marché pertinent* », le marché étant constitué par la rencontre de l'offre et de la demande, chaque appel d'offres émanant d'un maître d'ouvrage représente en soi un marché pertinent au sens du droit de la concurrence²⁸³. Dans une autre décision le Conseil de la concurrence a considéré que le marché de la délégation du service public de distribution d'eau sur lequel se rencontrent la demande des communes ou collectivités et l'offre des entreprises de distribution est un marché pertinent²⁸⁴.

Comme nous l'avons déjà dit, la position dominante sur le marché n'est pas prohibée en soi, c'est son exploitation de manière abusive qui est incriminée. Alors une fois que les critères de l'existence d'une position dominante ont été démontrés, l'autorité de concurrence doit encore prouver que l'entité (qui occupe une position dominante) exploite cette position dominante de manière abusive.

Paragraphe 2 : La notion d'abus

140. En droit commun, il y a abus lorsqu'une personne utilise son droit afin de nuire à autrui. En d'autres termes, l'abus a lieu dans le cadre de l'utilisation du droit tout en ayant une intention de nuire à autrui. Mais aussi, est considéré

²⁸⁰Cass. Com. 10 mars 1992 : D., 1992, 355, note G. GAVALDA.

²⁸¹Cass. Com. 29 nov. 1994 : Bull. civ. IV, n° 358, p. 294.

²⁸²Cass. Com., 6 déc. 2005, n° 04-19-541, Sté des caves et producteurs réunis de Roquefort c/ Min. éco. fin.

²⁸³Cons. Conc., Déc. n° 05-D-45, 22 juill. 2005, Sté Isotec Entreprise et a.

²⁸⁴Cons. Conc., Déc. n° 05-D-58, 3 nov. 2005, Sté lyonnaise des eaux.

comme abus, tout exercice du droit à des fins autres que celles en vue desquelles il a été reconnu à l'individu. Le code des obligations et des contrats a défini explicitement l'abus de droit à l'article 124: « *Doit également réparation celui qui a causé un dommage à autrui en excédant dans l'exercice de son droit les limites fixés par la bonne foi ou par le but en vue duquel ce droit lui a été conféré* ».

En droit de la concurrence, la notion d'abus est différente que celle du droit commun car, si l'abus, en droit commun, se caractérise par l'exercice d'un droit, en droit de la concurrence il se traduit par un comportement sur un marché.

Le droit de la concurrence assigne à la liberté contractuelle des limites plus étroites que celles qui découlent du droit commun des obligations²⁸⁵. Il en résulte un risque d'insécurité juridique, car une convention valable au regard du droit civil, peut être réputée nulle en application du droit de la concurrence, si elle est imposée à ses partenaires par une entreprise qui domine le marché.

Nous trouvons dans le projet de loi libanais sur la concurrence une notion propre de l'abus en matière de position dominante, de même qu'en droits français et communautaire.

L'article 12 du projet de loi de 2007 prohibe non pas la position dominante mais l'exploitation abusive de celle-ci et le texte ne donne aucune précision de cette exploitation abusive. Les rédacteurs du projet de loi se sont contentés d'illustrer une liste d'exemples qui laisse dégager un critère de la notion d'abus en droit de la position dominante. D'abord, le premier exemple d'exploitation abusive est le fait d'imposer ou de limiter les prix ou les conditions de vente des produits. Ensuite, le second exemple vise le fait de perturber l'entrée d'autres personnes sur le marché ou leur exclusion du marché ou le fait de les exposer à des pertes importantes à savoir la vente à perte. Puis, le troisième exemple vise la distinction entre les concurrents dans des contrats identiques quant aux prix de vente et d'achat de sorte à les priver du principe de l'égalité des chances. Un quatrième exemple visé par

²⁸⁵F. DREIFFUS-NETTER, *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, Rev. Trim. Dr. Civ. 1990, p. 369.

l'article 12 est le fait de suspendre la conclusion des contrats à la condition d'accepter certains engagements et enfin le dernier exemple vise le refus de faire des transactions, sans aucun justificatif objectif, avec des personnes concernées par des conditions juridiques habituelles.

A travers ces exemples nous pouvons constater qu'il s'agit d'une liste de comportements intentionnels qui vont porter atteinte à autrui. Tous ces comportements cités à l'article 12 se rattachent au comportement de l'entreprise, générateur d'un préjudice, qui affectent les fournisseurs, les clients ou les consommateurs ; comportement anormal, par référence à celui qui respecterait un régime de concurrence effective et non faussée²⁸⁶.

Donc le projet de loi de 2007 a consacré le critère subjectif, pour caractériser l'abus de position dominante, à travers la recherche de l'élément intentionnel de l'entreprise qui se trouve en position dominante sur le marché.

Par contre, le droit français a consacré outre le critère subjectif pour caractériser l'abus, le critère objectif. L'article L.420-2 al.2 du code de commerce dispose : « *ces abus peuvent consister en refus de vente, en ventes liées ou en pratiques discriminatoires ainsi que dans la rupture de relations commerciales établies, au seul motif que le partenaire refuse de se soumettre à des conditions commerciales injustifiées* ». D'après ces exemples, on dégage un raisonnement subjectif pour caractériser l'abus de position dominante, la recherche de l'élément intentionnel. L'article L.420-2 al.1 renvoie à l'article L.420-1 relatif à la prohibition des ententes qui dispose : « *sont prohibées, lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher {...} le jeu de la concurrence sur le marché {...}* ». La référence à « l'effet » de l'acte commis par l'entreprise pour caractériser son abus montre l'adoption du critère objectif pour caractériser l'abus de position dominante, l'élément intentionnel n'est pas exigé.

En droit communautaire l'article 82 du traité instituant la Communauté européenne devenu l'article 102 du TFUE a retenu le critère subjectif car il énumère une liste de comportements intentionnels : il faut adopter un comportement qui porte préjudice à autrui. La jurisprudence s'est empressée de signaler que cette liste n'est pas limitative et en fit une interprétation téléologique de manière à servir les

²⁸⁶C. GRYNFOGEL, *Droit communautaire de la concurrence*, LGDJ. 1997, p.44.

finalités que poursuit la construction européenne²⁸⁷. Par analogie, nous pouvons considérer que la liste fournie par l'article 12 du projet de loi libanais sur la concurrence doit être considérée comme non limitative.

141. Il convient de se référer à l'approche européenne de l'abus car la jurisprudence a, assez tôt, fourni des éléments de définition généraux que nous pourrions aujourd'hui qualifier de traditionnels. Dans l'arrêt de principe Hoffmann-La Roche²⁸⁸, la Cour de justice a défini l'abus : « *la notion d'exploitation abusive est une notion objective qui vise les comportements d'une entreprise en position dominante qui sont de nature à influencer la structure d'un marché où, à la suite de la présence de l'entreprise en question, le degré de concurrence est déjà affaibli et qui ont pour effet de faire obstacle, par le recours à des moyens différents de ceux qui gouvernent une compétition normale de produits et de services sur la base des prestations des opérateurs économiques, au maintien du degré de concurrence existant encore sur le marché et au développement de cette concurrence* ».

Il résulte d'abord de cette définition que l'abus est une « notion objective », l'élément intentionnel n'est pas une composante nécessaire de l'abus de position dominante. En d'autres termes, la qualification ne suppose pas une analyse de l'intention subjective de l'opérateur (intention de nuire ou conscience de causer un dommage), en ce sens que le comportement de l'entreprise dominante peut être qualifié d'abusif même si elle n'a pas eu l'intention de porter atteinte à l'article 82 du Traité (art.102 TFUE). La démonstration du caractère délibéré du comportement litigieux n'est pas nécessaire²⁸⁹, pas plus que la preuve de l'intention d'agir selon une concurrence par les mérites²⁹⁰, même si elle peut être un indice pertinent pour appuyer la constatation objective d'une mise en œuvre matérielle du comportement abusif²⁹¹.

²⁸⁷CJCE, 21 févr. 1973, Europemballage et Continental Can c/ Commission, aff. 6/72, Rec. 215.

²⁸⁸CJCE, 13 févr. 1979, Hoffmann-La Roche c/ Commission [Vitamines], op.cit.n°273.

²⁸⁹TPI, 12 déc. 2000, Aéroports de Paris c/ Commission, aff. T-128/98, Rec. II. 3929, pt 173.

²⁹⁰CJUE, 19 avr. 2012, Tomra E.A. c/ Commission, aff.C-549/10 P, pt 22.

²⁹¹Trib. UE, 1^{er} juill. 2010, AstraZeneca c/ Commission, aff.T-321/05, Rec. II. 2805, pt 359, au sujet de déclarations trompeuses délibérément fournies aux autorités publiques.

L'arrêt Hoffmann-La Roche évoquait encore l'emploi de moyens différents de ceux qui gouvernent une « compétition normale », que la jurisprudence désigna aussi par des moyens relevant d'une concurrence « par les mérites »²⁹². Cet élément de définition contraste avec le premier en donnant un tour moral à la qualification. Il se retrouve cependant dans la jurisprudence contemporaine pourtant il y a de nombreux auteurs qui le voient à l'origine du formaliste du droit européen. Plutôt que de centrer l'analyse sur les effets nocifs véritables d'un comportement, cette idée favorise une approche formelle et rigide des restrictions de concurrence, autrement dit, sur les effets restrictifs sur le marché²⁹³. La jurisprudence y fait cependant invariablement référence²⁹⁴.

Un dernier concept qui explique l'approche européenne tient dans le concept de responsabilité particulière de l'entreprise en position dominante. Pour la Cour, « *la constatation de l'existence d'une position dominante n'implique en soi aucun reproche à l'égard de l'entreprise concernée, mais signifie seulement qu'il incombe à celle-ci, indépendamment des causes d'une telle position, une responsabilité particulière de ne pas porter atteinte par son comportement à une concurrence effective et non faussée dans le marché commun* »²⁹⁵.

La structure concurrentielle du marché est en effet affaiblie, par le simple fait de la position occupée et exercée par l'entreprise considérée ; dès lors, toute restriction supplémentaire, notamment par la recherche de l'exclusion de concurrents, est constitutive d'abus.

Cette idée, qui est au fondement de la qualification d'abus, est régulièrement critiquée au moyen des mêmes arguments que ceux qui visent le concept de concurrence par les mérites : elle favoriserait une approche formelle et

²⁹² CJCE, 3 juill. 1991, AKZO c/ Commission, aff. C-62/86, Rec. I. 3359, pt 70. - VESTERDORF, Considérations sur la notion de « concurrence par les mérites », in CANIVET [sous la dir. de], *La modernisation du droit de la concurrence*, 2006, LGDJ, p. 163.

²⁹³ La discussion O'DONOGHUE et PADILLA, *The Law and Economics of Article 82 EC*, 2006, Hart Publishing, p. 175 s. - DECOCQ, *La concurrence par les mérites*, CCC avr. 2010. Repère 4, p. 1.

²⁹⁴ CJUE, 27 mars 2012, Post Danmark, aff. C-209/10, pts 22 et 25. - CJUE, 17 févr. 2011, TeliaSoneraSverige, aff. C-52/09, pt 88.

²⁹⁵ CJCE, 9 nov. 1983, Michelin c/ Commission, aff. 322/81, Rec. 3461, pt 57.

économiquement grossière. Cependant, la jurisprudence européenne lui rend régulièrement hommage²⁹⁶.

Ces notions morales de « concurrence par les mérites », de « responsabilité particulière » sont reprises par la Commission européenne dans sa communication de 2009.

Comme nous l'avons déjà évoqué, la position dominante n'est pas en elle-même illicite, seul est condamnable l'abus qui en résulte éventuellement en produisant des effets anticoncurrentiels. Après avoir étudié les notions de position dominante et d'abus, il convient d'exposer les effets de l'abus de la position dominante sur le marché notamment par la perturbation de la concurrence, sa restriction et sa limitation.

Section 2 : L'effet Anticoncurrentiel : la perturbation, la restriction ou l'interdiction de la concurrence sur le marché

142. Si nous reprenons les termes de l'article 12 du projet de loi de 2007, nous constatons que cet article donne des alternatives : ou bien l'autorité de concurrence a réussi à démontrer l'exploitation abusive de la position dominante occupée par l'entreprise poursuivie, et dans ce cas celle-ci doit être sanctionnée, ou bien elle n'y est pas parvenue, et alors l'entreprise n'encourt aucune sanction. Le texte prévoit d'autres débats possibles que celui qui concerne la caractérisation de l'abus, il permet, dans son alinéa **b**, à l'entreprise convaincue d'abus de venir justifier son comportement, à l'image de ce qu'une entreprise poursuivie pour entente peut faire lorsqu'elle plaide que sa pratique mérite d'être exemptée²⁹⁷.

L'entreprise poursuivie doit prouver que le comportement reproché est justifié objectivement. Comme au sujet de la qualification d'entente, celle d'abus se décline donc en deux étapes : en premier lieu l'autorité de concurrence caractérise l'abus

²⁹⁶ CJUE, 27 mars 2012, Post Danmark, aff. C-209/10, pt 23. - CJCE, 2 avr. 2009, France Télécom c/ Commission, aff. C-202/07 P, Rec. I. 2369, pt 105.

²⁹⁷ V. *supra* n° 224.

qui se traduit par une série de comportements abusifs (Paragraphe 1) et, si elle y parvient, l'entreprise poursuivie tentera de démontrer l'existence de justifications objectives (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Les formes de l'abus de position dominante

143. En se référant à l'article 12 du projet de loi libanais sur la concurrence nous trouvons des exemples d'abus de position dominante qui peuvent être classés en deux parties : les pratiques des transactions inéquitables (1) et les pratiques de ventes liées (2).

1- Les pratiques des transactions inéquitables

144. Les pratiques inéquitables consistent pour une entreprise dominante à tirer parti de sa puissance de marché pour imposer des conditions contractuelles « anormales », car elles sont défavorables à leurs partenaires. Ces pratiques inéquitables se manifestent dans les conditions relatives aux prix et à l'approvisionnement.

En effet l'article 12 du projet de loi libanais de 2007 prohibe le fait, pour une entreprise dominante, d'imposer ou de limiter les prix ou les conditions de vente des produits. L'article 102 du Traité (TFUE) vise le fait, pour une entreprise dominante, d'« *imposer de façon directe ou indirecte des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction non équitables* ». Nous trouvons ici que le Traité évoque quant à lui, « les conditions de transaction inéquitables ». En fait, les écarts dans les prix fixés par une entreprise en position dominante ainsi que la discrimination faite par ces prix relèvent une pratique inéquitable.

En général, l'abus de position dominante d'une entreprise par les prix se réalise par un écart entre le montant du bien ou du service fourni et sa valeur économique. Il faut que cet écart soit significatif afin de constituer un élément matériel d'une exploitation abusive.

145. Dans le cadre des pratiques des prix abusifs, nous évoquons, dans un premier temps, la notion de prix excessifs. Cette notion a été critiquée²⁹⁸, car selon une étude, le contrôle des prix excessifs n'a pas réussi à stimuler des analyses économiques en Europe d'une part, et d'autre part, les autorités de la concurrence ne sont pas compétentes pour contrôler les prix car ceux-ci se réunissent pour sanctionner les comportements anticoncurrentiels et ne peuvent pas se transformer en organe de contrôle des prix, cette tâche doit être confiée, par contre, à un organe qui a pour mission le contrôle des prix et qui assure ce contrôle de façon quasi-permanente en se basant sur une analyse économique du marché.

146. Dans un deuxième temps, nous évoquons la notion de prix prédateurs c'est-à-dire, les prix excessivement bas. Afin de déterminer la ligne en deçà de laquelle l'excès est illicite, la jurisprudence européenne s'est inspirée de la doctrine américaine, en particulier du test proposé par Areeda et Turner²⁹⁹. Le test applicable a été consacré dans un l'arrêt rendu dans l'affaire AKZO³⁰⁰. Il faut distinguer deux hypothèses pour appliquer ce teste.

147. Dans la première hypothèse, le prix observé se situe entre les coûts moyens variables CMV³⁰¹ et les coûts moyens totaux CMT³⁰². Dans ce cas l'autorité de contrôle doit démontrer positivement que la politique de prix de l'entreprise dominante s'inscrit dans une stratégie d'éviction car selon un point de vue économique il n'est pas tout à fait irrationnel de vendre dans ces conditions (l'entreprise couvre une partie de ses coûts fixes). Ainsi l'autorité doit démontrer que l'entreprise a une stratégie qui s'inscrit dans un plan d'élimination des concurrents (points 71 et 72 de l'arrêt AKZO).

²⁹⁸GERADIN, *The Necessary Limits to the Control of « Excessive » Prices by Competition Authorities - A View from Europe*, Tilburg University Legal Studies Working Paper, disponibles sur SSRN : www.ssrn.com

²⁹⁹Predatory Pricing and Related Practices under Section 2 of the Sherman Act, 88 : Harvard Law Review 697, 1975. –pour le droit américain, PRIETO, *Abus de position dominante*, J.-Cl. Eur., fasc. 1423, pts 59 s.

³⁰⁰CJCE, 3 juill. 1991, AKZO c/ Commission, aff. C-62/86, Rec. I. 3359.

³⁰¹CMV : ceux qui varient selon la quantité de biens produits.

³⁰²CMT : qui additionnent les coûts fixes et les coûts variables.

Dans la deuxième hypothèse visée par la jurisprudence AKZO, le prix fixé par l'entreprise est en dessous du CMV, l'entreprise dominante perd sur chaque unité vendue. Donc il a été considéré que ces prix sont abusifs *per se* : « le caractère éliminatoire » de la pratique de prix est présumé³⁰³.

2- Les pratiques de ventes liées

148. L'article 12 du projet de loi libanais sur la concurrence prohibe la pratique des ventes liées et en donne une définition, selon le projet de loi : il est interdit de suspendre la conclusion des contrats à la condition d'accepter des engagements qui par nature ou selon les coutumes commerciales ne sont liés par aucun lien au sujet de ces contrats ou non justifiés.

L'article 102 du TFUE contient des dispositions identiques quant à la définition des ventes liées, c'est le fait de « *subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats.* »

L'article L.420-2 du Code de commerce français prohibe expressément les ventes liées sans donner une définition.

149. Donc la vente liée est une pratique abusive exercée par une entreprise en position dominante qui se sert de sa dominance sur le marché d'un bien ou d'un service pour augmenter ses parts de marché ou bien pour restreindre ou interdire l'accès à d'éventuels concurrents.

Ainsi les ventes liées peuvent résulter de plusieurs procédés. Dans l'affaire TetraPak³⁰⁴ la commission lui a reproché d'utiliser des pratiques prohibées. En effet, le groupe se réservait l'exclusivité de l'entretien du matériel vendu et la fourniture des pièces de rechange. L'acquéreur de ce matériel vendu par le groupe devait s'approvisionner en carton auprès de ce groupe. La garantie postérieure à la phase de rodage des machines était liée à l'approvisionnement exclusif de carton

³⁰³TPI, 30 janv. 2007, France Télécom c/ Commission, aff. T-340/03, Rec. II. 107, pt 195.

³⁰⁴Commission de la Communauté européenne, 24 juillet 1991, TetraPak, JOCE n. L72, 18 mars 1992, p.1.

du groupe. Dans ce cas, il a été jugé que les obligations supplémentaires « *sans liens avec l'objet du contrat sont imposées aux acquéreurs de matériel* ».

Dans une autre affaire, la Cour de cassation³⁰⁵ a jugé qu'une entreprise en position dominante ne peut imposer des achats couplés. « *Lorsqu'un opérateur économique en position dominante sur le marché d'un produit, lie, de façon obligatoire, l'achat de ce produit à l'achat d'un autre produit, cette pratique de couplage est susceptible d'entrer dans le champ d'application de l'article L.420-2 c.com. qui prohibe l'exploitation abusive d'une position dominante* ».

La Commission européenne a, en 2004³⁰⁶, infligé une amende contre Microsoft pour abus de position dominante sur le couplage de Windows et de Windows Media Player. Selon la Commission, ce comportement a permis à Microsoft d'acquérir une position dominante sur le marché des systèmes d'exploitation pour serveurs de groupe de travail et risque d'éliminer toute concurrence sur ce marché. Par ailleurs, la conduite de Microsoft a considérablement affaibli la concurrence sur le marché des lecteurs multimédias.

150. Il convient de noter que l'article 12 du projet de loi sur la concurrence au Liban a considéré comme une pratique abusive prohibée le fait de : perturber l'entrée d'autres personnes sur le marché ou leur exclusion du marché ou leur confrontation à des pertes importantes à savoir la vente à perte. En France, la Cour de cassation a considéré³⁰⁷ que : « *les pratiques des fournisseurs restreignant l'accès aux linéaires peuvent être abusives* ». Un fournisseur détenant une position dominante sur son marché l'exploite de façon abusive lorsqu'il met en œuvre des pratiques visant à restreindre l'accès des concurrents aux linéaires des grandes et moyennes surfaces.

³⁰⁵Cass.Com.Déc.n.05-D-44, 21 juill.2005, Le Provençal.

³⁰⁶Com. eur.,*Décision de la Commission, relative à une procédure d'application de l'article 82 du Traité CE, du 24 mars 2004*, affaire COMP/C-3/37.792 Microsoft, JOUE, 6 février 2007, L 32/23

³⁰⁷Cass. Com. 15 janv.2002, op.cit.n°218.

Paragraphe 2 : Les justifications de l'abus de position dominante

151. L'article 12, alinéa **b**, du projet de loi sur la concurrence a permis de ne plus condamner systématiquement une pratique qui n'a pas d'effets nocifs sur le marché et qui présente des avantages pour les consommateurs. Ainsi cet article dispose que, les pratiques prohibées au paragraphe précédent ne sont pas considérées anticoncurrentielles si elles sont engagées dans les moindres restrictions et qu'il en résulte l'un des effets suivants : *la contribution, dans une grande partie, au renforcement de la créativité, du progrès et de l'efficacité économique ; la diminution constante des prix ou l'amélioration de la qualité des produits ou des services présentés aux consommateurs.*

Donc nous pouvons dire que l'entreprise dominante a la possibilité de rapporter la preuve de justifications objectives. Il lui est donc permis de présenter un autre scénario, un autre diagnostic que celui établi par l'autorité de contrôle d'après le teste qui a été mis en œuvre et qui s'est révélé positif. Selon la Communication de 2009 de la Commission (point 31), la charge de la preuve pèse sur l'entreprise dominante.

L'entreprise peut contester l'existence même d'une stratégie anticoncurrentielle (1) ou elle peut démontrer l'existence d'effets proconcurrentiels (2).

1- Contestation de l'existence d'une stratégie anticoncurrentielle

152. L'entreprise dominante va prétendre que l'atteinte à la concurrence est due à des facteurs extérieurs sur lesquels elle n'avait point de prise.

Ici, la Commission européenne (Communication de 2009, point 28 et s.) vise, sous le terme de nécessités objectives, des comportements objectivement nécessaires adoptés pour des raisons touchant à la santé ou à la sécurité qui sont liés à la nature des produits considérés.

L'entreprise dominante peut songer à justifier son comportement en prétendant que ses intérêts sont menacés. Le principe même d'une éventuelle justification des comportements litigieux a été formulé par la Cour de Justice de la Commission

européenne dans l'arrêt *United Brands*³⁰⁸ puis dans l'arrêt *Clearstream*³⁰⁹ : « *l'existence d'une position dominante ne prive pas une entreprise placée dans cette position du droit de préserver ses propres intérêts commerciaux, lorsque ceux-ci sont menacés, et si cette entreprise a la faculté, dans une mesure raisonnable, d'accomplir les actes qu'elle juge appropriés en vue de protéger ses intérêts, de tels comportements ne peuvent cependant être admis lorsqu'ils ont pour objet de renforcer cette position dominante et d'en abuser* ».

L'entreprise dominante peut aussi justifier son comportement en invoquant les contraintes techniques. Ce principe a été admis par la Cour de Justice des Communautés européennes dans l'affaire *United Brands* à propos de la prétention du groupe de réduire l'activité des mûrisseurs au contact avec les seuls détaillants en vue de la vente des bananes en invoquant une contrainte technique, la Cour de justice de la communauté européenne a affirmé que : « *si une recherche de politique de qualité est recommandable et légitime notamment par le choix des revendeurs, en fonction des critères objectifs des revendeurs, de son personnel et de ses installations, cette pratique ne peut être justifiée que si elle ne met pas en place des entraves dont le résultat dépasse les objectifs à atteindre* ».

Des considérations relatives à la sécurité du produit ou du service peuvent aussi justifier le comportement de l'entreprise dominante. Alors que les impératifs de protection sanitaire ou de garantie ne justifient pas n'importe quel comportement d'une entreprise dominante. Ainsi, dans l'affaire *TetraPak*³¹⁰ la commission a écarté toute justification fondée sur les contraintes sanitaires.

2- Démonstration de l'existence d'effets proconcurrentiels

153. L'entreprise dominante a la possibilité d'invoquer des justifications objectives qui permettent de démontrer les gains d'efficience engendrés par son comportement. Dans ce cas, le défendeur ne conteste pas la qualification d'abus, ou les effets anticoncurrentiels de son comportement. Le défendeur doit convaincre l'autorité de contrôle que son comportement a des effets positifs qui

³⁰⁸CJCE, 14 févr. 1978, *United Brands c/ Commission [Chiquita]*, aff. 27/76, Rec. 207.

³⁰⁹TPI, 9 sept.2009, *Clearstream c/ Commission*, aff.T-301/04, Rec. II. 3155, pts 132, 133 et 136.

³¹⁰Décis. Cons. conc. n° 98-D-81 du 21 déc. 1998, op. cit. n° 235.

dépassent les effets négatifs qui ont été identifiés et que par hypothèse l'entreprise ne conteste pas à ce stade.

Ce moyen de défense, articulé autour de la preuve de gain d'efficacité est visé par la commission dans sa Communication de 2009 (point 30) et a été consacré par la jurisprudence³¹¹: « *Il appartient à l'entreprise occupant une position dominante de démontrer que les gains d'efficacité susceptibles de résulter du comportement considéré neutralisent les effets préjudiciables probables sur le jeu de la concurrence et les intérêts des consommateurs sur les marchés affectés, que ces gains d'efficacité ont été ou sont susceptibles d'être réalisés grâce audit comportement, que ce dernier est indispensable à la réalisation de ceux-ci et qu'il n'élimine pas une concurrence effective en supprimant la totalité ou la plupart des sources existantes de concurrence actuelle ou potentielle* ». La jurisprudence a dévoilé le contenu de la preuve apportée par l'entreprise dominante.

La charge de la preuve est bien répartie, l'entreprise dominante doit démontrer l'existence d'un gain d'efficacité et ensuite c'est à l'autorité de poursuite de mettre en œuvre un bilan des effets anticoncurrentiels qu'elle a établi avec les effets positifs apportés par l'entreprise.

Conclusion

³¹¹CJCE, 15 mars 2007, *British Airways c/ Commission*, aff.C-95/04 P, Rec. I. 2331, pt 86, de manière implicite ; plus clairement à partir de TPI, 17 sept. 2007, *Microsoft c/ Commission*, aff. T-201/04, Rec. II. 3601, pts 869 et 1091 s. ; et dernièrement CJUE, 27 mars 2012, *Post Danmark*, aff.C-209/10, pt 40 s.

154. Il s'est avéré, d'après notre étude, que le projet de loi libanais sur la concurrence a bien cadré les notions de concurrence et de pratiques anticoncurrentielles. Il a défini les sanctions imputées en cas de violation de ses dispositions et a surtout créé une autorité chargée de veiller à l'application des règles de concurrence.

Aujourd'hui, le Liban se trouve, malheureusement, d'une part, devant l'absence d'une loi sur la concurrence et d'autre part, d'une autorité de concurrence. Comme nous l'avons précité, le Code des Obligations et des Contrats nous donne des instruments pour agir, mais qui sont assez généraux pour pouvoir régler les problèmes de concurrence et de pratiques anticoncurrentielles qui existent au Liban. La loi sur la protection du consommateur du 4 février 2005, est encore mal appliquée et ne couvre pas toutes les questions de concurrence. Ainsi, le résultat n'est pas du tout satisfaisant surtout au niveau des marchés internes qui s'avèrent, selon une étude³¹², très peu compétitifs avec l'existence d'un comportement monopolistique et oligopolistique.

Ce qui nous mène à dire que la loi libanaise sur la concurrence est une nécessité, un besoin, car, après avoir étudié les dispositions du projet de loi libanais sur la concurrence, nous constatons que cette loi, une fois promulguée, jouera un rôle très important dans la régularisation des marchés concurrentiels libanais ainsi que dans la régularisation des opérations de concentrations économiques et dans la prohibition des pratiques anticoncurrentielles. Sans oublier l'importance de la mise en place d'un organe règlementaire qui rendra cette régularisation et ce contrôle efficaces. Il est vrai que quelques ajustements devraient se produire dans le projet de loi, tels que : donner la possibilité au Conseil de la concurrence de se saisir d'office sur toutes les questions de concurrence³¹³, l'adoption du système de seuil exprimé en chiffre d'affaire au lieu du système de seuil en parts de marché³¹⁴ pour

³¹²Consultation and Research Institute, op.cit.n° 20.

³¹³V. *supra* n°76et s.

³¹⁴V. *supra* n°103et s.

le contrôle des concentrations économiques, la définition et la délimitation du marché pertinent afin de mieux cadrer les opérations économiques³¹⁵.

Mais malgré tout, il ne faut pas ignorer la valeur du projet de loi sur la concurrence, il vaut mieux l'adopter tel qu'il est, dans une première étape, que de rester devant l'absence d'un droit de la concurrence au Liban. D'ailleurs, cette matière est en perpétuelle évolution et modernisation³¹⁶, elle est sujette à maintes réformes.

Donc l'espoir de l'existence d'un véritable droit de la concurrence au Liban et d'une amélioration ultérieure de ce droit ne doivent pas s'éteindre. C'est l'intérêt général du pays qui doit toujours prôner, car en réalité *«une addition d'intérêts particuliers ne donnera jamais pour somme l'intérêt général»*³¹⁷.

³¹⁵V. *supra* n° 11 et s.

³¹⁶V. *supra* n° 61.

³¹⁷G. BURDEAU, *Manuel de droit constitutionnel et institutions politiques*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1984.

Bibliographie

Ouvrages

BOUTARD-LABARD Marie-Chantal, CANIVET Guy, CLAUDEL Emmanuelle, VIALENS Jérémie, *L'application en France du droit des pratiques anticoncurrentielles*, LGDJ, 2008

BRAULT Dominique, *Droit de la concurrence comparé*, Economica, 1995

CHEROT Jean-Yves, *La soumission d'actes de droit public au droit de la concurrence n'est pas contraire à la Constitution*, D. 1991

CHEVALLIER Jacques, *Fonction contentieuse et fonction juridictionnelle : Mélanges M. Stassinopoulos*, LGDJ 1974

CORNUGérard, *Vocabulaire juridique*, Association Henri CAPITANT, 4^{ème} édition, PUF 2003

DECOQ André, *Droit de la concurrence interne et communautaire*, L.G.D.J. 2002, Paris

DESTOURS Stéphane, *La soumission des personnes publiques au droit interne de la concurrence : Litec coll. Bibl. dr. entr.* 2000

FABIA Charles et SAFAPierre, *Précis de droit commercial libanais*, code de commerce annoté, tome 1, édition bilingue, Université Saint Joseph, 1974

FRISON-ROCHE Marie-Anne et PAYET Marie-Stéphane, *Droit de la concurrence*, Préc. D. 2005

GRYNFOGEL Catherine, *Droit communautaire de la concurrence*, L.G.D.J. 1997, Paris

GUYONYves, *Droit des affaires*, tome 1, 9ème édition, Economica et Delta, 1996, Paris

KAZZI Habib, *Le contrôle des pratiques anticoncurrentielles et des concentrations entre entreprises dans une économie mondialisée*, Presse Universitaire d'Aix-Marseille, coll. Institut de droit des affaires, 2008

MAULARIE-VIGNALMarie, *Droit interne de la concurrence*, éd.ARMAND COLIN, 1996, Paris

NASNAS Roger, *Le Liban de demain Vers une vision économique et sociale*, Edition Dar-Anahar, 1^{ère} édition, 2007

PERRIN Laurent, *Le président d'une autorité administrative indépendante de régulation*, La librairie numérique, coll. Droit et science politique 2014

TYANEmile, *Droit commercial*, tome 1, éd. Librairie Antoine, 1968

WINCKLER et BRUNET, *La pratique communautaire du contrôle des concentrations*, 2^e éd., Bruxelles, 1998

Articles

ARHELPierre, « Adaptation du droit national au droit communautaire de la concurrence » :JCP E 16 déc. 2004, no 51, p. 1857

ARHELPierre, « Les nouveautés du décret d'application du 30 avril 2002 relatives à la loi NRE » : Contrats, conc. consom. 2002, p. 9

ARHELPierre, «Concentrations »: répertoire de droit commercial, sept. 2013

ARHEL Pierre, « Les nouveautés du décret d'application du 30 avril 2002 relatives à la loi NRE »: Contrats, conc. consom. 2002, p. 9

ARHEL Pierre, « Une nouvelle réglementation pour les petites ententes et les petites concentrations » :JCP E 2004. 685

BOSCO David, « Nouvelles attributions pour l'Autorité de la concurrence » : La Semaine Juridique -Entreprises et Affaires - n° 37 - 10 sept 2015, dossier n° 1406

BOUTARD LABARDE Marie-Chantal, « Secret des affaires devant le Conseil de la concurrence :une surprenante négligence »: Gaz. Pal. 4 janvier 1992, p. 1

CALVO Karin, « La jurisprudence de la Commission en matière d'abus de position dominante »: Gaz. Pal.,1987, 445.

CLAUDEL Emmanuelle,“Concurrence”: RTD com. 2009, n° 1, chron. p. 91 s.

DAILLE-DUCLOS Brigitte, « Le respect du contradictoire devant les autorités administratives nonjuridictionnelles » : Contrats., conc. consom. 2000, comm.9

De la LAURENCIE Jean-Patriceet GIVRY Laure, « Loi NRE : Régulation de la concurrence »:suppl. Lamy Droit des Aff. 2001,n° 40

De la LAURENCIE Jean-Patriceet GIVRY Laure, « Régulation de la concurrence dans la loi NRE » : Bull. act. Lamy droit économique, no 141, juill. 2001. 1 s.

DREIFFUSS-NETTER Frédérique, « Droit de la concurrence et droit commun des obligations »: Rev. Trim. Dr. Civ. 1990, 369

GAUDEMET Yves,« *Le droit de la concurrence et l'organisation des services publics : aspects contentieux* » : RD publ. 1989, p. 1780

GRAFF M., « Délégation de service public et concurrence » : Rev. conc. consom. 1996, n° 93, p. 4

GROS H., « Le sursis à exécution en matière de concurrence »: LPA 8 mars 1991, p. 4

IDOT Laurence, « Les mesures conservatoires en droit de la concurrence » : RTDE 1993, p. 581

KAZZI Habib, « Plaidoyer pour l'adoption d'un droit de la concurrence au Liban » : Revue Al Adle, septembre 2008, no 42, p.1481

KAZZI Habib, « Aides d'Etats et compétitivité des entreprises communautaires », Revue Internationale de Droit Economique, 2007, p.441

LASSERRE Bruno, « La transformation du Conseil de la concurrence en Autorité de la concurrence, clé de voute d'une régulation de la concurrence moderne, juste et efficace »: Journ. Sociétés 2009,no 61, p.19

MENURET Jean-Jacques, « La saisine d'office du Conseil de la concurrence au regard de l'article 6, paragraphe 1er, de la Convention européenne des droits de l'homme » : CCC janv. 2002.Chron. 1, p. 4 s.

PAULHAC Camille, « Le nouveau communiqué de l'Autorité de la concurrence relatif au programme de clémence »: La semaine Juridique- Entreprise et affaires, No 43-44- 22 octobre 2015- Concurrence 796, p :5

PRIETO Catherine, Abus de position dominante, J.-Cl. Eur., fasc. 1423, pts 59 s.

PRIETO Catherine, Position dominante, J.-Cl. Eur., fasc. 1421, 2010, n° 14

REDON D. et NASSER EL DINE S. : D. 2013, chron. p. 2540

Sites Internet

Le site officiel de l'Autorité de la concurrence : www.autoritedelaconcurrence.fr

Le site officiel de la législation française: www.legifrance.gouv.fr

Le site officiel de l'Union Européenne : www.europa.eu.int

Table des matières

Table des abréviations.....	3
Sommaire.....	5
Introduction.....	6
Première partie : La loi sur la concurrence : Un outil de renforcement des conditions de la concurrence dans l'économie libanaise.....	16
Titre I : Le champ d'application du droit de la concurrence.....	17
Chapitre 1 : L'Entreprise : sujet privilégié du droit de la concurrence.....	23
Section 1 : Nature économique de l'activité de l'entreprise : critère matériel.....	25
Section 2 : Autonomie économique de l'entreprise : critère organique.....	27
Paragraphe 1 : L'autonomie économique, condition essentielle pour la mise en œuvre des pratiques anticoncurrentielles.....	28
1-La détermination de l'existence d'une pratique anticoncurrentielle.....	28
2-La détermination de l'entité auteur de la pratique anticoncurrentielle.....	28
Paragraphe 2 : L'appréciation de l'autonomie économique.....	29
1-La société contrôlée.....	29
2-Le groupe de société.....	30
3-L'agence commerciale.....	30
Chapitre 2 : L'application du droit de la concurrence aux personnes publiques et compétence juridictionnelle.....	33
Section 1 : La légalité des actes des personnes publiques au regard du droit de la concurrence.....	34
Paragraphe 1 : Les actes des personnes publiques soumis au droit de la concurrence	34
1-La notion de consommateur final.....	35

2-La notion d'activité économique.....	35
Paragraphe 2 : Les actes des personnes publiques non soumis au droit de la concurrence	36
1-Activité de puissance publique.....	37
2-Activité à caractère exclusivement social.....	38
Section 2 : La répartition des compétences du Conseil de la concurrence et des juridictions administratives.....	39
Paragraphe 1 : Notion de prérogatives de puissance publique et compétence juridictionnelle.....	40
1-Actes indissociables de l'exercice de prérogatives de puissance publique, compétence du juge administratif	41
2-Actes détachables de l'exercice de prérogatives de puissance publique, compétence du juge judiciaire.....	43
Paragraphe 2 : Opposabilité du droit de la concurrence aux actes administratifs...46	
Titre II : Le Conseil de la concurrence et les règles de procédure applicables.....	48
Chapitre1 : Le Conseil de la concurrence.....	49
Section 1 : La création et l'organisation du Conseil de la concurrence.....	49
Paragraphe 1 : La nature juridique du Conseil de la concurrence.....	51
Paragraphe 2 : Les prérogatives du Conseil de la concurrence.....	52
1-Fonction contentieuse.....	53
2-Fonction administrative.....	54
3-Fonction consultative.....	55
Paragraphe 3 : Les prérogatives du président du Conseil de la concurrence.....	57
Section 2 : La composition du Conseil de la concurrence	58
Paragraphe 1 : L'Organisme du Conseil.....	59
Paragraphe 2 : Le bureau du rapporteur des affaires de concurrence.....	61

Paragraphe 3 : Le bureau technique de la politique des prix.....	63
Paragraphe 4 : Le secrétariat du Conseil de la concurrence.....	64
Chapitre 2 : Les règles de procédure.....	65
Section 1 : La procédure d'enquête	66
Paragraphe 1 : Les agents compétents et le déroulement de l'enquête.....	66
Paragraphe 2 : L'entrave au contrôle et le refus de communication.....	70
Paragraphe 3 : Le rapport d'enquête.....	71
Paragraphe 4 : La saisine du Conseil de la concurrence	73
Section 2 : L'instruction.....	76
Paragraphe 1 : Notification des parties.....	77
Paragraphe 2 : Pouvoirs d'injonction et de sanction.....	79
1-Pouvoirs d'injonction.....	79
2-Pouvoir de sanction.....	80
Paragraphe 3 : Voies de recours contre les décisions du Conseil.....	86
1-Les personnes pouvant exercer le recours.....	86
2-Les décisions susceptibles de faire l'objet d'un recours.....	88
3-Les décisions rendues par la cour d'appel.....	89
Deuxième partie : Le contrôle des concentrations économiques et la sanction des pratiques anticoncurrentielles : Deux aspects cruciaux du droit de la concurrence.....	91
Titre I : Le domaine du contrôle des concentrations économiques	92
Chapitre 1 : La notion de concentration économique.....	93
Section 1 : Le principe de contrôle des concentrations.....	95
Paragraphe 1 : La réglementation du contrôle des concentrations.....	95
1-Notion préliminaire.....	95

2-Les lignes directrices de l’Autorité de la concurrence sur le contrôle des concentrations.....	97
Paragraphe 2 : Objectif du contrôle des concentrations.....	98
Section 2 : La dimension de la concentration.....	99
Paragraphe 1: Le seuil déterminé par la loi.....	99
Paragraphe 2 : Les entreprises concernées.....	103
Chapitre 2 : La procédure devant le Conseil de la Concurrence.....	104
Section 1 : La notification d’une opération de concentration.....	104
Paragraphe 1 : Obligation d’une notification préalable.....	104
1-La pré notification.....	106
2-La notification basée sur un dossier incomplet.....	107
Paragraphe 2 : Sanction du défaut de notification.....	108
Section 2: Contrôle du Conseil de la concurrence.....	109
Paragraphe 1 : Délai d’examen de l’opération.....	109
Paragraphe 2 : Publicité de l’opération de concentration.....	110
Paragraphe 3 : Décisions adoptées	112
1-Typologie des décisions.....	112
2-Respect des engagements.....	114
Titre II : Les pratiques Anticoncurrentielles.....	116
Chapitre 1 : Les ententes.....	117
Section 1 : Le principe : la prohibition des ententes restrictives de concurrence.....	118
Paragraphe 1 : L’existence d’un concours de volonté.....	119
Paragraphe 2 : La preuve du concours de volonté.....	121
1-Preuve des ententes horizontales.....	121

2-Preuve des accords verticaux.....	121
Section 2 : L'effet Anticoncurrentiel : la perturbation, la restriction ou l'interdiction de la concurrence sur le marché.....	123
Paragraphe 1 : Les ententes prohibées.....	125
1-Limite de l'accès au marché.....	125
2-Obstacle à la fixation des prix.....	126
3-Fixation ou limitation de la production, des offres d'emploi, des investissements ou du progrès technique.....	128
4-Répartition du marché.....	129
5-Collusion sur les offres.....	130
Paragraphe 2 : Les ententes tolérées.....	130
Chapitre 2 : L'abus de position dominante.....	133
Section 1 : Le principe : La prohibition de l'exploitation abusive d'une position dominante.....	133
Paragraphe 1 : La notion de position dominante.....	134
1-La notion de pouvoir de marché.....	136
2-Le critère de la part de marché.....	137
Paragraphe 2 : La notion d'abus.....	140
Section 2 : L'effet Anticoncurrentiel : la perturbation, la restriction ou l'interdiction de la concurrence sur le marché.....	145
Paragraphe 1 : Les formes de l'abus de position dominante.....	146
1-Les pratiques des transactions inéquitables.....	146
2-Les pratiques de ventes liées.....	148
Paragraphe 2 : Les justifications de l'abus de position dominante.....	150
1-Contestation de l'existence d'une stratégie anticoncurrentielle.....	150
2-Démonstration de l'existence d'effets proconcurrentiels.....	151

Conclusion.....	153
Bibliographie.....	155