

145900

UNIVERSITE GALATASARAY

Institut des Sciences Sociales

Département de Droit

**LES CRITERES JURISPRUDENTIELS DE LA
DETERMINATION D'UNE POSITION DOMINANTE EN
DROITS TURCS ET EUROPEENS DE LA CONCURRENCE**

D.E.A. (Diplôme d'Etudes Approfondies)

Melis BIŞKİN

Directeur de recherche : Doç. Dr. Ercüment Tezcan

Mémoire pour l'obtention du DEA « Droit de l'Union Européenne »

FEVRIER 2004

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION

PREMIERE PARTIE- LES CRITERES RELATIFS AUX DONNEES QUANTITATIVES DU POUVOIR DE MARCHÉ DE L'ENTREPRISE

Chapitre I- La détermination des parts de marché en tant que donnée quantitative du pouvoir de marché

Section I- La source des informations relatives aux parts de marché

Section II- Le calcul des parts de marché

Sous-Section I- Les différentes méthodologies adoptées par la jurisprudence

Sous-Section II- Les éléments inclus dans le calcul

Chapitre II- L'utilisation concrète des parts de marché dans l'appréciation d'une position dominante

Section I- Les conditions d'utilisation des parts de marché

Sous-section I- Le rôle cumulatif des parts de marché absolues et parts de marché relatives

Sous-section II- La recherche d'une continuité des parts de marché

Section II- Des exemples du rôle des parts de marché dans l'appréciation

Sous-section I- Exemples de la jurisprudence européenne

Sous-section II- Exemples de la jurisprudence turque

DEUXIEME PARTIE- LES CRITERES RELATIFS AUX FACTEURS QUALITATIVES DU POUVOIR DE MARCHÉ DE L'ENTREPRISE

Chapitre I- Les barrières à l'entrée relatives à la rentabilité du marché

Section I- Les perspectives du marché

Section II- L'investissement nécessaire

Chapitre II- Les barrières à l'entrée relatives aux entreprises présentes sur le marché

Section I- Les avantages financiers de l'entreprise

Section II- Les avantages structurels de l'entreprise

Chapitre III- Les barrières relatives au cadre juridique

Section I- Le droit régissant le marché pertinent

Section II- La détention de droits exclusifs

TROISIEME PARTIE- LES CRITERES PROPRES AUX SITUATIONS DE DOMINATION COLLECTIVE D'ENTREPRISES

Chapitre I- Une acceptation difficile de la notion de position dominante collective

Section I- La réticence des autorités européennes et l'arrêt *Societa Italiana Vetro*

Section II- L'évolution dans les années 90' et une affirmation plus certaine de l'acceptation

Chapitre II- L'application concrète de la notion par une détermination de critères

Section I- L'approche de la jurisprudence européenne

Sous-section I- L'établissement des « facteurs de corrélation »

Sous-section II- La prise en compte de la structure du marché

Section II- L'approche de la jurisprudence turque

Sous-section I- L'évolution de l'application de la notion

Sous-section II- La prise en compte de la structure du marché

CONCLUSION

BIBLIOGRAPHIE

ABBREVIATIONS

CJCE, Cour	: Cour de Justice de l'Union Européenne
Commission	: Commission de l'Union Européenne
Conseil	: Conseil de la Concurrence turc (<i>Rekabet Kurulu</i>)
JOCE	: Journal officiel des communautés européennes
Loi	: Loi Sur la Protection de la Concurrence no. 4054 en date du 7.12.1994 publiée dans le Journal Officiel du 13.12.1994 numéro 22140.
TPI	: Tribunal de Première Instance de l'Union Européenne
Traité	: Traité Instituant la Communauté Européenne

INTRODUCTION

Le droit de la concurrence est un droit *sui generis* en ce qu'il se base sur des données purement économiques pour imposer des règles et prohibitions sur des marchés de biens et services, en vue d'y assurer et d'y promouvoir l'existence et le maintien d'une concurrence saine¹.

Le droit de la concurrence se concentre en général sur deux types d'activités; d'une part les ententes, au sens général, entre entreprises, qui empêchent, restreignent ou faussent la concurrence et d'autre part l'exploitation abusive par des entreprises, de la position dominante qu'elles détiennent individuellement ou collectivement sur le marché concerné, faussant ainsi le jeu de la concurrence voire même l'empêchant totalement².

Les garants de l'application du droit de la concurrence sont en général des organes judiciaires ou autre, d'ordre national ou supranational. Dans l'Union Européenne cette tâche revient aux autorités nationales comme le Conseil de la concurrence en France ou Office of Fair Trading au Royaume-Uni mais aussi aux organes de l'Union Européenne (plus précisément à la Commission, la Cour de justice des Communautés européennes ou CJCE et le Tribunal de 1ère Instance dans la mesure où le cas en question a une portée de dimension supra-nationale et communautaire) eu égard à l'article 3 alinéa (g) du Traité qui indique que la mission de la Communauté européenne comporte « *un régime assurant que la concurrence n'est pas faussée dans le marché intérieur* ».

En Turquie, le garant de l'application du droit de la concurrence dans le cadre de la Loi sur la Protection de la Concurrence no. 4054 en date du 7.12.1994 est l'Autorité de la Concurrence (*Rekabet Kurumu*) avec son organe décisionnel le Conseil de la

¹ On le définit aussi comme la « constitution de l'économie » SU K. T., « *Rekabet Hukukunda Teşebbüslerin Hakim Durumunun Belirlenmesinde Pazar Gücünün Ölçülmesi* » Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara, p. 5

² Il existe aussi « un droit de la concurrence » au sein du droit commercial. Mais ici le droit de la concurrence sera entendu au sens où l'entend la Loi sur la Protection de la Concurrence no. 4054 et les articles pertinents du Traité de Rome.

Concurrence (*Rekabet Kurulu*)³ dont les décisions sont soumises au contrôle juridictionnel du Conseil d'Etat (*Danıştay*). A cet effet, l'article 20 de la Loi susmentionnée sur la Protection de la Concurrence indique qu'une des responsabilités de l'Autorité de la Concurrence est d'assurer la formation et le développement des marchés de biens et services dans une atmosphère de concurrence libre et saine.

S'agissant plus particulièrement de l'interdiction de l'exploitation abusive d'une position dominante, l'article 82 (ex-article 86) du Traité Instituant la Communauté européenne déclare « *incompatible avec le marché commun et interdit, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché commun ou dans une partie substantielle de celui-ci* »⁴.

De même, l'article 2, paragraphe 2 du règlement CEE du Conseil no. 4064/89 du 21 décembre 1989 relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises énonce; « *Les opérations de concentration qui ne créent pas ou ne renforcent pas une position dominante ayant comme conséquence qu'une concurrence effective serait entravée de manière significative dans le marché commun ou une partie substantielle de celui-ci doivent être déclarées compatibles avec le marché commun* »⁵.

³ Il est important d'indiquer à ce stade que le Conseil de la Concurrence tout comme la Commission européenne ne sont pas des organes judiciaires. S'agissant du Conseil de la Concurrence, il s'agit de l'organe décisionnel de l'Autorité de la Concurrence qui elle-même est un organe de régulation. Les décisions du Conseil de la Concurrence sont soumises au contrôle juridictionnel du Conseil d'Etat, de même que les décisions de la Commission sont soumises au contrôle juridictionnel de la CJCE et du TPI selon les cas. Dès lors on peut se référer à la « pratique décisionnelle » du Conseil de la Concurrence et de la Commission et à la « jurisprudence » de la CJCE, TPI et Conseil d'Etat turc. Par souci de simplification, référence sera faite à l'ensemble des décisions de tous les organes précités sous la notion de « jurisprudence ». Il convient d'indiquer aussi que sauf quelques unes, les décisions du Conseil n'ont pas fait l'objet de recours devant le Conseil d'Etat et dans ces peu nombreuses décisions du Conseil d'Etat, on remarque qu'il ne s'est pas prononcé sur le fond des décisions du Conseil.

⁴ Il est à souligner que la détention d'une position dominante n'est pas interdite par cet article, ce qui est interdit c'est précisément l'exploitation abusive d'une telle position. WHISH, R, *Competition Law*, London, Lexis Nexis., 5ème Edition, 2003, p. 178. A cet effet, dans sa décision *Michelin* (Arrêt de la Cour du 9 novembre 1983. *NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin contre Commission des Communautés européennes*. Affaire 322/81), la Cour détermine qu'« *en effet, 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* », considérant 57.

⁵ Il convient de préciser ici que l'appréciation prospective des positions dominantes dans le cadre des concentrations ne fera pas l'objet d'études dans ce mémoire par contre référence sera faite à la jurisprudence et opinions concernant la compatibilité des concentrations dans la mesure où elles

La notion de position dominante n'étant pas pour autant définie dans la législation européenne de la concurrence⁶, c'est aux organes décisionnels de l'Union que la tâche de définir verbalement et de remplir le contenu de cette expression s'est trouvée imposée.

Ainsi une définition élaborée d'une position dominante se trouve énoncée pour la première fois dans la décision *Continental Can* de la Commission du 9 décembre 1971. La Commission considère que « ...des entreprises sont en position dominante lorsqu'elles ont une possibilité de comportements indépendants qui les met en mesure d'agir sans tenir notablement compte des concurrents, des acheteurs ou des fournisseurs; qu'il en est ainsi lorsque, en raison de leur part de marché ou de leur part de marché en liaison notamment avec la disposition de connaissances techniques, de matières premières ou de capitaux, elles ont la possibilité de déterminer les prix ou de contrôler la production ou la distribution pour une partie significative des produits en cause; que cette possibilité ne doit pas nécessairement découler d'une domination absolue permettant aux entreprises qui la détiennent d'éliminer toute volonté de la part de leurs partenaires économiques mais qu'il suffit qu'elle soit assez forte dans l'ensemble pour assurer à ces entreprises une indépendance globale de comportement, même s'il existe des différences d'intensité de leur influence sur les différents marchés partiels... »⁷.

Cette définition est donc axée sur de la notion d'« indépendance globale de comportement de l'entreprise ». Bien qu'elle donne une indication utile dans l'appréciation de la position dominante, c'est sur une définition similaire mais plus synthétique que les autorités européennes ont hissé leur jurisprudence. Il s'agit de la définition dans la décision de principe *Hoffmann-La Roche* de la Cour du 13 février 1979⁸;

seront aussi relatives aux critères de détermination de position dominante dans le sens de l'article 82 du Traité et article 6 de la Loi.

⁶ La notion est définie dans les droits américain et allemand. Dans le droit allemand, selon la définition légale du concept de position dominante, une présomption de position dominante individuelle existe là où une entreprise détient plus du 1/3 de part dans le marché. NAVARRO E., FONT A., FOLGUERA J., BRIONES J., *Merger Control in the European Union*, Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 141 et 148.

⁷ Décision de la Commission du 9 décembre 1979 (IV/26 811 *Continental Can*) 72/21/CEE

⁸ *Hoffmann-La Roche & Co. AG c/ Commission*, Aff. 85-76, considérant 38. La définition se retrouve aussi dans la décision antérieure *United Brands Continental BV de la Commission* no. 27/76 ainsi que

« ...la position dominante ainsi visée concerne 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... »⁹

L'énoncée se poursuit avec la considération suivante.

« ...que pareille position (position dominante)...n'exclut pas l'existence d'une certaine concurrence mais met la firme qui en bénéficie en mesure, sinon de décider, tout au moins influencer notablement les conditions dans lesquelles cette concurrence se développera et en tout cas, de se comporter dans une large mesure sans devoir en tenir compte et sans pour autant que cette attitude lui porte préjudice... ».

Il découle de cette définition que la considération essentielle est la détention par l'entreprise « d'une puissance économique » ou « pouvoir de marché » qui lui permet d'agir indépendamment des autres acteurs du marché.

Quant au droit de la concurrence turc qui est dans grande mesure similaire voire sur de nombreux points identique au droit européen¹⁰, il fait place à l'expression de « position dominante » et en donne la définition.

Ainsi l'article 6 de la Loi sur la Protection de la Concurrence no. 4054 énonce *« l'exploitation abusive par une ou plusieurs entreprises dans l'ensemble du pays ou dans une partie de celui-ci, de leur position dominante sur un marché de biens ou de services, individuellement ou par des accords conclus avec d'autres ou par des pratiques concertées, est illégale et interdite ».*

dans de nombreuses décisions ; Arrêt du TPI (première chambre) du 17 décembre 2003. *British Airways plc contre Commission des Communautés européennes*, T-219/99; arrêt du TPI du 12 décembre 2000, *Aéroports de Paris/Commission*, T-128/98.

⁹ Une définition similaire a été établie dans le cadre du contrôle des concentrations "une situation de puissance économique détenue par une ou plusieurs entreprises qui leur donnerait le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause en leur fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de leurs concurrents, de leurs clients et, finalement, des consommateurs". Voir par exemple l'arrêt du TPI du 25 mars 1999, *Gencor c/ Commission* T-102/06.

¹⁰ ERDEM E., « *Türk ve AT Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmalar* », Istanbul, Beta, 2003, p. 292

De même l'article 6 de la Communiqué sur les Concentrations et Acquisitions Nécessitant la Permission du Conseil de la Concurrence no. 1997/1 indique que *« permission sera accordée aux concentrations et acquisitions qui ne créent pas une position dominante ou qui ne fortifient pas une position dominante existante et au résultat qui n'affectent pas de façon significative la concurrence effective dans le pays ou dans une partie de celui-ci »*.

Enfin l'article 3 de la Loi sur la Protection de la Concurrence précitée reprend et adapte la définition classique de la jurisprudence européenne et définit une position dominante comme *« le pouvoir d'une ou plusieurs entreprises de déterminer les paramètres économiques sur un marché donné, tels que le prix, offre, production et quantité de distribution, en agissant indépendamment de leurs concurrents et clients »*.

Par conséquent le Conseil de la Concurrence a pu se contenter d'énoncer la définition donnée dans la législation et poursuivre avec l'analyse de chaque cas.¹¹

L'arrêt précité *Hoffmann- La Roche* indique aussi à son considérant 39 que *« l'existence d'une position dominante peut résulter de plusieurs facteurs qui, pris isolément, ne seraient pas nécessairement déterminants, mais que parmi ces facteurs l'existence de parts de marché d'une grande ampleur est hautement significative... »*, la Cour poursuit en faisant référence aux constats de la Commission *« à côté des parts de marché, l'existence d'une série d'autres éléments, qui, combinés avec ses parts de marché, assureraient dans certains cas, à Roche une position dominante »*.

En effet, dans l'examen des cas dans le cadre de l'article 82, le systématique qui consiste en la détermination du marché pertinent¹², suivi par la détermination de

¹¹ Les décisions du Conseil de la Concurrence turc sont publiées dans le Journal Officiel sous la rubrique « Rekabet Kurulu Kararları » (décisions du Conseil de la Concurrence) et sur le site Internet du Conseil (www.rekabet.gov.tr) Ici bas, par souci de clarté, référence sera faite aux décisions sous l'appellation de « décision » et non sous le nom original. Décision *Istanbul Halk Ekmek* du 4.8.1999 no. 99-37/376-241 p. 3 *« L'article 3 de la Loi procure la définition d'une position dominante. Selon cette définition, une position dominante se réfère au pouvoir d'une ou plusieurs entreprises sur un marché donné d'en déterminer les paramètres économiques tels que le prix, l'offre, la production et la quantité de distribution en agissant indépendamment de leurs concurrents et clients »*.

¹² La détermination du marché pertinent est une étape cruciale dans une appréciation sous l'article 82 du Traité et aussi bien sous l'article 6 de la Loi sur la Protection de la Concurrence car c'est sur la base de ce marché constituant *« le périmètre à l'intérieur duquel s'exerce la concurrence entre les entreprises »* (« Communication sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire » du 9 décembre 1997) que l'appréciation de l'existence d'une position dominante sera faite. Ce sujet qui mériterait à lui seul une étude à part entière, ne sera pas traité ici.

l'existence d'une position dominante débutant par une analyse des parts de marché et se poursuivant avec la prise en compte de critères complémentaires comme dans le cas *Hoffmann-La Roche* susmentionné et se terminant par l'appréciation d'un abus de la part de l'entreprise concernée se retrouve dans la quasi-totalité des décisions de des autorités européennes¹³.

Un systématique similaire se retrouve dans les décisions du Conseil de la Concurrence et ainsi dans sa décision *Benkar* du 28. 04. 1999, après avoir déterminé le marché pertinent, le Conseil indique « *le sujet de la plainte doit être examiné dans le cadre de l'article 6 de la Loi no. 4054 et dès lors il doit être déterminé si l'entreprise en question est en position dominante. Pour la détermination de la position dominante sur un marché de biens ou services donné, il est nécessaire de tenir compte des critères tels que la part de marché de l'entreprise, les conditions pour accéder au marché, la continuité de la position dominante, la capacité de se comporter indépendamment et le pouvoir de marché détenu...si l'entreprise détient une large part de marché, il est possible de faire une détermination de position dominante au-delà de toute doute, par contre eu égard aux caractéristiques de chaque cas, à côté des parts de marché, il peut aussi être nécessaire d'évaluer le cas eu égard à d'autres critères* »¹⁴. De même dans une décision concernant le marché d'aliments pour animaux domestiques, le Conseil cite d'abord l'énoncée de l'article 6 de la Loi prohibant l'exploitation abusive des positions dominantes. Il poursuit en indiquant la définition d'une position dominante selon l'énoncée de l'article 3 de la Loi et ensuite en examinant l'importance des parts de marché suivi d'une analyse des facteurs qualitatifs¹⁵.

D'autre part, la Cour, le Tribunal de Première Instance et la Commission européenne qui ont hissé au fur et à mesure des années une jurisprudence analytique sur la notion de position dominante ont dû faire un pas de plus avec l'acceptation de l'existence de positions dominantes collectives. Le concept trouve sa place dans la jurisprudence européenne pour la première fois dans la décision *Società Italiana Vetro* où le Tribunal de Première Instance énonce « ... *On ne saurait exclure, par principe, que*

¹³ Voir par exemple, arrêt de la Cour du 9 novembre 1983. *NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin contre Commission des Communautés européennes*. Affaire 322/81

¹⁴ Décision *Benkar* du 28.4.1999 no. 99-21/167-86 p. 5. Le même systématique se retrouve aussi dans la décision suivante: *Istanbul Halk Ekmek* du 4.8.1999 no.99-37/376-241,

¹⁵ Décision *Ankara Veteriner Tip Merkezi & Propet* du 18.4.2000 no. 00-14/138-70

*deux ou plusieurs entités économiques indépendantes soient, sur un marché spécifique, unies par de tels liens économiques que, de ce fait, elles détiennent ensemble une position dominante par rapport aux autres opérateurs sur le même marché...¹⁶. La décision *Almelo*¹⁷ de la CJCE poursuit ce raisonnement en indiquant à son considérant 42 qu'«une telle position dominante collective exige cependant que les entreprises du groupe en cause soient suffisamment liées entre elles pour adopter une même ligne d'action sur le marché»¹⁸.*

Dès lors les deux premières parties de ce mémoire traiteront des critères relatifs respectivement aux données quantitatives du pouvoir de marché de l'entreprise et aux facteurs qualitatifs de ce pouvoir de marché. Quant à la dernière partie, elle traitera des critères propres aux situations de position dominante collective.

¹⁶ Arrêt du Tribunal de première instance (première chambre) du 10 mars 1992. *Società Italiana Vetro SpA, Fabbrica Pisana SpA et PPG Vernante Pennitalia SpA contre Commission des Communautés européennes*. Affaires jointes T-68/89, T-77/89 et T-78/89. Considérant. 358

¹⁷ Arrêt de la Cour du 27 avril 1994. *Commune d'Almelo et autres contre NV Energiebedrijf Ijsselmij*. Affaire C-393/92.

¹⁸ NIKPAY A., FAULL J., *The EC Law of Competition*, Oxford, Oxford University Press, 1999, p.138

PREMIERE PARTIE- LES CRITERES RELATIFS AUX DONNEES QUANTITATIVES DU POUVOIR DE MARCHÉ DE L'ENTREPRISE

La Communication sur la Définition du Marché En Cause aux fins du Droit Communautaire de la Concurrence indique que « *la définition du marché permet entre autres de calculer les parts de marché, qui apportent des informations utiles concernant le pouvoir de marché pour l'appréciation d'une position dominante ou pour l'application de l'article 85 (81) du traité...* »¹⁹ et, comme il a été indiqué ci-dessus, affirme donc que l'existence d'un pouvoir de marché est une condition *sine qua non* de la détermination d'une position déterminante. On remarque aussi que pour chacun des cas examinés en vue d'apprécier l'existence d'une position dominante, les autorités européennes et turques se sont souciées de mesurer le pouvoir de marché de l'entreprise en question et d'établir s'il est assez important pour qu'il puisse être définitivement établi que l'entreprise en question détient une position dominante.

La part de marché est une donnée d'importance majeure dans l'établissement du pouvoir de marché car elle indique la grandeur quantitative acquise par l'entreprise sur le marché pertinent²⁰. Cependant, la législation européenne et turque n'indiquent pas des seuils au delà desquels des parts de marché peuvent être indicatrices d'une position dominante et dès lors il s'avère nécessaire de chercher ces seuils dans la jurisprudence.

Dans cette partie, il serait question d'exposer les différents aspects relatifs à l'utilisation des parts de marché par la jurisprudence européenne et turque dans la mesure du pouvoir de marché en vue d'établir l'existence d'une position dominante.

¹⁹ JOCE no. C-372 du 9 décembre 1997. DECOCQ A., DECOCQ G., *Droit de la concurrence interne et communautaire*, Paris, L.G.D.J., 2002, p. 116

²⁰ DECOCQ A., DECOCQ G., *ibidem*, p.118

CHAPITRE I- La détermination des parts de marché en tant que donnée quantitative du pouvoir de marché

Le rôle des parts de marché est souligné dans l'arrêt de principe précité *Hoffmann La Roche* où la Cour indique que « ...l'existence d'une position dominante peut résulter de plusieurs facteurs qui, pris isolément, ne seraient pas nécessairement déterminants mais que parmi ces facteurs l'existence de parts de marché d'une grande ampleur est hautement significative... »²¹.

Quant à l'arrêt *Irish Sugar* du TPI, il reprend la formulation dans l'arrêt *Hoffmann* précité et détermine que « L'existence d'une position dominante peut résulter de plusieurs facteurs qui, pris isolément, ne seraient pas déterminants. Toutefois, parmi ces facteurs, des parts de marché extrêmement importantes constituent par elles-mêmes, sauf circonstances exceptionnelles, la preuve de l'existence d'une position dominante d'une grande ampleur. »²²

Dans la jurisprudence turque, l'arrêt *Istanbul Halk Ekmek* indique d'autre part que l'indicateur le plus important de la position dominante d'une entreprise est sa part de marché²³.

Eu égard à l'importance attachée aux parts de marché, la détermination des parts de marché qui traduisent la puissance de l'entreprise sur le marché est essentielle. Dès lors, dans un premier chapitre c'est des critères d'élaboration et détermination des parts de marché par la jurisprudence dont il sera question. Ce chapitre sera suivi par

²¹ A cet égard dans son étude relatant l'acquis jurisprudentiel en matière de position dominante dans le cadre des concentrations (Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises (2004/C 31/03)) la Commission indique; « Plus sa part de marché est élevée, plus une entreprise a de chances de posséder un pouvoir de marché ».

²² Arrêt du Tribunal de première instance (troisième chambre) du 7 octobre 1999. *Irish Sugar plc contre Commission des Communautés européennes*. Affaire T-228/97, Arrêt *Akzo/Commission*, précité, considérant 60; arrêts du Tribunal du 12 décembre 1991, *Hilti/Commission*, T-30/89 considérant 92, et du 6 octobre 1994, *Tetra Pak/Commission*, T-83/91, Rec. p. II-755, considérant 109

²³ Dans le même registre, « le critère le plus important pour la détermination est la part de marché de l'entreprise en question » Décision *Kar Gıda & Uzay Gıda* du 29.2.2000 no. 00-9/89-44, « l'indication la plus importante d'une position dominante est la part de marché de l'entreprise » Décision *Afyon Ekmek Un Mamülleri Gıda Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti.* du 3.8.2000 no. 00-29/314-181.

un second portant sur l'utilisation concrète des parts de marché par la jurisprudence dans le cadre de l'appréciation de l'existence d'une position dominante sous l'article 82 du Traité et article 6 de la Loi sur la Protection de la Concurrence.

Section I- La source des informations relatives aux parts de marché

En ce qui concerne les industries pour lesquelles des études et statistiques officielles sont publiées, le problème de la crédibilité des sources ne se pose pas. Cependant dans la pratique, on peut remarquer que la Commission, la Cour, le TPI ainsi que le Conseil de la Concurrence, se basent souvent sur des parts de marché indiquées par l'entreprise concernée ainsi que l'information ou estimations données par les associations de commerce, les clients, fournisseurs et sur les études de marché.

Il arrive aussi qu'il n'y ait aucune publication ou statistique sur certains marchés. C'est surtout le cas en Turquie où il n'existe pas de données officielles pour de nombreux secteurs et où l'estimation des parts de marché se base uniquement sur des larges estimations qui peuvent être partielles suivant leur origine.

En guise d'exemple, dans le secteur des médicaments, il n'est parfois pas aisé de faire une estimation eu égard à la présence de nombreux produits génériques de source et quantité inconnus sur le marché.

Ainsi il est affirmé dans la Communication de la Commission sur la Définition du Marché en Cause aux Fins du Droit Communautaire de la Concurrence que « *dans la pratique, on connaît souvent la taille totale du marché et les parts de marché détenues en consultant des sources d'informations telles que les estimations des entreprises ou encore les études commandées à des sociétés de conseil aux entreprises ou à des associations professionnelles. Faute de disposer de telles sources d'information, ou lorsque les estimations disponibles ne sont pas fiables, la Commission demande habituellement à chaque fournisseur sur le marché en cause de lui communiquer son chiffre d'affaires, de manière à pouvoir calculer la taille totale du marché et les parts de marché et les parts de marché détenues par chacun* »

24

²⁴ J.O. no. C 372 du 9.12.1997

Il est aussi possible de voir que les parties concernées s'opposent aux déterminations de parts de marché faites par la Commission²⁵. Dans ces cas, le TPI ou la Cour peuvent vérifier en appel la source des informations ainsi que les calculs en question.

Section II- Le calcul des parts de parts de marché

Le calcul des parts de marchés est une tâche cruciale car il peut ressortir à tort ou à raison une part de marché plus ou moins importante qui serait selon les cas déterminante dans l'appréciation de l'existence d'une position dominante.

Sous-Section I- Les différentes méthodologies adoptées par la jurisprudence

La méthode de calcul utilisée diffère selon le marché en question et les autorités tentent de faire usage de la méthode la plus appropriée et adaptée selon les caractéristiques dudit marché.

A ce titre, la Communication de la Commission sur la Définition du Marché en Cause aux Fins du Droit Communautaire de la Concurrence²⁶ énonce que « *...si les ventes sont généralement la référence pour calculer des parts de marché, il y a néanmoins d'autres références, selon les produits ou l'industrie spécifiques en question, qui peuvent offrir l'information utile, telles que, notamment, la capacité, le nombre d'opérateurs dans l'offre des marchés, les unités de flottes dans le cas de l'aérospatiale ou des réserves tenues dans le cas des secteurs tels que l'exploitation minière...* ».

En effet, on remarque qu'en général, la méthode utilisée est le calcul des montants de vente en valeur monétaire (chiffre d'affaires) ou quantité, par contre il peut aussi être tenu compte de valeurs différentes selon le marché en question tel est le cas par exemple du nombre des passagers pour un calcul dans le secteur des transports²⁷.

Pour les produits de base, la préférence est accordée au volume tandis que pour les produits différenciés comme les produits de marque, il est estimé que le chiffre

²⁵ *Hoffmann-La Roche & Co. AG c/ Commission*, Aff. 85-76, considérant 54

²⁶ J.O. no. C 372 du 9.12.1997 § 53

²⁷ OFT Guideline no. 416 de septembre 1999 dans G. Lindrup/ Butterworths Competition Law Handbook, London, Butterworths, 2000, 6ème Ed., p. 496

d'affaires reflète mieux la position et la force des différents acteurs²⁸. La Communication précitée énonce à ce titre que « ...*par expérience, on sait que les ventes en volume et en valeur sont une information utile. En présence de produits différenciés, on considère souvent que les ventes en valeur et la part de marché correspondante donnent une meilleure idée de la position et de la puissance relative de chaque fournisseur* ».

D'autre part, pour certains secteurs, les données qui doivent être prises en compte peuvent se trouver énoncées dans des instruments juridiques. On peut citer à cet égard, les « *Lignes directrices de la Commission sur l'analyse du marché et l'évaluation de la puissance sur le marché en application du cadre réglementaire communautaire pour les réseaux et les services de communications électroniques*²⁹ » qui offre des indications quant aux données conseillées pour le calcul des chiffres d'affaires pour le calcul des parts de marché dans le domaine des communications, ainsi;

- pour le marché des lignes louées; les recettes tirées des lignes louées, la capacité louée ou le nombre de points de terminaison de lignes louées, les recettes de détail, les minutes d'appel ou le nombre de lignes de téléphone fixe ou d'abonnés des opérateurs du réseau téléphonique public;
- pour le marché de l'interconnexion; les recettes générées par les appels à destination des clients des réseaux fixes ou mobiles; et
- pour les opérateurs du réseau mobile; les recettes générées par les appels à destination des clients des réseaux mobiles.

Sous-Section II- Les éléments inclus dans le calcul

Un autre point considéré dans le calcul des parts de marché est le fait que la valeur à tenir en compte est la valeur des ventes faites directement aux clients ou aux détaillants ou grossistes selon le cas considéré, plutôt que la valeur de production, vu que les stocks des entreprises sont sujets à variations. De même, il convient de juger

²⁸ Lignes directrices de la Commission sur l'analyse du marché et l'évaluation de la puissance sur le marché en application du cadre réglementaire communautaire pour les réseaux et les services de communications électroniques (2002/C 165/03) (2002/C 165/03)

²⁹ (2002/C 165/03) (2002/C 165/03)

la nécessité d'inclure ou non les productions internes de l'entreprise dans les calculs séparément pour chaque cas examiné. Bien entendu, si l'entreprise est aussi importatrice du produit vendu, dans ce cas-là la valeur des produits importés vendus sera elle-aussi incluse dans la valeur globale de vente³⁰.

Les ventes faites aux distributeurs sont aussi prises en considération. Les ventes faites aux sociétés dans le même groupe seront elles aussi prises en compte à condition qu'elles s'intègrent dans le processus de production.

³⁰ OFT Guideline, *ibid.* p. 470

CHAPITRE II- L'utilisation concrète des parts de marché dans l'appréciation d'une position dominante

Etant donné que la signification attribuée aux parts de marché dans l'appréciation d'une position dominante ne peut être étudiée que sur la base des données propres de chaque cas, il convient de revoir premièrement les conditions d'utilisation des parts de marché par la jurisprudence et ensuite l'application concrète au cas par cas.

Section I- Les conditions d'utilisation des parts de marché

Pour pouvoir faire usage des parts de marché comme critère d'appréciation d'une position dominante, les autorités européennes et le Conseil de la Concurrence turc ont établi qu'il est nécessaire de relativiser les parts de marché des entreprises par les parts de marché de leurs concurrents d'une part et d'autre part qu'il est nécessaire d'examiner ces parts de marché sur une certaine durée.

Sous-section I- Le rôle cumulatif des parts de marché absolues et parts de marché relatives

La part de marché absolue d'une entreprise se définit par « *le pourcentage de l'ensemble des ventes ou des prestations de services ayant eu lieu sur le marché en cause qui est imputable à l'entreprise considérée au cours de la période la plus proche possible du moment où l'on analyse son pouvoir de marché* »³¹.

Quant à la part de marché relative, elle fait référence à la part de marché détenue par l'entreprise en comparaison à celles détenues par ses concurrents. La notion de part de marché relative permet donc de « relativiser » la part de marché de l'entreprise eu égard aux autres acteurs présents sur le marché.

Dans certains cas de figure, l'écart entre les parts de marché d'une entreprise et celles des concurrents peut, à lui seul, indiquer que l'entreprise détient une position dominante ou qu'elle n'en détient pas.

³¹ DECOCQ A., DECOCQ G., *ibid.*, p.118

Dans son arrêt *Michelin*³², tout en constatant que la Commission a pris en considération une part de marché de 57 à 65 % de *NBIM* (“*NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin*”), sur le marché des pneus neufs de remplacement pour poids lourds, la Cour remarque que comparé aux parts de marché entre 4 et 8 % des principaux concurrents, cette part de marché constitue, même compte tenu d'une certaine concurrence des pneus rechapés, un indice valable de l'existence d'une puissance prépondérante de *NBIM* par rapport à ses concurrents.

Dans sa décision *United Brands*, la Cour affirme « ... sans entrer dans une discussion de pourcentages nécessairement fixes avec une certaine approximation, on peut considérer qu'il est constant que la part de *United Brands* sur le marché en cause est toujours supérieure à 40 % et se rapproche de 45 % ...que ce pourcentage ne permet cependant pas de conclure au contrôle automatique du marché par *United Brands*... qu'il convient de l'apprécier au regard de la force et du nombre des concurrents ...qu' il faut d'abord constater, sur l'ensemble du marché en cause, que ledit pourcentage représente grosso modo une part plusieurs fois supérieure à celle de son concurrent *Castle et Cooke*, le mieux placé, les autres ne venant que loin derrière » et conclut « que ce fait, combiné avec d' autres déjà signalés, peut être considéré comme un élément probatoire de la force prépondérante de *United Brands* »³³.

De même dans sa décision *Akzo*³⁴, la Commission considère que la part de marché d'*Akzo* n'est pas seulement importante en soi, mais équivaut à celle de tous les autres producteurs réunis.

D'autre part, le Conseil de la Concurrence affirme que le constat résultant d'un examen des parts de marché d'une entreprise par rapport à celles de ses concurrents les plus proches peut jouer un rôle dans la détermination d'une position dominante. Si la part de marché de l'entreprise dont on invoque qu'elle jouit d'une position dominante est significativement supérieure par rapport à celle de ses concurrents,

³² Arrêt de la Cour du 9 novembre 1983. *NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin contre Commission des Communautés européennes*. Affaire 322/81

³³ Arrêt de la Cour du 14 février 1978. *United Brands Company et United Brands Continentaal BV contre Commission des Communautés européennes. Bananes Chiquita*. Affaire 27/76. Considérants 108 à 112

³⁴ Arrêt de la Cour (cinquième chambre) du 3 juillet 1991. *AKZO Chemie BV contre Commission des Communautés européennes*. Affaire C-62/86

ceci peut être considéré comme un critère essentiel dans la détermination de sa position dominante »³⁵

D'autre part, dans sa décision *Egemak*, le Conseil débute son analyse de position dominante, en citant que, des chiffres d'affaires comparées des entreprises sur le marché, on peut déduire que les entreprises en question ne détiennent pas une position dominante. A cet effet, il détermine que *Otoyol* devance son concurrent le plus proche de 1% seulement dans la région égéenne et qu'en Turquie en général, la large part de marché de son concurrent le plus proche montre que *Otoyol* ne détient pas une position dominante sur le marché³⁶.

Dans sa décision *Kar Gıda* précitée³⁷, le Conseil examine les parts de marché absolues et relatives et après avoir déterminé que l'entreprise en question détient la plus large part de marché, le Conseil affirme que les concurrents de l'entreprise la suivaient avec un écart de 40 à 50% sur 3 ans et que de ce fait il est possible de déterminer que l'entreprise, au moins quantitativement, détient une position dominante.

Dans le sens contraire, dans sa décision *Arçelik*³⁸, s'agissant de la position d'Arçelik sur le marché, le Conseil établit que les parts de marché dans l'ordre de 53 et 54% sont de nature à indiquer qu'elle détient une position dominante, or la part de *Bosch* étant de 47 et 46 % pour les mêmes années, on ne peut affirmer que *Arçelik* jouit d'une position dominante sur le marché des matériaux à injection plastique.

Sous-section II- La recherche d'une continuité des parts de marché

Comme il a été souligné à maintes reprises par la jurisprudence, pour que l'on puisse parler de position dominante en se basant uniquement sur la détention de larges parts de marché, il est nécessaire qu'il y ait une continuité de ces parts de marché c'est-à-dire que l'entreprise détienne des parts de marché de même ordre sur une période suffisamment longue pour que l'on puisse déterminer que sa position sur le marché

³⁵ Décision *Başarı, Telsim c/ Turkcell* du 20.7.2001 no. 00-35/347-95

³⁶ Décision *Özdoku Otomotiv & EGEMAK Ege Makina ve Ticaret A.Ş., Otoyol Pazarlama A.Ş.* du 19.10.1999 no. 99-48/524-329

³⁷ Décision *Kar Gıda & Uzay Gıda* du 29.2.2000 no. 00-9/89-44

³⁸ Décision *Arçelik* du 17.10.2000 no. 00-39/436-242

est durable, lui accordant une position de dominance sur le marché. Il n'est pas pour autant possible de faire une déduction de la jurisprudence quant à la durée minimale requise.

De même, l'évolution passée des parts de marché peut aussi donner des informations utiles sur « *le jeu de la concurrence et sur l'importance probable des différents concurrents, par exemple en indiquant si les entreprises ont gagné ou perdu des parts de marché... en tout état de cause, la Commission apprécie les parts de marché à la lumière de l'évolution probable des conditions prévalant sur celui-ci: le marché peut, par exemple, être très dynamique et sa structure instable en raison de l'innovation ou de la croissance.* »³⁹

Selon BELLAMY et CHILD, de larges parts de marché sur une période de 5 ans peuvent constituer une preuve suffisante de l'existence d'une position dominante alors qu'une durée de 3 ans peut être vue comme insuffisante, surtout sur un marché dynamique, pour indiquer une position dominante⁴⁰.

Dans sa décision *Akzo*, la Commission établit que « *la part de marché d'Akzo (de même que celle des producteurs qui arrivent en deuxième et troisième positions ...) est restée stable au cours de la période examinée (sur une période de 3 ans) et Akzo a toujours repoussé toutes les attaques dont elle a fait l'objet de la part de producteurs moins importants; Akzo est parvenue, même en période de conjoncture défavorable, à maintenir sa marge globale en augmentant régulièrement ses prix et/ou ses volumes de vente* »⁴¹.

Le Conseil a elle aussi eu l'occasion d'affirmer qu'une continuité des parts de marché devait être prise en compte dans l'appréciation. A cet effet, dans sa décision *Turkcell*, il indique que des parts de marché qui sont stables sur une certaine période de temps constituent une indication du pouvoir de cette entreprise sur le marché et la

³⁹Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises. (2004/C 31/03).

⁴⁰BELLAMY C., CHILD G., *European Community Law of Competition*, London, Sweet & Maxwell, 2001, p. 706

⁴¹Arrêt de la Cour (cinquième chambre) du 3 juillet 1991. *AKZO Chemie BV contre Commission des Communautés européennes*. Affaire C-62/86

position dominante d'une entreprise qui a pu maintenir sa large part de marché sur une certaine période de temps est un fait.⁴²

Ainsi dans une analyse de position dominante sur le marché des véhicules utilitaires, le Conseil étudie les ventes des entreprises sur une période de 5 ans et arrive à la conclusion que les entreprises en question ne détiennent pas de position dominante⁴³.

D'autre part, dans sa décision *Çay-Kur*, le Conseil examine la part de marché de *Çay-Kur* sur une période de 3 ans et ayant observé que la part de marché est restée inchangée durant cette période, il conclut que *Çay-Kur* détient une position dominante⁴⁴.

D'autre part, une baisse dans les parts de marché peut aussi indiquer l'absence d'une position dominante. Il faut en l'occurrence que cette baisse soit assez importante pour qu'elle puisse indiquer, au-delà de toute doute, que l'entreprise ne détient pas une position dominante. Il faut aussi souligner que la part de marché peut s'observer sous l'angle de la rentabilité et une baisse dans la rentabilité peut aussi indiquer l'absence d'une position dominante à condition qu'elle ne soit pas temporaire⁴⁵.

Ainsi dans son arrêt *Compagnie Maritime Belge*⁴⁶, le TPI constate que les parts de marché d'une des entreprises en question excédait 90% entre 1988 et 1989 et qu'entre 1990 et 1991 ses parts de marché étaient de 80 et 70% et qu'en 1992 sa part avait reculé à 64% et conclut qu'«*Il en résulte que, tout au long de la période concernée, les parts de marché de Cewal, en dépit de leur érosion progressive, sont restées élevées ... si le maintien de parts de marché peut être révélateur du maintien d'une position dominante, la réduction de parts de marché encore très importantes ne peut constituer, en elle-même, la preuve de l'absence de position dominante*».

⁴² Décision *Başarı, Telsim c/ Turkcell* du 20.7.2001 no. 00-35/347-95

⁴³ Décision *Özdoku Otomotiv & EGEMAK Ege Makina ve Ticaret A.Ş., Otoyol Pazarlama A.Ş.* du 19.10.1999 no. 99-48/524-329

⁴⁴ Décision *Çay-Kur* du 22.06.1999 no. 99-31/277-167

⁴⁵ «*Il y a lieu d'observer qu'une rentabilité temporairement nulle et même des pertes ne sont pas incompatibles avec une position dominante*» Arrêt de la Cour du 9 novembre 1983. *NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin contre Commission des Communautés européennes*. Affaire 322/8.

⁴⁶ Arrêt du Tribunal de première instance (troisième chambre élargie) du 8 octobre 1996. *Compagnie maritime belge transports SA et Compagnie maritime belge SA, Dafra-Lines A/S, Deutsche Afrika-Linien GmbH & Co. et Nedlloyd Lijnen BV contre Commission des Communautés européennes*. Affaires jointes T-24/93, T-25/93, T-26/93 et T-28/93.

De même dans sa décision *United Brands*⁴⁷, la Cour relate que *United Brands (UBC)* invoque que sa division bananes aurait subi des pertes de 1971 à 1976, alors que les autres entreprises auraient réalisé des bénéfices et que *UBC* en déduit que « *l'essence de la dominance étant le pouvoir de déterminer les prix, le fait de subir des pertes contredirait l'existence d'une position dominante* ». Les propos de *UBC* sous-entendent ici que si l'entreprise peut être dite en position dominante dans ce cas de figure, il est nécessaire qu'elle ait le pouvoir de déterminer les prix or une entreprise qui ne peut même pas préserver ses parts de marché sur une certaine période ne peut détenir le pouvoir de marché qui caractérise une position dominante.

Sur ce constat de *UBC*, la Cour affirme « *...attendu que la puissance économique d'une entreprise ne se mesure pas à partir de sa rentabilité, qu'une marge bénéficiaire réduite ou même des pertes temporaires ne sont pas incompatibles avec une position dominante, tout comme des bénéfices élevés peuvent être compatibles avec une situation de concurrence effective ...qu'en fait, une rentabilité temporairement médiocre ou nulle doit être considérée à la lumière de l'ensemble des activités d'UBC ...qu' il est plus significatif de constater que, quelles que soient les pertes éventuelles d'UBC, les clients continuent à acheter plus de marchandises à UBC qui est le vendeur le plus cher, ce qui constitue un fait caractéristique de la position dominante, fait dont la vérification est déterminante en l'espèce* »⁴⁸.

La Cour considère donc que si les ventes d'une entreprise baissent mais qu'elle représente quand même l'entreprise qui réussit à faire le plus de ventes sur le marché, par rapport à ses concurrents, elle peut tout de même détenir une position dominante.

De même dans sa décision *British Airways*, le TPI considère que la réduction des parts de marché détenues par *British Airways* ne peut, en elle-même, constituer la preuve de l'absence de position dominante. D'autre part, le TPI établit qu'un écart substantiel s'est maintenu, pendant toute la durée de l'infraction entre, d'un côté, les

⁴⁷ Arrêt de la Cour du 14 février 1978. *United Brands Company et United Brands Continentaal BV contre Commission des Communautés européennes. Bananes Chiquita. Affaire 27/76*

⁴⁸ Arrêt de la Cour du 14 février 1978. *United Brands Company et United Brands Continentaal BV contre Commission des Communautés européennes. Bananes Chiquita. Affaire 27/76, considérants 125 à 127*

parts de marché de *British Airways* et, de l'autre, aussi bien les parts de marché de son concurrent immédiat que celles cumulées de ses cinq principaux concurrents présents sur le marché britannique des services d'agences de voyages. Le TPI conclut que la position que *British Airways* occupe sur le marché britannique des services des agences de voyages aériens demeure très largement prépondérante⁴⁹.

De même, le Conseil dans une décision concernant une plainte déposée contre une société productrice de snacks et chips⁵⁰ détermine les parts de marché de l'entreprise sur une période de 3 ans. Il indique que la part de marché de l'entreprise est de 73% en 1997 et qu'avec l'entrée sur le marché de la marque *Pringles*, sa part de marché recule à 71% en 1998 et enfin du fait des effets du tremblement de terre⁵¹, recule à 62% en 1999. Malgré cette baisse, le Conseil conclut qu'eu égard à sa large part de marché, l'entreprise détient une position dominante.

Dans la décision *Egemak* susmentionnée, le Conseil constate aussi une baisse des parts de marché sur une période de 5 ans⁵² et juge que cette baisse, conjuguée avec la part du marché du concurrent le plus proche, montre que l'entreprise ne détient pas une position dominante⁵³.

D'autre part, si les parts de marché ont considérablement varié au cours du temps, ceci indique l'existence d'une concurrence effective sur le marché. Ainsi dans l'arrêt précité *Benkar*, le Conseil indique qu'eu égard aux caractéristiques du marché en question, les parts de marché des entreprises sont sujettes à des changements majeurs en l'espace d'une période de six mois et il n'est donc pas possible aux entreprises de préserver leurs parts de marché⁵⁴.

⁴⁹ Arrêt du Tribunal de première instance (première chambre) du 17 décembre 2003. *British Airways plc contre Commission des Communautés européennes*, T-219/99, p.224

⁵⁰ Décision *Kar Gıda & Uzay Gıda* du 29.2.2000 no. 00-9/89-44

⁵¹ Du fait que l'usine de l'entreprise située à Kocaeli soit endommagée et que la production y soit cessée durant 3 mois.

⁵² Le montant de la baisse n'est pas indiqué dans la décision

⁵³ Décision *Özdoku Otomotiv & EGEMAK Ege Makina ve Ticaret A.Ş., Otoyol Pazarlama A.Ş.* du 19.10.1999 no. 99-48/524-329

⁵⁴ Décision *Benkar* du 28.4.1999 no. 99-21/167-86

Section II- Des exemples du rôle des parts de marché dans l'appréciation

Les jurisprudences européenne et turques ont examiné la signification des parts de marché sur les faits de chacun des cas qui leur était soumis. L'examen des décisions permet de faire une généralisation, dans une certaine mesure, sur des parts de marché qui peuvent ou non conférer une position dominante suivant leur importance.

Sous-section I- Exemples de la jurisprudence européenne

Le cas des monopoles détenant une part de marché de 100% est établi dans la jurisprudence européenne.

Premièrement, la jurisprudence a établi dans ce registre que le fait que le monopole résulte du droit n'empêche en rien l'application de l'article 82 aux entreprises en question. Selon la décision de principe *Höfner/ Macrotron* de la CJCE sur ce sujet;

« ...un monopole légal peut être considéré comme occupant une position dominante au sens de l'article 86 (82) du traité »⁵⁵ et selon la décision *Centre Belge d'études de Marché* de la CJCE ;

« ...selon la jurisprudence constante de la Cour ...la position dominante au sens de l'article 86 (82) se caractérise par une situation de puissance économique détenue par une entreprise, qui donne à celle-ci 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. Le fait que l'absence de concurrence ou la limitation de celle-ci sur le marché en cause est créée ou favorisée par des dispositions législatives ou réglementaires n'exclut nullement l'application de l'article 86 ». ⁵⁶

Il est donc possible de voir des arrêts sus-mentionnés que la détention d'une situation de monopole établit que l'entreprise en question jouit d'une position dominante.

⁵⁵ Décision *Klaus Höfner et Fritz Elser c. Macrotron GmbH* du 23.4.1991, Aff. C-41/90, considérant 28.

⁵⁶ *SA Centre belge d'études de marché- télémarketing c. SA Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion et SA Information publicité Benelux* du 3.10.1985, Aff. 311/84.

Outre le cas des monopoles, dans la jurisprudence européenne, selon la considération dans l'arrêt *Hoffmann-La Roche* précité des parts extrêmement importantes constituent par elles-mêmes, et sauf circonstances exceptionnelles, la preuve de l'existence d'une position dominante.

Dans son arrêt précité *Irish Sugar*, le TPI note que la position dominante de *Irish Sugar*, entreprise de sucre industriel en Irlande, pouvait être déduite de la seule constatation que de 1985 à 1995, elle a réalisé plus de 90 % des ventes enregistrées sur le marché du sucre industriel en Irlande.⁵⁷

On peut donc voir que des parts de marché dans l'ordre de 90 % confèrent de toute manière une position dominante.

D'autre part, l'arrêt *Hoffmann-La Roche* détermine « qu'une part de marché de 86 % dans le marché des vitamines B2 démontre d'elle-même l'existence d'une position dominante » et de même « que la part de marché dans le marché des vitamines B6 qui était évaluée à 95% par la Commission, même si l'estimation de Roche selon laquelle cette part doit être diminuée de 20% est acceptée, est d'une telle importance qu'elle démontre l'existence d'une position dominante »⁵⁸.

Dans sa décision *Continental Can* précitée⁵⁹, la Commission décide que *Continental Can Company Inc.* détient une position dominante dans une partie substantielle du marché commun par l'intermédiaire de sa filiale *Schmalbach-Lubeca-Werke AG* (SLW) sur le marché des emballages légers pour conserves de viande, de charcuterie, de poissons et de crustacés, des couvercles métalliques pour bocaux en verre et qu'elle a exploité abusivement cette position dominante par l'achat effectué en avril 1970 par sa filiale *Europemballage Corporation* d'environ 80% des actions de l'entreprise *Thomassen et Drijver-Verblifa NV*.

Dans son appréciation de la position dominante, la Commission arrête les points suivants;

⁵⁷ Arrêt du Tribunal de première instance (troisième chambre) du 7 octobre 1999. *Irish Sugar plc contre Commission des Communautés européennes*. Affaire T-228/97, considérant 70

⁵⁸ *Hoffmann-La Roche & Co. AG c/ Commission*, Aff. 85-76, considérant 52

⁵⁹ Décision de la Commission du 9 décembre 1971 (IV/26 811 *Continental Can*) 72/21/CEE.

- le fait qu'il existe des produits de substitution pour un seul des produits sur le marché des emballages légers destinés aux conserves de produits carnés n'est pas de nature à modifier le fait que *SLW* détient une position dominante sur ce marché avec une part entre 70 et 80 %⁶⁰.
- avec une part de marché de 80 à 90% sur le marché des emballages légers destinés aux conserves de produits de la pêche accompagné du fait que la part des produits substituables est faible, *SLW* jouit d'une position dominante sur ce marché.

D'autre part, dans sa décision *Akzo* de 1991, la Cour établit qu'une part de marché peut constituer par elle-même une présomption de position dominante. Ainsi, s'agissant des parts de marché, elle reprend la formulation classique dans *Hoffmann-La Roche* selon laquelle des parts extrêmement importantes constituent par elles-mêmes, et sauf circonstances exceptionnelles, la preuve de l'existence d'une position dominante et poursuit en citant « *tel est le cas d'une part de marché de 50 % comme celle constatée en l'espèce* ». ⁶¹.

Dans des cas où il s'avère nécessaire et justifié de prendre des mesures provisoires, il arrive aussi que les autorités limitent leur appréciation de l'existence d'une position dominante par une considération des parts de marché.

Ainsi en première instance dans l'affaire *Akzo* susmentionnée, l'entreprise *Engineering and Chemical Supplies* avait demandé à la Commission d'arrêter des mesures provisoires à l'encontre de *Akzo Chemie UK Ltd* et d'autres entreprises du groupe *Akzo*, en soutenant que ces dernières utilisaient des méthodes commerciales contraires aux dispositions de l'article 86 (82) du Traité notamment en projetant de mener une politique de vente à perte⁶².

La Commission constate que *Akzo Chemie* est le plus important producteur sur le marché global de la Communauté européenne des peroxydes organiques et que sa part de marché est comprise entre 46 et 50 % et énonce "pour ce qui concerne le

⁶⁰ Arrêt de la Cour (cinquième chambre) du 3 juillet 1991. *AKZO Chemie BV contre Commission des Communautés européennes*. Affaire C-62/86, considérant 5

⁶¹ Ibid. Arrêt de la Cour *AKZO Chemie BV contre Commission des Communautés européennes*, considérant 60

⁶² Décision de la Commission du 29 juillet 1983 IV/30.698 - *ECS/Akzo*

marché des peroxydes organiques ou celui du peroxyde de benzoyle dans la CEE ou dans les États membres en cause, le fait qu'Akzo bénéficie d'une part de marché élevée et que les autres producteurs n'en détiennent qu'une part relativement mineure serait en lui-même suffisant pour fonder une présomption de position dominante afin de prendre une décision ordonnant des mesures provisoires »⁶³.

D'autre part, la jurisprudence estime aussi que de faibles parts de marché excluent la possibilité de détention d'une position dominante.

On peut donc conclure que les parts de marché constituent le critère prépondérant de l'appréciation des positions dominantes en droit de la concurrence de l'Union Européenne.

Sous-section II- Exemples de la jurisprudence turque

Dans sa décision *Havaş*, le Conseil considère qu'une entreprise qui assure exclusivement les services de transport entre le centre-ville et l'aéroport d'Ankara et qui a donc une part de marché de 100% est en position dominante sur ce marché⁶⁴.

D'autre part, le principe selon lequel des parts de marché extrêmement larges indiquent l'existence de positions dominantes est adoptée par la jurisprudence turque.

Dans sa décision *Çay-Kur*⁶⁵, le Conseil est amené à examiner une plainte sur le marché de production et distribution de thé noir. En l'occurrence le Conseil fait les constatations suivantes ;

- *Çay-Kur* est une entreprise économique d'Etat (*iktisadi devlet teşekkülü*) qui détient une personnalité juridique et qui est autonome dans ses activités, et en ce sens, elle est une « entreprise » au sens de l'article 3 de la Loi;
- *Çay-Kur* possède un système de distribution développé; et
- *Çay-Kur* détient une part de marché de 70% sur le marché concernant la production de thé depuis 3 ans.

⁶³ Décision de la Commission du 29 juillet 1983 IV/30.698 - ECS/Akzo

⁶⁴ Décision *HAVAŞ* du 3.3.1999 no. 99-12/89-31 p. 2

⁶⁵ Décision *Çay-Kur* du 22.06.1999 no. 99-31/277-167

De par cette part de marché de 70%, le Conseil détermine que Çay-Kur détient une position dominante.

Dans sa décision *İş-Tim/ Telsim*⁶⁶, en indiquant que *Turkcell* est le plus grand opérateur sur le marché, de par sa faible part de marché et d'autres critères (que le Conseil ne décrit pas) *Telsim* ne détient pas une position dominante sur le marché.

Dans une décision relative à une acquisition⁶⁷, le Conseil détermine qu'étant donné que de nombreuses entreprises sont présentes sur le marché des chaussures de sport, vêtements, accessoires et équipements de sport⁶⁸, sans faire référence à d'autres critères, l'entreprise *Nike Inc.* ne détient pas une position dominante⁶⁹. De même dans sa décision *Castrol*, sans faire référence à d'autres critères, le Conseil établit que de par sa faible part de marché *Castrol* ne détient pas une position dominante⁷⁰.

Dans le même registre, dans sa décision *CVRD*⁷¹, le Conseil détermine que l'entreprise détient une part de marché⁷² démontrant que l'entreprise ne détient pas le pouvoir de marché correspondant à la définition de « position dominante » à l'énoncée de l'article 3 de la Loi, sans prendre en compte des critères autre que la part de marché.

Dans l'arrêt précité *İstanbul Halk Ekmek*, le Conseil indique que « *la consommation totale des pains de 250 gr. à Istanbul est de 10.000.000 unités par jour, alors que les ventes de Istanbul Halk Ekmek des pains de 250 gr. sont de 1.100.000 par jour ... en l'occurrence il découle de ce constat que Istanbul Halk Ekmek eu égard à sa part de marché, ne peut pas détenir une position dominante* ».

De même dans sa décision *Tansaş*, le Conseil fait une étude du marché en question et indique que les parts de marché des chaînes de supermarchés en Turquie ne sont pas

⁶⁶ Décision *İş-Tim/ Telsim* du 1.5.2003 no. 03-28/348-148 p.3

⁶⁷ Bien qu'il s'agisse d'une acquisition et qu'il s'agisse de l'appréciation prospective d'une position dominante, le Conseil fait aussi une appréciation de la position actuelle des entreprises

⁶⁸ La part de marché de l'entreprise est dévoilée que dans l'un des marchés, en l'occurrence elle détient 6% du marché des vêtements de sport.

⁶⁹ Décision *Nike Inc. & Converse Inc.* du 11.9.2003 no. 2003-3-98

⁷⁰ Décision *Castrol Madeni Yağlar Sanayi ve Ticaret A.Ş.* du 5.9.2002 no. 02-52/667-271

⁷¹ Décision *Companhia Vale Do Rio Doce* du 11.7.2000 no. 00-26/75-153

⁷² La part de marché n'est pas indiquée

élevées du fait que de nombreuses épiceries et supermarchés de petite dimension sont présents sur le marché et conclut que l'entreprise en question ne peut donc pas être en position dominante.⁷³

Comme tendance générale, on peut aussi observer que le Conseil ne détermine pas de position dominante dans les cas où la part de marché de l'entreprise est aux alentours de 20%.

Dans sa décision *Afyon Ekmek* précitée, le Conseil détermine qu'une part de marché de 22% sur le marché de vente des pains dans la ville d'*Afyon* indique clairement que l'entreprise en question ne détient pas un pouvoir de marché lui permettant de déterminer les paramètres économiques tels que les coûts, prix, quantité de production totale et de se comporter indépendamment vis-à-vis de ses concurrents et clients. Bien qu'il examine aussi d'autres critères, il détermine qu'une part de marché de 22% indique l'absence de position dominante⁷⁴.

D'autre part la détention de très faibles parts de marché peut indiquer *per se* l'absence d'une position dominante.

Ainsi dans sa décision *Egebank* précitée, le Conseil détermine que *Egebank* ne détient que 1,16 % du marché considéré⁷⁵ et que ce fait montre clairement, et à lui seul que l'entreprise ne détient pas une puissance lui permettant de déterminer les paramètres économiques sur le marché considéré tels que les prix, l'offre, la production et la distribution et qu'autrement dit, elle ne détient pas une position dominante.

On remarque que les autorités ont fait un usage abondant des parts de marché comme critère d'appréciation de positions dominantes. L'importance essentielle attachée aux parts de marché est d'ailleurs critiquée⁷⁶ car du fait du plus ou moins important dynamisme des marchés, une part de marché ne fait qu'une détermination statique de la position dominante et n'est donc pas une donnée suffisante.

⁷³ Décision *Tansaş* du 28.3.2001 no. 01-13/124-32 p. 3.

⁷⁴ Décision *Afyon Ekmek Un Mamülleri Gıda Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti.* du 3.8.2000 no. 00-29/314-181, p. 3

⁷⁵ d'autre part, qu'il y a 41 entreprises sur le marché.

⁷⁶ RODGER B.J., MACCULLOCH A, *Competition Law and Policy in the EC and UK*, London, Cavendish, 1999 p. 86

D'autre part comme l'indique la Cour dans l'arrêt précité *Hoffmann-La Roche* « ... la détention d'une part de marché considérable, comme élément de preuve de l'existence d'une position dominante, n'est pas une donnée immuable et que sa signification varie de marché à marché d'après la structure de ceux-ci, notamment en ce qui concerne la production, l'offre et la demande... ».

De même, selon l'énoncé de l'arrêt *Michelin* « c'est dans cette perspective que doivent être examinés les différents critères et indices, invoqués par les parties, au sujet de l'existence d'une position dominante. Ces critères et indices concernent, d'une part, la part de marché détenue par NBIM sur le marché de produits en cause et, d'autre part, les autres facteurs devant entrer en considération pour apprécier la situation dans laquelle NBIM se trouve vis-à-vis de ses concurrents, ses clients et ses consommateurs⁷⁷ ».

On peut constater de l'étude de la jurisprudence que même avec des parts de marché larges, il est nécessaire de tenir compte d'autres critères et c'est justement de l'examen de ces critères supplémentaires qu'il sera question dans la partie suivante.

⁷⁷ Arrêt de la Cour du 9 novembre 1983. *NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin contre Commission des Communautés européennes*. Affaire 322/81, considérant 31

DEUXIEME PARTIE- LES CRITERES RELATIFS AUX FACTEURS QUALITATIVES DU POUVOIR DE MARCHÉ DE L'ENTREPRISE

Comme il a été indiqué dans la partie précédente, les parts de marché constituent un élément essentiel mais non conclusif dans l'appréciation de l'existence d'une position dominante. La détermination des seuils de parts de marché ne constitue en effet que l'étape initiale de l'appréciation⁷⁸.

La jurisprudence fait référence à une multitude de critères complémentaires qui peuvent selon les cas être décisifs dans l'appréciation. Il s'agit *inter alia* de l'avance technologique, perfectionnement du réseau commercial, avantages découlant de la détention de marques et/ ou brevets, droits exclusifs, la variété des produits et services, importance du nombre et qualifications des employés, les économies d'échelle, montant des fonds propres, la taille générale du groupe, l'importance des coûts de publicité etc. et en général de la présence de barrières à l'entrée du marché.

Les barrières à l'entrée se définissent comme les difficultés auxquelles font face des entreprises en entrant dans un marché déterminé⁷⁹. Moins il y aurait de barrières pour accéder au marché, plus il serait aisé pour des entreprises de pénétrer ce marché. De même, moins il y aura des barrières à l'entrée, plus le pouvoir de marché des entreprises présentes sur le marché sera relatif, étant donné que ces entreprises seront dans l'obligation de tenir compte de l'entrée imminente des concurrents sur le marché à tout moment et prendre des décisions tout comme s'il existait une concurrence vive sur le marché. Par conséquent, il serait peu probable pour une entreprise qui détient une importante part de marché sur le marché concerné, de détenir un pouvoir de marché significatif (et donc de détenir une position dominante), si les barrières à l'entrée de ce marché sont très basses⁸⁰.

Les barrières à l'entrée peuvent exister sous des formes diverses. L'examen des barrières à l'entrée dans l'appréciation de l'existence d'une position dominante nécessite une lecture d'ensemble de ces barrières et il sera artificiel de vouloir en

⁷⁸ SOUTY F., *Le Droit de la Concurrence de l'Union Européenne*, Paris, Montchrestien, 2003, p. 75

⁷⁹ BELLAMY C., CHILD G., *ibid.*, p. 708

⁸⁰ OFT Guideline, *ibid.*, p. 471

faire une lecture par catégories. La jurisprudence ne fournit pas une définition claire de « barrières à l'entrée »⁸¹. Cependant de l'examen de la jurisprudence sur ce sujet, on pourrait tenter de voir cette question sous trois angles: les barrières à l'entrée relatives à la rentabilité du marché, les barrières relatives aux entreprises présentes sur le marché et les barrières relatives au cadre juridique.

⁸¹ NIKPAY A., FAULL J., *The EC Law of Competition*, Oxford, Oxford University Press, 1999, p.128

CHAPITRE I- les barrières à l'entrée relatives à la rentabilité du marché

Le marché pertinent, de par ses caractéristiques, peut être un marché plus ou moins transparent ou autrement dit plus ou moins accessible pour de joueurs potentiels. Par exemple un marché ouvert aux importations est un marché que l'on pourrait qualifier d'accessible. Ainsi dans sa décision *Egemak* précitée, le Conseil affirme qu'en plus de faibles parts de marché, le fait que le marché des véhicules utilitaires soit ouvert aux importations indique que les entreprises ne détiennent pas une position dominante⁸².

D'autre part, l'accès au marché peut aussi se trouver quasiment clos dans le cas de figure des barrières absolues. Il s'agit par exemple des marchés qui ne peuvent être accédés que par le biais d'une licence⁸³ tel que par exemple le marché des communications mobiles en Turquie où seulement deux licences de type GSM 900 et deux licences de type GSM 1800 ont été attribuées⁸⁴. Il n'est pas possible pour un acteur d'accéder à quelconque de ces deux marchés à moins d'acquérir la licence d'une entreprise détentrice de la licence, la possibilité d'acquisition ou de transfert étant limitée par la législation. Dans cet exemple la détention de la licence par une des entreprises concernées constitue une barrière d'entrée quasiment absolue.

D'autre part, il est peu probable qu'une entreprise puisse avoir un pouvoir de marché important sur un marché où il existe de très faibles barrières pour accéder au marché en question⁸⁵.

L'arrêt *Benkar* précité après avoir déterminé que l'entreprise en question détient une large part de marché, poursuit son raisonnement en indiquant qu'il est relativement aisé pour les banques d'accéder au marché⁸⁶ étant donné que les banques détiennent d'une part des moyens financiers suffisant pour ceci et d'autre part, elles détiennent

⁸² Décision *Özdoku Otomotiv & EGEMAK Ege Makina ve Ticaret A.Ş., Otoyol Pazarlama A.Ş.* du 19.10.1999 no. 99-48/524-329

⁸³ OFT Guideline, *ibid*, p. 471

⁸⁴ Décision *Başarı, Telsim c/ Turkcell* du 20.7.2001 no. 00-35/347-95

⁸⁵ OFT Guideline, *ibid*, p. 471

⁸⁶ Il s'agit du marché des systèmes de carte de crédit qui sont acceptées dans certains magasins et qui permettent entre autre d'effectuer des paiements différés ou à mensualités.

des bases de données importantes relatives aux clients potentiels. Le Conseil souligne en appui que d'autres banques ont justement accédé au marché dans les périodes récentes et conclut qu'en l'occurrence il ne peut pas être dit que l'entreprise détienne une position dominante⁸⁷.

Parallèlement, dans sa décision *Cankart* concernant le même marché que celui étudié dans l'arrêt précité *Benkar*, le Conseil indique à nouveau que « ...étant donné qu'il n'y a pas de barrières significatives pour entrer au marché des cartes de magasins pour les banques, il est extrêmement difficile d'atteindre une position dominante sur ce marché »⁸⁸.

Section I- Les perspectives du marché

Les perspectives offertes par un marché peuvent attirer de nouveaux acteurs et au contraire, elles peuvent aussi jouer un rôle dissuasif. Selon la nature de ces perspectives, on peut faire une projection sur le nombre d'entreprises susceptibles d'entrer sur le marché et déterminer si la position des entreprises sur le marché semble viable soutenant une détermination de position dominante.

Ainsi dans les Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, il est indiqué qu'une entrée sur un marché est moins probable si elle ne peut être viable économiquement. Par conséquent « *L'entrée d'un nouveau concurrent sera vraisemblablement plus difficile si les entreprises en place sont à même de préserver leurs parts de marché en offrant des contrats à long terme ou en accordant des réductions de prix ciblées et préférentielles aux clients que le nouvel arrivant cherche justement à conquérir* »⁸⁹.

Dans ce registre, dans sa décision *Kar Gıda* précitée, après avoir examiné les données quantitatives, le Conseil se concentre sur le marché pertinent, c'est-à-dire le marché des chips et snacks emballés. Il détermine que depuis 15 ans date à laquelle la production sur le marché a débuté, seuls deux entreprises, dont une par voie d'importation, ont pénétré le marché et qu'étant donné que les produits en question

⁸⁷ Décision *Benkar* du 28.4.1999 no. 99-21/167-86, p. 6

⁸⁸ Décision *Cankart* du 29.4.1999 no. 99-21/188-104

⁸⁹ 2004/C 31/03, p.69

ne sont pas conformes aux goûts culinaires habituels des consommateurs turcs et que les produits soient essentiellement consommés par les enfants et les jeunes, le marché n'est pas apte à accueillir un nombre élevé de producteurs.

D'autre part, dans sa décision *İzmir Süt Mamülleri Sanayi ve Ticaret A.Ş. c/ Unilever Tüketim Ürünleri Satış ve Pazarlama A.Ş.*⁹⁰, s'agissant du marché des glaces industrielles, le Conseil constate que la consommation de glace par personne a été de 1 litre par an dans les cinq dernières années et détermine que ceci constitue une importante barrière à l'entrée en ce que le marché n'offre pas de perspectives.

On peut donc voir que le fait que le marché pertinent ne puisse accueillir qu'un nombre limité d'acteurs, du fait par exemple des caractéristiques du produit en question⁹¹ peut aussi être considéré comme une barrière à l'entrée, qui soutient la détermination de l'existence de positions dominantes.

D'autre part dans sa décision *Propet* précitée, le Conseil détermine que le marché des aliments pour chiens et chats est un marché ayant des perspectives de croissance et que l'entrée de nouveaux acteurs sur ce marché est donc inévitable. On voit donc ici que les perspectives du marché indiquent que la position de l'entreprise n'est pas viable et soutient le constat qu'elle ne détient pas une position dominante.

Dans le sens contraire, dans sa décision *Toros Gübre*⁹², le Conseil considère que s'agissant du marché d'engrais sujet à la politique d'agriculture menée donc sujet à changements, le marché n'offre pas une perspective attirante aux nouveaux acteurs. Selon le Conseil, ce constat découle aussi du fait que les acheteurs du produit ont de faibles moyens ce qui ne promet pas de ventes importantes.

Section II- L'investissement nécessaire

Dans les cas de figure où l'entrée au marché nécessite d'importants investissements, ceci peut aussi jouer un rôle dissuasif pour les entreprises voulant pénétrer le marché.

⁹⁰ Décision *İzmir Süt Mamülleri Sanayi ve Ticaret A.Ş. c/ Unilever Tüketim Ürünleri Satış ve Pazarlama A.Ş.* du 2612.2002 no. 02-81&940-387

⁹¹ une faible demande du produit dans la cas mentionné.

⁹² Décision *Toros Gübre* du 3.11.2000 no. 00-43&46

A cet effet, s'agissant du marché des bananes, on peut examiner la décision *United Brands* de la Cour qui affirme à son considérant 122 que « les barrières à l'entrée ...résultent notamment des investissements exceptionnellement lourds qu'exigent la création et l'exploitation des bananeraies, de la nécessité de multiplier les sources d'approvisionnement pour éviter les conséquences des maladies de fruits et des intempéries (ouragans, inondations), de la mise en place d'une logistique contraignante que nécessite la distribution d'une marchandise très périssable, des économies de dimension dont le nouveau venu sur le marché ne peut immédiatement bénéficier et des coûts absolus d'entrée que constituent notamment tous les frais fixes de pénétration sur un marché, tels la mise sur pied d'un réseau commercial adéquat, le montant de campagnes publicitaires de grande envergure, tous risques financiers dont les dépenses sont perdues en cas d'échec de la tentative »⁹³.

Dans sa décision *Kar Gıda* précitée, le Conseil indique que l'entrée au marché nécessite une technologie élevée et sophistiquée. A ce propos, le Conseil illustre sa considération en indiquant que la dernière entreprise à avoir pénétré le marché a préféré importer son produit plutôt que de faire les investissements nécessaires à la production.

Dans sa décision *Toros Gübre*⁹⁴ précitée, pour l'appréciation d'une position dominante, le Conseil constate que l'accès au secteur d'engrais nécessite l'établissement d'un site de production dont le coût est de l'ordre de 300-400 millions USD.

Dans sa décision *Bayek*⁹⁵, le Conseil constate que l'établissement d'un hôpital privé proposant une large gamme de services médicaux nécessite une importante investissement et que ceci constitue une importante barrière à l'entrée.

On peut donc voir des décisions susmentionnées que les marchés nécessitant d'importants investissements sont des marchés difficiles à pénétrer et de ce fait on

⁹³ Arrêt de la Cour du 14 février 1978. *United Brands Company et United Brands Continentaal BV contre Commission des Communautés européennes. Bananes Chiquita*. Affaire 27/76.

⁹⁴ Décision *Toros Gübre* du 3.11.2000 no. 00-43&46

⁹⁵ Décision *Bayındır Hayat Sigorta A.Ş. c/ Bayek Tedavi Sağlık Hizmetleri ve İşletmeciliği A.Ş.* du 18.7.2002no. 02-44/518-213

peut considérer que la position d'une entreprise présente sur le marché s'en trouve renforcée.

De même l'arrêt *İstanbul Halk Ekmek*, tout en déterminant que la part de marché de l'entreprise est trop faible pour lui permettre de détenir une position dominante, le Conseil fait tout de même une vérification de cette détermination en exposant des critères supplémentaires. L'un des critères considéré est l'existence des barrières à l'entrée. A ce sujet, la Cour indique que «*les coûts de l'établissement d'une four ne sont pas élevés...le plus grand problème pour accéder au marché est de pouvoir trouver une épicerie ou super-marché où les pains produits seront vendus*» et conclut que «*...il n'y pas en somme pas de barrière à l'entrée considérable*».

A cet égard, il est aussi nécessaire de souligner que le rôle dissuasif de l'importance des investissements peut être accentué là où ces investissements engendrent des coûts irrécupérables. Ces coûts se définissent comme les coûts d'implantation d'une entreprise sur un marché qui ne peuvent pas être récupérées si l'implantation ne réussit pas⁹⁶. Pour illustrer ce propos, on pourrait citer la décision *Turkcell* du Conseil⁹⁷. Pour établir la dominance de *Turkcell* sur le marché des services de la téléphonie mobile, le Conseil considère *inter alia* le facteur des «coûts irrécupérables». Le Conseil considère dans ce cadre que les licences des opérateurs de téléphonie mobile contiennent un article selon lequel à l'expiration de la durée de la licence, les opérateurs sont tenus de transférer les immeubles, les centrales et tout équipement affectant le fonctionnement du système au Ministère de la Transportation sans contrepartie financière. Conjuguée avec l'importance des investissements relatifs à l'infrastructure et la nécessité de conformation continue à la technologie changeante, ce fait constitue une barrière à l'entrée significative⁹⁸.

On peut voir des décisions susmentionnées que la position des entreprises présentes dans les secteurs dont l'accès implique d'importants investissements s'en trouve renforcée. *A contrario*, les secteurs nécessitant de faibles investissements sont

⁹⁶ NIKPAY A., FAULL J., *ibid.*, P.129

⁹⁷ Décision *Başarı et Telsim c/ Turkcell* du 20.7.2001 no. 00-35/347-95

⁹⁸ Dans leur opinion dissidente, deux membres du Conseil (Messrs. Müftioğlu et Parlak) invoquent même que la conjugaison des barrières à l'entrée avec l'intense réglementation et surveillance sur le marché rendent impossible la détention d'une position dominante sur un tel marché.

propices à l'accès d'autres entités ce qui relativise la position des entreprises présentes sur le marché.



CHAPITRE II- les barrières à l'entrée relatives aux entreprises présentes sur le marché

Les entreprises présentes sur le marché peuvent détenir des avantages de tout type qui peuvent conférer à celles-ci une position dominante ou au moins soutenir une appréciation dans ce sens. Ces avantages peuvent se présenter sous des formes très variées. Dans ce sens, même la localisation d'une entreprise peut être considérée comme un indice de sa position dominante⁹⁹.

Les avantages considérés dans l'appréciation d'une position dominante seront examinés sous deux sections ci-dessous, les avantages financiers de l'entreprise et ses avantages structurels.

Section I- Les avantages financiers de l'entreprise

Sous-section I- La situation financière générale de l'entreprise

La taille et la force globale de l'entreprise peuvent être un indice de sa position dominante en ce que la notion de dominance sous-entend la notion de «force». Cette force peut évidemment se trouver relativisée par la force d'autres entreprises cependant dans certaines circonstances, combinée avec d'autres critères, elle peut aussi constituer un critère de l'appréciation.

Ainsi dans l'affaire *Michelin*, la Cour souligne qu'il est nécessaire de prendre en compte les avantages que les entreprises en question peuvent tirer de leur appartenance à des groupes d'entreprises dont l'activité s'étend au niveau européen ou même mondial¹⁰⁰.

⁹⁹ Décision *Bayındır Hayat Sigorta A.Ş. c/ Bayek Tedavi Sağlık Hizmetleri ve İşletmeciliği A.Ş.* du 18.7.2002 no. 02-44/518-213 ou le Conseil considère que le fait les hôpitaux de l'entreprise soient localisées à des endroits convenables de la ville lui confèrent un avantage.

¹⁰⁰ Arrêt de la Cour du 9 novembre 1983. *NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin contre Commission des Communautés européennes*. Affaire 322/81

D'autre part, dans son arrêt *United Brands*, la Cour souligne que «*United Brands constitue le plus important groupe bananier, ayant assuré, en 1974, 35 % de toutes les exportations de bananes sur le marché mondial*»¹⁰¹.

De même, dans sa décision *Continental Can* précitée, la Commission détermine que Continental Can Company Inc...est le plus grand producteur mondial d'emballages métalliques et qu'elle a réalisé un bénéfice net de 6.5 millions d'unités de compte¹⁰² et dans l'arrêt précité *Hoffmann-La Roche*, la Commission établit comme critère supplémentaire que l'entreprise Roche est le plus grand producteur mondial de vitamines et que son chiffre d'affaires dépasse celui de l'ensemble des autres producteurs et qu'elle est «*à la tête d'un groupe multinational qui, par son chiffre d'affaires, est le premier groupe pharmaceutique mondial*».¹⁰³

D'autres composantes de cette puissance financière peuvent se traduire sous des formes diverses. En ce sens le patrimoine de l'entreprise peut avoir une signification.

En l'occurrence dans son arrêt *United Brands*¹⁰⁴ susmentionné, la Cour constate qu'au stade de la production, *United Brands* est propriétaire de vastes plantations en Amérique centrale et qu'au stade du transport maritime, il a été reconnu que *United Brands* est la seule entreprise du genre à être capable de transporter les deux tiers de ses exportations à l'aide de sa propre flotte bananière sud. D'autre part, la Cour estime que les bananes sont transportées du lieu de production aux ports d'embarquement par des moyens qui sont propres à *United Brands*, dont des chemins de fer et «*qu'au stade du transport maritime, il a été reconnu que United Brands est la seule entreprise du genre à être capable de transporter les deux tiers de ses exportations à l'aide de sa propre flotte bananière*». La Cour considère qu'en égard à ses actifs et moyens, *inter alia*, *United Brands* dispose d'une puissance considérable sur le marché.

¹⁰¹ Arrêt de la Cour du 14 février 1978. *United Brands Company et United Brands Continentaal BV contre Commission des Communautés européennes. Bananes Chiquita. Affaire 27/76, considérant 97*

¹⁰² Décision de la Commission du 9 décembre 1971 (IV/26 811 *Continental Can*) 72/21/CEE

¹⁰³ Arrêt précité considérant 42. Cet argument est cependant rejeté par la Cour au considérant 47 de la décision.

¹⁰⁴ Arrêt de la Cour du 14 février 1978. *United Brands Company et United Brands Continentaal BV contre Commission des Communautés européennes. Bananes Chiquita. Affaire 27/76*

De même le fait que le groupe *Continental Can* «possédait quelque 208 usines... 200 bureaux de vente» est considéré comme une indication de sa force¹⁰⁵.

De même le nombre d'employés d'une entreprise peuvent être un facteur de sa puissance. On peut citer à cet égard les considérations suivantes; «à la fin de 1969, le groupe *Continental*...employait 62.000 personnes...le groupe *SLW* employait 13.200 personnes ...»¹⁰⁶, et «*Bayek* emploie 848 employés à temps plein dans ses établissements sanitaires»¹⁰⁷. Il s'agit de deux cas où l'on détermine que les entreprises détiennent une force de par, entre autres, du nombre de leur personnel. Ce constat peut être vrai aussi en fonction de la qualification des employés et de leurs heures de travail.

La situation financière d'une entreprise peut aussi s'exprimer sous la forme d'une facilité de financer ses activités. Ainsi une entreprise qui, de par sa grandeur économique conjuguée avec d'autres données, peut facilement emprunter sera dans une position avantageuse par rapport à des entreprises qui ne peuvent financer leurs activités. Ainsi dans sa décision *Continental Can* précitée, la Cour estime que du fait de sa dimension, *Continental* peut «recourir au marché international des capitaux» et qu'ainsi elle a «financé par des emprunts... l'acquisition en 1969 d'une participation supplémentaire de 60% dans *SLW* ... que de telles possibilités de financement sont plus difficilement accessibles à des concurrents qui ne disposent pas d'une puissance économique et financière comparable à celle de *Continental*»¹⁰⁸.

Sous-section II- La capacité excédentaire de l'entreprise

La capacité excédentaire d'une entreprise peut lui permettre d'augmenter sa production si la demande venait à accroître et lui permettre d'établir une stratégie de production suivant les comportements de ses concurrents¹⁰⁹. Ainsi la capacité excédentaire d'une entreprise peut-elle aussi indiquer son pouvoir de marché qui

¹⁰⁵ Décision de la Commission du 9 décembre 19719 (IV/26 811 *Continental Can*) 72/21/CEE

¹⁰⁶ Décision de la Commission du 9 décembre 19719 (IV/26 811 *Continental Can*) 72/21/CEE

¹⁰⁷ Décision *Bayındır Hayat Sigorta A.Ş. c/ Bayek Tedavi Sağlık Hizmetleri ve İşletmeciliği A.Ş.* du 18.7.2002no. 02-44/518-213

¹⁰⁸ Décision de la Commission du 9 décembre 19719 (IV/26 811 *Continental Can*) 72/21/CEE

¹⁰⁹ NIKPAY A., FAULL J., *ibid.*, p. 131

conjugué avec d'autres critères peut dans certaines circonstances conférer une position dominante.

Dans sa décision *Afyon Ekmek* précitée, le Conseil indique qu'une capacité inutilisée «peut résulter d'une insuffisance de demande, l'entrée de nouveaux acteurs sur le marché ou l'arrivée d'une nouvelle technologie dans l'industrie»¹¹⁰. Dans ces cas de figure, l'entreprise est donc incapable de vendre la quantité de produits fabriquée en considération d'une certaine quantité de demande projetée. Or comme le souligne le Conseil dans cette décision, du moment où ce surplus de production correspondra à la demande à long terme alors cette capacité serait qualifiée d'excédentaire et pourrait indiquer un pouvoir de marché.

Dans le cas examiné, en considérant que la capacité de production de *Afyon Ekmek* est théoriquement de 40.000 pains par jour et que la demande de pains dans la ville d'*Afyon* est de 110.000 par jour et que la production de *Afyon Ekmek* est en pratique de 24.000 pains par jour, le Conseil détermine que ce surplus de production n'est pas en mesure d'indiquer une puissance qui pourrait contredire la détermination selon laquelle l'entreprise ne détient pas une position dominante.

Section II- Les avantages structurels de l'entreprise

Sous-section I- L'intégration verticale

Parmi les facteurs qualitatifs de l'appréciation de l'existence d'une position dominante, la présence d'une entreprise aux divers stades de la production d'un produit ou de la provision d'un service, donc son intégration verticale, peut être un avantage suffisamment important pour que l'on puisse déterminer qu'elle occupe une position dominante. Au contraire, une entreprise qui n'est pas verticalement intégrée, sera dans l'obligation de négocier avec les entreprises présentes sur d'autres stades de la formation et sa puissance peut s'en trouver amoindrie. Dès lors, il est possible de voir dans les décisions des autorités que l'intégration plus ou moins importante d'une entreprise peut jouer en faveur ou à l'encontre de la détermination qu'elle occupe une position dominante.

¹¹⁰Décision *Afyon Ekmek Un Mamülleri Gıda Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti.* du 3.8.2000 no. 00-29/314-181, p. 3

Ainsi dans son arrêt *United Brands*, la Cour constate que *United Brands* «est une entreprise verticalement intégrée à un degré très poussé; que cette intégration se manifeste à chacune des étapes menant de la plantation au chargement sur wagons ou sur camions dans les ports de débarquement et qu'au-delà, la surveillance de *United Brands* s'exerce, en ce qui concerne le mûrissage et les prix de vente, jusqu'aux murisseurs-distributeur et aux grossistes, par la mise en place de tout un réseau d'agents» et estime que ceci est une composante importante de sa puissance sur le marché¹¹¹.

Dans sa décision *Afyon Ekmek* précitée, le Conseil définit le concept «d'intégration verticale» comme une intégration obtenue par une entreprise de façon à ce que l'entreprise constitue elle-même chaque maillon du processus de la mise en vente du produit sur le marché, depuis la production jusqu'à sa distribution et indique que l'entreprise en question ne possède clairement pas une telle intégration étant donné qu'elle se charge uniquement de la production¹¹².

Dans sa décision *Kar Gıda* mentionnée ci-dessus à plusieurs reprises¹¹³, le Conseil examine le critère d'«intégration verticale» et indique à cet effet que le produit en question (chips et snacks) est un produit à une durée de consommation limitée nécessitant un transfert effectif et rapide du producteur au consommateur et nécessitant par ce fait un important et large réseau de distribution. A ce propos, le Conseil détermine que l'entreprise ayant rejoint la société *Pepsi-Co* elle détient par ce fait un avantage considérable.

De même dans sa décision *Propet* précitée, le Conseil remarque qu'il n'existe pas d'intégration verticale en ce qui concerne le marché d'aliments pour animaux domestiques étant donné que les produits en question ne sont pas produits en Turquie, qu'en l'occurrence ils sont importés et donc l'entreprise en question est un distributeur n'ayant pas de contrôle sur les caractéristiques ou la nature du produit. Le Conseil fonde son constat, *inter alia*, sur le fait que l'entreprise ne détient pas de position dominante en l'absence d'intégration verticale.

¹¹¹ Arrêt de la Cour du 14 février 1978. *United Brands Company et United Brands Continentaal BV contre Commission des Communautés européennes. Bananes Chiquita*. Affaire 27/76, considérant 71

¹¹² Décision *Afyon Ekmek Un Mamülleri Gıda Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti.* du 3.8.2000 no. 00-29/314-181

¹¹³ Décision *Kar Gıda & Uzay Gıda* du 29.2.2000 no. 00-9/89-44.

On peut donc conclure que la jurisprudence considère l'intégration verticale comme une donnée essentielle dans la détermination de positions dominantes.

Sous-section II- Les économies d'échelle

Selon la définition donnée sur le site d'information de l'Union Européenne¹¹⁴, «*Une entreprise réalise des économies d'échelle lorsqu'elle réduit ses coûts unitaires en produisant plus (c'est-à-dire lorsque les coûts moyens diminuent à mesure que la production augmente. Il faut pour cela qu'elle puisse répartir ses coûts fixes sur une production plus importante. On peut citer l'exemple de camion de plus grande taille permettant de transporter des volumes plus importants, mais ne nécessitant toujours qu'un chauffeur, ou celui de la grande usine ne nécessitant pas le stockage d'un plus grand nombre de pièces de rechange que la petite usine*».

Les économies d'échelle sont donc des économies réalisées grâce à la taille de l'entreprise.

On note aussi que «*l'accroissement de la taille ne va pas sans poser des problèmes et causer des coûts supplémentaires («déséconomies d'échelle»): lourdeurs administratives, mauvaise transmission de l'information, problèmes sociaux ... contraintes administratives, ampleur des risques de production, "responsabilité sociale" de l'entreprise...On considère généralement que, à mesure que la taille augmente, les économies d'échelle sont d'abord supérieures aux déséconomies, avant que le rapport ne s'inverse. Cela signifie qu'il y a une taille optimale pour l'entreprise, taille pour laquelle ses coûts unitaires seront les plus bas* »¹¹⁵.

Dès lors, pour une entreprise jouissant de cette «taille optimale», les économies d'échelle peuvent lui conférer un avantage considérable vis-à-vis de ses concurrents et constituer un indice important dans l'appréciation de la détention d'une position dominante de sa part.

Ainsi dans sa décision *MCI WorldCom/Sprint*, la Commission examine une notification portant sur un projet de concentration par lequel *MCI WorldCom, Inc.*

¹¹⁴ www.europa.eu.int

¹¹⁵ Fiche de synthèse : *Economies d'échelle, économies d'apprentissage et progrès technique.* www.ecogexport.com

entend fusionner avec *Sprint Corporation* sur le marché de la fourniture de connectivité de niveau 1 ou universelle. A cette occasion, la Commission établit que « *la taille des réseaux et l'importance de leur offre de services* » permettent à *MCI WorldCom, Inc.* et à *Sprint Corporation* de réaliser des économies d'échelle¹¹⁶ et utilise ce critère dans son appréciation prospective de la création d'une position dominante. En l'occurrence, elle déclare l'opération de concentration notifiée incompatible avec le marché commun¹¹⁷.

Dans son arrêt de principe *United Brands*, s'agissant de la société *United Brands*, la Cour fait le constat que « *ses circuits de vente, n'englobant qu'un nombre restreint de clients, grands groupes ou distributeurs-murisseurs, ont pour conséquence une simplification de la politique d'approvisionnement et des économies d'échelle* » et utilise ce constat comme critère d'appréciation de sa position dominante¹¹⁸.

De même, dans sa décision *BPB Industries*, la Commission examine des infractions à l'article 82 qui sont invoquées contre *BPB Industries PLC*, société holding britannique ayant des intérêts dans le monde entier, principalement dans les produits à base de plâtre, d'autres matériaux de construction, le papier et le carton. Dans sa décision, la Commission constate que toute société qui souhaite pénétrer sur le marché en établissant une production de placoplâtre en Grande-Bretagne doit s'attendre à un temps de préparation très long et réaliser des investissements très lourds pour créer les installations intégrées nécessaires et que « *la capacité de production minimum pour qu'une usine de placoplâtre soit rentable est d'environ 20 millions de m² par an* ». Elle détermine ainsi que ayant réalisé ce type d'économies d'échelle, *BPB* détient un pouvoir de marché confortant ainsi la détermination de sa position dominante¹¹⁹.

D'autre part, dans une décision du 21 mai 2003, la Commission examine la pratique de prix de *Deutsche Telekom AG*, facturés à des concurrents et à des consommateurs

¹¹⁶ « *et de gamme dont sont privés leurs concurrents plus petits* »

¹¹⁷ Décision de la Commission du 28 juin 2000 *MCI WorldCom/Sprint* Affaire COMP/M.1741 -

¹¹⁸ Arrêt de la Cour du 14 février 1978. *United Brands Company et United Brands Continentaal BV contre Commission des Communautés européennes. Bananes Chiquita*. Affaire 27/76, considérant 95

¹¹⁹ Décision de la Commission du 5 décembre 1988 CEE IV/31.900. *BPB Industries*. 89/22/CEE

pour l'accès à ses réseaux locaux. La Commission constate qu'en ce qui concerne l'accès au réseau, d'autres opérateurs font concurrence à *Deutsche Telekom*, soit avec leurs propres infrastructures ou en utilisant le réseau local de *Deutsche Telekom*. Elle note que cette dernière solution est moins onéreuse et permet également aux concurrents moins puissants financièrement, qui ne peuvent pas mettre en place eux-mêmes une infrastructure complète, d'accéder directement au marché des abonnés allemands. Elle constate d'autre part que les prestataires nationaux de services de télécommunications doivent, eux aussi, utiliser les infrastructures existantes.

D'autre part pour souligner la puissance de *Deutsche Telekom*, la Commission considère que «...*Les nouveaux arrivants ne possèdent en effet pas une infrastructure de réseau aussi étendue que celle de Deutsche Telekom et les technologies classiques ne leur permettent pas de réaliser les mêmes économies d'échelle...*».¹²⁰

On peut remarquer donc que la jurisprudence européenne fait référence aux économies d'échelle réalisées par une entreprise pour établir sa force et éventuellement sa dominance sur le marché.

De même, le Conseil de Concurrence fait référence à la notion d'économies d'échelle dans ses décisions.

Ainsi dans sa décision *İzmir Süt Mamülleri Sanayi ve Ticaret A.Ş. c/ Unilever Tüketim Ürünleri Satış ve Pazarlama A.Ş.*¹²¹, outre «*les barrières légales, l'importance des coûts d'investissement, l'avancée technologique, le pouvoir financier, la détention de droits de propriété intellectuelle...*» le Conseil considère que les économies d'échelle peuvent aussi constituer une barrière à l'entrée.

Dans ce raisonnement, dans sa décision *Toros Gübre*¹²², le Conseil considère qu'en regard au fait que le transport maritime du produit, en l'occurrence «*les engrais*», nécessite des économies d'échelle, il est difficile pour une entreprise de poursuivre

¹²⁰ Décision de la Commission du 21 mai 2003 Affaires COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579 - *Deutsche Telekom AG*

¹²¹ Décision *İzmir Süt Mamülleri Sanayi ve Ticaret A.Ş. c/ Unilever Tüketim Ürünleri Satış ve Pazarlama A.Ş.* du 2612.2002 no. 02-81&940-387

¹²² Décision *Toros Gübre* du 3.11.2000 no. 00-43&46

ses activités sur le marché dans une région limitée et en réalisant des ventes de petite échelle. A cet effet, le Conseil détermine que ce n'est que lorsque la capacité de transport maritime est de l'échelle de 20.000- 30.000 tonnes d'engrais que le désavantage du coût de fret peut être évité, ce qui implique une importante capacité de transport de l'entreprise.

On remarque donc d'autre part que la position d'une entreprise ne pouvant réaliser des économies d'échelle ne sera pas viable ce qui soutient l'appréciation que l'entreprise pouvant réaliser ces économies d'échelle sur le même marché peut se trouver en position dominante.

Finalement, dans sa décision *Carnival Corporation*, la Commission examine un projet de concentration portant sur l'acquisition du contrôle de l'entreprise britannique *P & O Princess plc* par la société américaine *Carnival Corporation*¹²³.

Dans son appréciation de position dominante la Commission constate que; «...*l'exploitation d'une grande flotte de navires génère des économies d'échelle, car elle permet d'étaler divers postes de coûts, comme les frais généraux (activités techniques, frais d'hôtel, activités à terre, etc.)*».

D'autre part, elle remarque que «...*des économies d'échelle ne sont pas seulement réalisables en exploitant plus de navires, mais aussi en exploitant des navires plus grands et plus modernes. En effet, avec des navires plus grands, divers coûts ...peuvent être répartis sur un plus grand nombre de clients, et les navires assez récents sont moins coûteux à exploiter en raison, par exemple, de leurs frais de carburant nettement inférieurs. Il n'en demeure pas moins que l'entrée sur un marché européen avec un navire neuf de gros tonnage est difficile ...Ce n'est donc que dans des cas très rares et exceptionnels que ces économies d'échelle peuvent être réalisées par de nouveaux arrivants...*»¹²⁴.

¹²³ Décision de la Commission du 24 juillet 2002 (Affaire COMP/M.2706 - *Carnival Corporation/P & O Princess*).2003/667/CE

¹²⁴ Décision de la Commission du 24 juillet 2002 (Affaire COMP/M.2706 - *Carnival Corporation/P & O Princess*).2003/667/CE

La Commission prend aussi en compte le point de vue des parties qui «*contestent la thèse de l'existence d'économies d'échelle importantes, en affirmant que si ces économies existaient, on observerait sans doute une tendance à la concentration croissante du secteur... Un certain nombre d'acteurs.. sont entrés (sur le marché) avec un seul navire, puis se sont agrandis en ajoutant des navires. On voit donc que l'entrée à une échelle relativement petite est possible et que la réalisation d'économies d'échelle n'est donc pas indispensable à la réussite de l'entrée sur le marché*». La Commission fait droit à la thèse des parties.

On peut donc voir de cette dernière décision que les économies d'échelle réalisées par une entreprise pourraient ne pas avoir de signification dans l'appréciation d'une position dominante si la réalisation de ces économies d'échelle ne constitue pas des barrières à l'entrée et dès lors il peut être nécessaire de relativiser cette donnée dans certains cas.

Section III- Les avantages technologiques de l'entreprise

Sous-section I- La détention de droits de propriété intellectuelle et la dépendance aux marques

Dans sa décision *Continental Can*, la Commission indique que la détention de brevets conjuguée par la jouissance d'un savoir-faire technique assurent à *SLW* une position importante sur le marché¹²⁵.

Dans sa décision *Kar Gıda* susmentionnée¹²⁶, le Conseil constate que l'entreprise en question détient un brevet relatif aux emballages des produits qui lui confère un avantage réconfortant ainsi la détermination de la détention d'une position dominante de sa part.

On voit donc des droits de propriété intellectuelle peuvent conférer un avantage aux entreprises.

D'autre part, il est aussi possible de constater qu'une entreprise jouissant d'une plus ou moins grande dépendance des consommateurs vis-à-vis des droits de propriété

¹²⁵ Décision de la Commission du 9 décembre 19719 (IV/26 811 *Continental Can*) 72/21/CEE

¹²⁶ Décision *Kar Gıda & Uzay Gıda* du 29.2.2000 no. 00-9/89-44,

intellectuelle et plus spécialement de sa marque, peut selon cette donnée être considérée comme détenant une position dominante. Moins la dépendance aux marques sur un marché donné sera forte, plus les consommateurs considéreront les produits des différents producteurs sur ce marché comme interchangeables et plus la position de chacune sur le marché sera précaire.

A cet effet dans sa décision *Propet* précitée, le Conseil détermine que les produits sur le marché d'aliments pour chiens et chats sont de qualité similaire, que l'interchangeabilité entre les produits est importante et qu'il y a une faible dépendance aux marques et fonde sa détermination relative à la transparence du marché et donc absence de position dominant sur ces constats¹²⁷.

Dans son arrêt *United Brands Company* précité, la Cour détermine que *United Brands* a acquis une position privilégiée en faisant de *Chiquita* la première marque de bananes sur le marché en cause et que cette marque bénéficie du prestige d'une marque connue et appréciée des consommateurs et conclut que cette «force de marque» est une composante de la puissance de *United Brands* sur le marché¹²⁸.

Le fait de posséder une marque connue peut aussi conférer un avantage aux entreprises. Tel peut être le cas des sociétés internationales connues sur le plan international.

Sous-section II- L'avancée technique de l'entreprise

L'avancée technique d'une entreprise peut-elle aussi être indicatrice de sa position dominante. Une avancée technique peut permettre de produire plus rapidement, de produire en plus grande quantité et surtout de produire des produits de qualité supérieure à des coûts inférieurs. Ces facteurs peuvent privilégier décisivement la position d'une entreprise sur un marché donné.

On peut ainsi voir que dans sa décision *United Brands* susmentionnée, la Cour base sa décision aussi sur des constats relatifs à l'avancée technique de l'entreprise et indique à cet effet que « dans le domaine des connaissances techniques et grâce à des recherches constantes, UBC (*United Brands*), en perfectionnant le système de

¹²⁷ Décision *Ankara Veteriner Tip Merkezi & Propet* du 18.4.2000 no. 00-14/138-70

¹²⁸ Arrêt de la Cour du 14 février 1978. *United Brands Company et United Brands Continentaal BV contre Commission des Communautés européennes. Bananes Chiquita*. Affaire 27/76.

drainage, en corrigeant les déficiences pédologiques et en combattant efficacement les maladies des plantes, continue à améliorer la productivité et le rendement des plantations...qu'elle a mis au point de nouvelles méthodes de mûrissage que des techniciens d'UBC enseignent aux distributeurs-murisseurs de la banane chiquita » et conclut «*qu'il s'agit là encore d'un élément à retenir dans l'examen de la position d'UBC, les firmes concurrentes ne pouvant développer des activités de recherche à un niveau comparable et se trouvant, à cet égard, désavantagées par rapport à la requérante*»¹²⁹.

Dans sa décision *Continental Can* susmentionnée, la Commission estime que SLW fabrique elle-même les machines nécessaires à la production et à l'utilisation des emballages métalliques et qu'elle possède une importante expérience technique à cet égard et jouit d'une avance technologique importante¹³⁰.

Dans le même registre dans sa décision *Michelin*, la Cour souligne que parmi les avantages du groupe *Michelin*, on peut compter «*son avance par rapport à ses concurrents en matière d'investissements et de recherche*»¹³¹.

L'avance technique d'une entreprise peut aussi se refléter dans les caractéristiques du produit. Un produit supérieur aux produits de substitution de par ses attributs confère ainsi un avantage à son producteur. Le fait que les produits en cours de développement d'une entreprise soient prometteurs peut aussi conférer un avantage considérable à l'entreprise¹³².

Finalement, il faut aussi souligner que si les avantages détenus par l'entreprise présente sur le marché sont aussi possédés par les joueurs potentiels, les avantages de l'entreprise ne seront pas considérés comme lui conférant une position dominante.

On pourrait citer en guise d'exemple, la décision *Benkar* du Conseil relative au marché des systèmes de cartes de financement. Il s'agit en l'occurrence des cartes de

¹²⁹ Arrêt de la Cour du 14 février 1978. *United Brands Company et United Brands Continentaal BV contre Commission des Communautés européennes. Bananes Chiquita*. Affaire 27/76, considérants 82 à 84

¹³⁰ Décision de la Commission du 9 décembre 1971 (IV/26 811 *Continental Can*) 72/21/CEE

¹³¹ Arrêt de la Cour du 9 novembre 1983. *NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin contre Commission des Communautés européennes*. Affaire 322/81, considérant 55

¹³² Décision de la Commission du 8 mai 2001. IV/36.957/F3. *Glaxo Wellcome/ Smithkline Beecham*

crédit ou autres donnant la possibilité aux détenteurs des possibilités de paiement plus souples. Ces systèmes de cartes étant pour la quasi-majorité établis par des banques, les banques possèdent des avantages leur rendant aisé l'accès au marché. Ces avantages sont notamment constitués par des bases de données extensives et une forte structure financière, attributs inhérents au statut de banque. Eu égard à ces constats, le Conseil détermine que les joueurs potentiels possèdent des avantages qui font qu'ils peuvent pénétrer le marché facilement et de ce fait une entreprise présente sur le marché ne peut pas détenir une position dominante¹³³.

¹³³ Décision *Benkar Tüketici Finansmanı ve Kart Hizmetleri A.Ş.* du 28.4.1999 no. 99—21/177-96

CHAPITRE III- les barrières relatives au cadre juridique

Section I- Le droit régissant le marché pertinent

Comme il a été mentionné dans l'introduction de cette partie, la régulation d'un marché donné par le législateur peut constituer une barrière considérable pour accéder à ce marché. Ce type de barrières peut se manifester à deux échelles, des barrières législatives qui empêchent de pénétrer ce marché et des barrières qui rendent difficile la poursuite des activités une fois que l'entreprise a accédé au marché. Or ce second cas de figure peut être vu aussi comme une barrière à l'entrée en ce qu'elle peut à elle seule dissuader une entreprise de pénétrer le marché.

En ce qui concerne le premier cas de figure, dans sa décision *Bayek* précitée, le Conseil constate que selon le Règlement sur les Hôpitaux Privés, les hôpitaux privés doivent se conformer à des standards techniques et infra structurels, tenir en réserve une quantité minimale de médicaments, équipement et autres et qu'ils doivent employer des médecins, infirmières et autre personnel médical dans les seuils indiqués et qu'ils sont donc soumis à la régulation et inspection du Ministère de la Santé et que de ce fait «l'établissement d'un hôpital privé est sujet à une forte régulation propre au secteur examiné»¹³⁴.

Pour le second cas de figure, on peut citer le marché de la téléphonie mobile susmentionnée, marqué par une obligation d'acquiescer une licence GSM délivrée par l'Autorité des Télécommunications. De par ses caractéristiques, il s'agit d'un marché qui ne peut abriter un nombre élevé d'opérateurs et en vue cette donnée, les autorités ne délivrent qu'un nombre limité de licences. Par conséquent, un acteur désirant accéder à ce marché sera tenu avant tout surmonter cette barrière légale. L'existence d'une telle barrière peut ainsi conforter la position des entreprises présentes sur le marché.

¹³⁴Décision *Bayındır Hayat Sigorta A.Ş. c/ Bayek Tedavi Sağlık Hizmetleri ve İşletmeciliği A.Ş.* du 18.7.2002 no. 02-44/518-213

Section II- La détention de droits exclusifs

Les droits exclusifs attribués à des entreprises peuvent eux aussi leur conférer une position dominante.

Dans la jurisprudence européenne, un arrêt important dans ce registre et à laquelle font référence d'autres arrêts par la suite est la décision *Bodson*¹³⁵ de la CJCE. La décision porte sur un litige entre une société de pompes funèbres qui s'est vu concédée de manière exclusive le service extérieur de pompes funèbres dans certaines communes en France (la législation française confiant le service extérieur des pompes funèbres aux communes) et Mme. *Bodson* qui exploite elle-aussi une entreprise de pompes funèbres. Mme. *Bodson* fait valoir que le groupe constitué par la société des pompes funèbres et ses filiales à qui l'on a attribué à titre exclusif une part importante des concessions communales du service extérieur des pompes funèbres détient une position dominante et exploite cette position dominante de façon abusive par pratique de prix excessifs. La Cour affirme au considérant 26 de la décision que l'application de l'article 86 (82) n'est pas exclue par le fait que l'absence ou la limitation de la concurrence est favorisée par des dispositions législatives ou réglementaires et poursuit par l'examen de l'existence d'une position dominante.

Quant au Conseil de Concurrence, dans sa décision *Türkiye Şeker Fabrikaları* du 13.8.1998, en plus d'une large part de marché, elle considère que la détention par *Türkiye Şeker Fabrikaları* de droits exclusifs lui confère une position dominante¹³⁶.

De même, le droit exclusif d'exploitation des mines de bor confiée à une entreprise indique la détention par cette entreprise d'une position dominante¹³⁷.

D'autre part, des entreprises qui sont le seul joueur sur un marché déterminé, du fait de l'accord d'un tel droit par un appel d'offre peut aussi à *fortiori* indiquer qu'ils

¹³⁵ Arrêt de la Cour (sixième chambre) du 4 mai 1988. *Corinne Bodson contre SA Pompes funèbres des régions libérées*. Affaire 30/87.

¹³⁶ Décision no. 78/603-113

¹³⁷ Décision *Bor Sanayi Dış Ticaret Limited Sti. & Eti Holding A.S.* du 4.1.2000 no. 00-1/2-2. Il est à noter que tout en déterminant que *Etibank* détient une position dominante, le Conseil se prive de lui appliquer l'article 6 étant donné que les actions résultant de l'application d'une loi sont hors du champ d'application de la Loi.

détiennent une position dominante. Ainsi dans une décision du 11.10.1999¹³⁸, le Conseil détermine que sur le marché des droits d'émission des rencontres de football dans la première division professionnelle en Turquie, ces droits appartiennent exclusivement à une société et que cette société est aussi la seule possibilité pour l'obtention des images des matches et qu'elle occupe donc une position dominante et autrement dit-elle est en situation de monopole.

A fortiori, comme il avait été indiqué préalablement le Conseil considère qu'une entreprise qui assure exclusivement les services de transport entre le centre-ville et l'aéroport d'Ankara et qui a donc un monopole est en position dominante sur ce marché¹³⁹.

A ce point, on peut remarquer que la détention de tels droits justifient aussi la détention de fortes parts de marché, voire 100% dans le cas de la concession de droits de type monopole, et qu'en l'occurrence ils confèrent à l'entreprise avant tout une position dominante sous cet angle-là.

¹³⁸ Décision *BİMAŞ & Cine 5 Filmcilik ve Yapımcılık A.Ş., Türkiye Futbol Federasyonu* no. 99-46/500-316

¹³⁹ Décision *HAVAŞ* du 3.3.1999 no. 99-12/89-31 p. 2

TROISIEME PARTIE- LES CRITERES PROPRES AUX SITUATIONS DE DOMINATION COLLECTIVE D'ENTREPRISES

Comme il a été mentionné ci-dessus, l'article 81 paragraphe 1 du Traité énonce;

«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 Etats 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...».

D'autre part, l'article 82 paragraphe 1 indique;

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

De la lecture de ces articles, il découle que la prohibition de l'article 81 concerne le fait d'au moins deux entreprises et que celle de l'article 82 pourrait elle aussi concerner l'abus de position dominante de deux ou plusieurs entreprises dans la mesure où l'article fait référence à « *une ou plusieurs entreprises* ». Une telle lecture paraît aussi plus adaptée à une protection plus efficace de la concurrence car elle permet aux autorités de pouvoir sanctionner le fait de plusieurs entreprises sous deux registres, celui de l'article 81 et celui de l'article 82.

De même l'article 3 de la Loi sur la Protection de la Concurrence précitée définit une position dominante comme « *le pouvoir d'une ou plusieurs entreprises de déterminer les paramètres économiques sur un marché donné, tels que le prix, offre, production et quantité de distribution, en agissant indépendamment de leurs concurrents et clients* ».

Selon la définition du concept « d'entreprise » tel qu'il est entendu dans le droit de la concurrence de l'Union Européenne, une entreprise est « une entité jouissant d'une

autonomie de comportement »¹⁴⁰, les entreprises d'un même groupe ne jouissent pas chacune de cette autonomie de comportement et dès lors lorsque l'article 82 fait référence à « une ou plusieurs entreprises », il s'agit forcément des entreprises différentes et indépendantes l'une de l'autre¹⁴¹.

Pour autant il n'a pas été aisé pour les autorités d'arriver à la considération sus-mentionnée¹⁴² étant donné qu'il existait deux points de vue sur le sujet. D'une part le point de vue étroit et d'autre part le point de vue large¹⁴³. Selon le premier point de vue, la formulation à l'article 82 se réfère à des entreprises qui forment une unité économique et qu'elle ne se réfère donc pas à des entités juridiquement et économiquement indépendants¹⁴⁴. Quant au point de vue large, il exprime que la formulation se réfère bien à des entités juridiquement et économiquement indépendantes et donc il peut être affirmé que la raison d'être de l'article est aussi de sanctionner les abus des positions dominantes détenues collectivement et c'est justement cette vision qui a été adoptée par les autorités européennes et le Conseil de la Concurrence turque¹⁴⁵.

On pourrait aussi être tenté de penser que le texte de l'article 82, dans sa conception initiale, se réfère à la prohibition de l'exploitation abusive des « positions dominantes » détenues par chacune de « plusieurs entreprises ». On peut répondre à cette thèse, que plusieurs positions dominantes ne peuvent pas être détenues sur un marché sinon qu'il ne s'agirait pas d'une dominance or l'article 82 ne fait pas référence à un marché de biens et services unique, il se réfère uniquement au marché commun. Dès lors on pourrait penser qu'adopter le point de vue large est une manière, peut-être artificielle, de pouvoir sanctionner l'abus des positions

¹⁴⁰ DECOCQ A., DECOCQ G., *ibid.*, p. 51. Par ailleurs, le Traité et le droit dérivé ne définissent pas cette notion. Cette définition provient de la jurisprudence. "l'entreprise est constituée par une organisation unitaire d'éléments personnels, matériels et immatériels, rattachée à un sujet juridiquement autonome et poursuivant d'une façon durable un but économique déterminé" considérant 3, Arrêt de la Cour du 13 juillet 1962, Klöckner-Werke AG et Hoesch AG contre Haute Autorité de la Communauté européenne du charbon et de l'acier, Affaires jointes 17/61 et 20/61.

¹⁴¹ DECOCQ A., DECOCQ G., *ibid.*, p. 135

¹⁴² WHISH R., *ibid.*, p. 518, Selon WHISH, « ce sujet est une des matières les plus complexes et controversées du droit de la concurrence communautaire ».

¹⁴³ TEKDEMİR Y., "AT Rekabet Hukuku Işığında « Birlikte Hakimiyet » kavramı; Oligopol sorununa yeni bir yaklaşım» Perşembe Konferansları, Rekabet Kurumu Yayınları, mars 2000, p.14

¹⁴⁴ WHISH R., *ibid.*, p. 520

¹⁴⁵ TEKDEMİR Y., *ibid.*, p. 14

dominantes collectives sous l'article 82 en lui attribuant une ouverture qui ne trouvait pas place dans sa conception initiale.

Avant d'examiner la nature et l'application des critères, *per se*, de l'appréciation d'une position dominante collective, il convient de revoir l'évolution de la jurisprudence européenne, sur le sujet de l'existence de la notion de domination collective. Ces deux sujets seront traités ci-dessus consécutivement dans deux chapitres ci-dessus.



CHAPITRE I- Une acceptation difficile de la notion de position dominante collective

L'acceptation des positions dominantes collectives par la jurisprudence est relativement récente. Ainsi ce chapitre relatera-il de la période d'hésitation suivie par une affirmation de cette possibilité.

Section I- La réticence des autorités européennes et l'arrêt *Società Italiana Vetro*

Dans les premières décisions des autorités européennes, on remarque qu'elles ont été plus que réticentes à accepter qu'une position dominante collective puisse exister et que l'on pourrait constater et sanctionner l'abus d'une telle position sous l'article 82 du Traité.

Ainsi l'arrêt *Hoffmann-La Roche* précité de la CJCE indique ; « *qu'une position dominante doit également être distinguée des parallélismes de comportements propres aux situations d'oligopoles, en ce que, dans un oligopole, les comportements s'influencent réciproquement tandis qu'en cas de position dominante, le comportement de l'entreprise qui bénéficie de cette position est, dans une large mesure, déterminé unilatéralement...* »¹⁴⁶

Dans le même registre, dans son arrêt *Züchner Bayerische Vereinbank AG*, où la Cour, amenée à répondre à la question préjudicielle de la Cour allemande, indique que « .. *cette question a été posée à l'égard tant de l'article 85 (81) que de l'article 86 (82) du Traité. Compte tenu de ce que l'ordonnance de renvoi envisage comme infraction possible des règles communautaires de la concurrence uniquement le cas de l'existence de pratiques concertées, et eu égard au fait que l'article 86 a trait à l'exploitation abusive d'une position dominante et ne couvre pas le cas des pratiques concertées auxquelles seules les dispositions de l'article 85 sont applicables, il convient en l'occurrence de limiter à ce dernier article l'examen de la question posée* »¹⁴⁷.

¹⁴⁶Décision de la Commission du 9 juin 1976. IV/29.020. *Hoffmann-La Roche*, considérant 39 (2)

¹⁴⁷ Arrêt de la Cour du 14 juillet 1981. *Gerhard Züchner contre Bayerische Vereinsbank AG*. Affaire 172/80, considérant 10

D'autre part, dans un arrêt du 11 avril 1989 concernant une question préjudicielle de la Bundesgerichtshof sur le sujet de savoir si l'application exclusive par deux agences de voyage de tarifs aériens non homologués par le ministre fédéral compétent, tel que l'exige la loi allemande sur les transports aériens, pourrait constituer un abus de position dominante sur le marché commun au sens de l'article 86 (82), la Cour indique que l'application simultanée des articles 85 (81) et 86 (82) n'est possible que dans des cas de figures exceptionnelles. Elle juge qu'« *une hypothèse où un accord entre deux ou plusieurs entreprises ne représente que l'acte formel qui consacre une réalité économique caractérisée par le fait qu'une entreprise en position dominante a réussi à faire appliquer les tarifs en cause par d'autres entreprises* » constitue une telle exception mais elle ne va pas au point d'accepter que les entreprises en question détiennent une position dominante ensemble¹⁴⁸.

On note donc que les Autorités européennes refusent l'application de l'article 82 du Traité à des situations connectées au fait de plusieurs entreprises juridiquement indépendantes. Les Autorités sanctionnent le fait de plusieurs entreprises que s'il peut être examiné dans le cadre de l'article 81 c'est-à-dire comme un accord entre entreprises, décisions d'associations d'entreprises et ou pratiques concertées.

Selon *WHISH* cette position des Autorités pouvait être comprise dans la mesure où les Autorités avaient raison de penser qu'en toute circonstance les abus de plusieurs entreprises seraient sanctionnées sous l'article 81¹⁴⁹. De même les actions abusives de plusieurs entreprises pouvaient-elles aussi de toute façon être sanctionnées sur la base de l'article 82 si on pouvait établir un lien juridique, tel que celui qui existe entre une société mère et sa filiale, entre ces entreprises.

Ainsi l'arrêt *Continental Can* précité¹⁵⁰ en établissant en considérant 10 que «... *la circonstance que la filiale ait une personnalité juridique distincte ne suffit pas pour écarter la possibilité que son comportement soit imputé à la société mère...*»

¹⁴⁸ Arrêt de la Cour du 11 avril 1989. *Ahmed Saeed Flugreisen et Silver Line Reisebüro GmbH contre Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e.v.* Affaire 66/86.

¹⁴⁹ *WHISH R.*, *ibid.*, p.521

¹⁵⁰ Décision de la Commission du 9 décembre 1971 (IV/26 811 *Continental Can*) 72/21/CEE.

détermine que la société-mère, du fait de sa filiale, peut être sanctionnée pour avoir abusé de sa position dominante.

D'autre part la Cour indique dans son arrêt *Ahmed Saeed* précitée que « *ce n'est pas l'article 85 (81) qui s'applique lorsque la concertation en cause est le fait d'entreprises appartenant à un même groupe en tant que société mère et filiale, et que ces entreprises forment une unité économique à l'intérieur de laquelle la filiale ne bénéficie pas d'une autonomie réelle dans la détermination de sa ligne d'action sur le marché. Le comportement d'une telle unité ...est cependant susceptible de tomber sous le coup de l'article 86 (82)* ». Cette décision laissait entendre que l'article 86 ne saurait être appliqué si les entreprises en question n'appartenaient pas au même groupe¹⁵¹.

Après une période de silence sur le sujet, ce n'est qu'en 1992, dans un cas où il devait examiner le bien-fondé de la décision de la Commission infligeant à 3 sociétés italiennes productrices de verre plat une amende pour avoir violé l'article 85 (81), paragraphe 1 du Traité et constatant une infraction de leur part à l'article 86 (82) dudit Traité que le TPI considère pour la première fois « *qu'il n'y a aucune raison, juridique ou économique, de supposer que le terme "entreprise" figurant à l'article 86 (82) ait une signification différente de celle qui lui est attribuée dans le contexte de l'article 85 (81)* » et il rajoute qu'« *On ne saurait exclure, par principe, que deux ou plusieurs entités économiques indépendantes soient, sur un marché spécifique, unies par de tels liens économiques que, de ce fait, elles détiennent ensemble une position dominante par rapport aux autres opérateurs sur le même marché. Tel pourrait, par exemple, être le cas si deux ou plusieurs entreprises indépendantes disposaient en commun, par voie d'accord ou de licence, d'une avance technologique leur fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de leurs concurrents, de leurs clients et, finalement, des consommateurs* ». ¹⁵²

¹⁵¹ Arrêt de la Cour du 11 avril 1989. *Ahmed Saeed Flugreisen et Silver Line Reisebüro GmbH contre Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e.v.* Affaire 66/86.

¹⁵² Arrêt du Tribunal de première instance (première chambre) du 10 mars 1992. *Società Italiana Vetro SpA, Fabbrica Pisana SpA et PPG Vernante Pennitalia SpA contre Commission des Communautés européennes.* Affaires jointes T-68/89, T-77/89 et T-78/89, considérant. 358

On peut donc voir que le TPI, tout en indiquant que plusieurs entreprises peuvent détenir une position dominante ensemble dans certaines conditions, lie cette considération à l'attribut classique de la puissance de marché des entreprises en position dominante selon la jurisprudence, qui est en l'occurrence *“la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de leurs concurrents, de leurs clients et, finalement, des consommateurs”*.

Il est à remarquer que la décision du TPI se base sur le constat que les trois producteurs agissent d'une façon qui laisse à penser que les trois producteurs forment en fait une seule et unique entité, ainsi la décision relève que les sociétés *“se présentaient constamment avec des positions parfaitement à l'unisson par rapport aux demandes des distributeurs: les listes de produits commercialisés, toujours absolument identiques...”*¹⁵³ et *“...ces entreprises se présentent sur le marché comme une seule entité et non avec leur individualité...”*¹⁵⁴

On remarque tout de même que le TPI se montre prudent dans son énoncé en indiquant qu'il se trouve conforté dans son interprétation par les termes de l'article 8 du règlement du Conseil déterminant les modalités d'application des articles 85 (81) et 86 (86) du Traité aux transports maritimes¹⁵⁵ qui prévoit *« que le comportement d'une conférence maritime bénéficiant d'une exemption de l'interdiction édictée par l'article 85, paragraphe 1, du Traité peut produire des effets incompatibles avec l'article 86 dudit Traité*¹⁵⁶ ».

Un autre point à considérer dans la décision du TPI est le fait qu'il remarque dans le considérant 360 de sa décision que *“...Il convient toutefois de souligner que, aux fins d'établir une infraction à l'article 86 (82) du Traité, il ne suffit pas ... de "recycler" les faits constitutifs d'une infraction à l'article 85 (81) en tirant la constatation que les parties à un accord ou à une pratique illicite détiennent ensemble une part de*

¹⁵³ ibid. Arrêt du Tribunal de première instance *Società Italiana Vetro SpA, Fabbrica Pisana SpA et PPG Vernante Pennitalia SpA contre Commission des Communautés européennes*, considérant 10

¹⁵⁴ ibid. Arrêt du Tribunal de première instance *Società Italiana Vetro SpA, Fabbrica Pisana SpA et PPG Vernante Pennitalia SpA contre Commission des Communautés européennes*, considérant 31

¹⁵⁵ Règlement (CEE) no. 4056/86 du Conseil, du 22 décembre 1986, déterminant les modalités d'application des articles 85 et 86 du Traité aux transports maritimes (JO L 378, p. 4).

¹⁵⁶ ibid. Arrêt du Tribunal de première instance *Società Italiana Vetro SpA, Fabbrica Pisana SpA et PPG Vernante Pennitalia SpA contre Commission des Communautés européennes*, considérant 359

marché importante, que de ce seul fait elles détiennent une position dominante collective et que leur comportement illicite constitue l'abus de celle-ci".

Le TPI estime donc que l'existence des critères d'application de l'article 81 accompagné de larges parts de marché ne peut permettre d'affirmer que les entreprises détiennent ensemble une position dominante, il est donc essentiel de déterminer séparément l'existence de la position dominante collective.

Finalement, il peut aussi être remarqué que le TPI fait référence dans le considérant 358 de sa décision au fait que les entreprises peuvent détenir ensemble une position dominante. Par contre dans la même décision, elle accepte de faire usage de la notion de position dominante collective qu'elle reprend de la terminologie utilisée par la Commission en première instance. Cette expression est reprise dans les décisions subséquentes des Autorités.

La décision *Società Italiana Vetro* est donc une tournante dans la jurisprudence européenne s'agissant de l'acceptation de l'existence de la notion de position dominante collective. Tout en affirmant que la Commission n'a pu établir les facteurs indiquant la détention d'une position dominante collective, le TPI admet pour la première fois qu'une telle position peut exister dans certaines circonstances. Il faudra attendre par contre d'autres décisions pour que les autorités européennes établissent clairement ce qui peut et ce qui ne peut être considéré comme une position dominante collective.

Section II- L'évolution dans les années 90 et une affirmation plus certaine de l'acceptation

Dans son arrêt précité *Almelo/ NV Energiebedrijf Ijsselmij* de 1994, s'agissant d'entreprises de distribution régionale d'énergie électrique aux Pays-Bas, en reprenant l'idée exprimée dans *Società Italiana Vetro*, la Cour indique qu'il peut être déterminé une position dominante collective entre des entreprises indépendantes mais elle rajoute qu'une telle position dominante collective exige cependant que les entreprises du groupe en cause soient suffisamment liées entre elles pour adopter une

même ligne d'action sur le marché¹⁵⁷. La décision *Almelo* reprend aussi de la décision *Società Italiana Vetro*, la constatation sur la commune application des articles 81 et 82 du Traité et à cet égard indique que;

“L'article 85 (81) du Traité s'oppose à l'application, par une entreprise de distribution régionale d'énergie électrique, d'une clause d'achat exclusif, figurant dans ses conditions générales de vente, qui interdit à un distributeur local d'importer de l'électricité destinée à la distribution publique et qui, compte tenu de son contexte économique et juridique, à savoir l'existence d'autres accords d'exclusivité de même nature et leur effet cumulé, affecte le commerce entre États membres.

L'article 86 (82) du Traité s'y oppose également, si l'entreprise en cause appartient à un groupe d'entreprises détenant une position dominante collective dans une partie substantielle du marché commun”.

Un an après *Almelo*, la Cour reprend l'indication sur les “liens suffisants” et affirme dans une demande de question préjudicielle par la Cour de Gênes à propos d'un litige opposant la société de transports *Centro Servizi Spediporto Srl* à *Spedizioni Marittima del Golfo Srl* que “...pour conclure à l'existence d'une position dominante collective, il faudrait toutefois que les entreprises en cause soient suffisamment liées entre elles pour adopter une même ligne d'action sur le marché”¹⁵⁸. La même année, elle utilise une formulation identique au paragraphe 46 de son arrêt *DIP SpA*.¹⁵⁹

Dans le même raisonnement, dans sa décision de 1997 *Sodemare*, la Cour reprend mot à mot la formulation utilisée dans *Spediporto*¹⁶⁰.

¹⁵⁷ Arrêt de la Cour du 27 avril 1994. Commune d'Almelo et autres contre NV Energiebedrijf Ijsselmij. Affaire C-393/92, considérant 42

¹⁵⁸ Arrêt de la Cour (sixième chambre) du 5 octobre 1995. *Centro Servizi Spediporto Srl* contre *Spedizioni Marittima del Golfo Srl*. Affaire C-96/94, considérant 33

¹⁵⁹ Arrêt de la du 17 octobre 1995. *DIP SpA* contre *Comune di Bassano del Grappa*, *LIDL Italia Srl* contre *Comune di Chioggia* et *Lingral Srl* contre *Comune di Chioggia*. Affaires jointes C-140/94, C-141/94 et C-142/94

¹⁶⁰ Arrêt de la Cour du 17 juin 1997. *Sodemare SA*, *Anni Azzurri Holding SpA* et *Anni Azzurri Rezzato Srl* contre *Regione Lombardia*. Affaire C-70/95. Considérant 46

Par la suite, la Cour adopte une décision d'importance majeure. Il s'agit de son arrêt de principe du 16 mars 2000; *Compagnie Maritime Belge Transports SA et Compagnie Maritime Belge SA, Dafra-Lines A/S, contre Commission des Communautés européennes*¹⁶¹.

L'arrêt concerne un pourvoi formé contre un arrêt du TPI¹⁶² par les sociétés maritimes *Compagnie maritime belge transports SA (CMBT), Dafra-Lines A/S (DAFRA) et Compagnie maritime belge SA (CMB)* qui sont membres d'une conférence maritime du nom de *Associated Central West Africa Lines (CEWAL)* qui regroupe des compagnies maritimes qui assurent une ligne de service régulière entre des ports de la République démocratique du Congo, de l'Angola et ceux de la mer du Nord.

La décision attaquée de la Commission établit que CEWAL, ses membres et d'autres conférences maritimes se sont répartis sur une base géographique le marché de transport maritime de ligne entre l'Europe du Nord et l'Afrique de l'Ouest en prenant des engagements d'abstention d'opérer dans la zone des autres conférences maritimes, d'autre part en vue d'éliminer leur principal concurrent ont abusé de leur position dominante conjointe *inter alia* en établissant des accords de fidélité et en modifiant leur taux de fret afin d'offrir des taux identiques ou inférieurs à ceux de leur principal concurrent indépendant pour des navires partant à la même date ou à des dates voisines et inflige des amendes dans l'ordre de 10.000.000 d'Euros. La décision fait ensuite l'objet d'un recours en annulation devant le TPI et le TPI tout en réduisant le montant des amendes infligées, rejète le recours en annulation.

Sur pourvoi formé contre la décision du TPI, la Cour confirme que c'est à bon droit que le TPI a apprécié collectivement la position des membres de CEWAL étant donné que « *les pratiques reprochées aux membres du CEWAL traduisaient la volonté d'adopter ensemble une même ligne d'action sur le marché pour réagir*

¹⁶¹ Arrêt de la Cour du 16 mars 2000. Affaires jointes C-395/96 P et C-396/96 P

¹⁶² Arrêt du TPI du 8 octobre 1996, *Compagnie maritime belge transports SA et Compagnie maritime belge SA, Dafra-Lines A/S, Deutsche Afrika-Linien GmbH & Co. et Nedlloyd Lijnen BV contre Commission des Communautés européennes*. Affaires jointes T-24/93, T-25/93, T-26/93 et T-28/93 par lequel le TPI a rejeté un recours en annulation de la décision « Cewal » 93/ 82/ CEE de la Commission du 23 décembre 1992

unilatéralement face à une évolution, jugée menaçante, de la situation concurrentielle du marché sur lequel ils sont présents¹⁶³ ».

Sur un autre grief des requérants invoquant que le TPI a commis une erreur de droit en décidant que les pratiques concertées entre les compagnies maritimes membres de CEWAL pouvaient être condamnées en tant qu'abus de position dominante collective, la Cour affirme « *qu'une même pratique peut donner lieu à une infraction aux deux dispositions (81 et 82)...l'application concomitante des articles 85(81) et 86(82) ne peut être exclue* ».

La Cour poursuit en énonçant « *selon les termes de l'article 86 (82), une position dominante peut être détenue par plusieurs entreprises. La Cour a jugé à maintes reprises que la notion d'Entreprise figurant dans le chapitre du Traité consacré aux règles de concurrence présuppose l'autonomie économique de l'entité concernée... Il s'ensuit que l'expression « plusieurs entreprises » figurant à l'article 86 (82) du Traité implique qu'une position dominante peut être détenue par deux entités économiques, juridiques indépendantes l'une de l'autre... »*

Ainsi la Cour admet que pour des abus commis par deux ou plusieurs entreprises, outre l'article 81, il est aussi possible de faire jouer l'article 82 pourvu qu'il soit établi que les entreprises indépendantes en question tiennent collectivement une position dominante sous réserve du principe énoncé dans l'arrêt *Società Italiana Vetro* susmentionné selon lequel « *aux fins d' établir une infraction à l' article 86 (82) du Traité, il ne suffit pas ... de "recycler" les faits constitutifs d' une infraction à l' article 85 (81) ».*

Par contre tout en admettant qu'« *une position dominante peut être détenue par plusieurs entreprises* » la Cour affirme plus particulièrement que ceci ne peut être vrai que dans le cas où « *du point de vue économique, elles (les entités) se présentent ou agissent ensemble sur un marché spécifique, comme une entité collective* ».

¹⁶³ Ibid. Arrêt du TPI *Compagnie maritime belge transports SA et Compagnie maritime belge SA, Dafra-Lines A/S, Deutsche Afrika-Linien GmbH & Co. et Nedlloyd Lijnen BV contre Commission des Communautés européennes*, considérant 29

Dans la même décision, la Cour précise la notion d'entité collective en soulignant que «*pour constater l'existence d'une entité collective au sens qui a été précédemment dégagé, il est nécessaire d'examiner les liens ou facteurs de corrélation économiques entre les entreprises concernées* ». Elle poursuit en citant deux cas de facteurs de corrélation : ceux qui résultent d'un accord, décision d'association d'entreprises ou d'une pratique concertée et d'autres facteurs de corrélation pouvant tenir à la structure du marché en cause¹⁶⁴. Les critères fondés sur les deux types de corrélation tels qu'ils sont indiqués dans la décision *Compagnie maritime belge* seront examinés ci-dessous dans le cadre des applications concrètes dans la jurisprudence.

¹⁶⁴Ibid. Arrêt du Tribunal de première instance Società Italiana Vetro SpA, Fabbrica Pisana SpA et PPG Vernante Pennitalia SpA contre Commission des Communautés européennes, considérant 45

CHAPITRE II- L'application des critères par la jurisprudence

En admettant la possibilité de positions dominantes collectives et l'application de l'article 82 à une exploitation de celles-ci, la jurisprudence établit un cadre dans lequel se développe la notion et illustre ses considérations par les données appropriées de chaque cas. A ce sujet, il est possible d'observer deux axes dans la jurisprudence; d'une part, un souci de relier les positions dominantes avec la notion d'entité collective illustré par l'existence de facteurs de corrélation des entreprises se trouvant au sein de cette entité et d'autre part, considérer la structure du marché comme un dénominateur commun des positions dominantes collectives.

Section I- L'application par la jurisprudence européenne

Sous-section I- L'établissement des « facteurs de corrélation »

On peut observer que la jurisprudence tente de déterminer des facteurs de corrélation qui peuvent être interprétés comme des liens qui unissent des entreprises au point qu'elles apparaissent et agissent comme une entité collective.

Pour des entreprises appartenant au même groupe de sociétés, il est plutôt aisé de démontrer de tels facteurs de corrélation, liant les entreprises entre elles. Une telle détermination est plus complexe pour des entreprises indépendantes.

Dans l'affaire *Bosman*¹⁶⁵, l'Avocat Général LENY suggère; *“on pourrait très bien admettre que les clubs d'une division professionnelle sont «unis par de tels liens économiques» qu'il faut considérer qu'ils occupent ensemble une position dominante. Le fait, déjà évoqué à plusieurs reprises, que ces clubs sont tributaires les uns des autres s'ils veulent rencontrer le succès, conforte plus particulièrement cette analyse”*¹⁶⁶.

¹⁶⁵ Conclusions de l'avocat général Lenz présentées le 20 septembre 1995. *Union royale belge des sociétés de football association ASBL contre Jean-Marc Bosman, Royal club liégeois SA contre Jean-Marc Bosman et autres et Union des associations européennes de football (UEFA) contre Jean-Marc Bosman*. Affaire C-415/93. Point 285

¹⁶⁶ Selon LENY ces liens se caractérisent par le fait que *“ le football est caractérisé par la dépendance économique réciproque des clubs. Cette discipline sportive s'exerce en opposant deux équipes qui mesurent leurs forces. Chaque club a besoin de l'autre pour rencontrer le succès. C'est pour cette raison que chaque club a intérêt à ce que les autres clubs soient prospères... le succès financier d'une*

D'autre part, dans son arrêt *Irish Sugar*¹⁶⁷, le TPI établit que de tels facteurs de corrélation existent entre *Irish Sugar plc*, société productrice de sucre et *Sugar Distributors Ltd*, société distributrice de sucre en faisant les considérations suivantes; « *la participation de Irish Sugar plc dans une société holding détenant toutes les actions de Sugar Distributors Ltd, la représentation de Irish Sugar plc dans le conseil d'administration de la société holding et de Sugar Distributors Ltd, le fait que Irish Sugar plc était responsable des services techniques, du marketing, de la stratégie commerciale, des promotions en faveur des clients et des remises ; le fait que Sugar Distributors Ltd assurait la distribution du sucre produit par celle-la dans l'Etat membre en cause et était liée a elle par une exclusivité d'approvisionnement et l'obligation par les partenaires d'échanger des informations* »¹⁶⁸. Les liens se caractérisent donc ici par une corrélation verticale¹⁶⁹.

Dans son arrêt *Compagnie maritime belge* examiné dans le chapitre précédent, la Cour détermine qu'une conférence maritime¹⁷⁰, telle que CEWAL, est une entité au sein duquel il existe des liens assez durables pour que les membres se présentent ou agissent ensemble sur un marché donné comme une entité collective¹⁷¹, condition *sine qua non*, selon elle, de l'existence d'une position dominante.

Pour arriver à cette conclusion, la Cour affirme que d'après le règlement précité « *les conférences maritimes exercent une rôle stabilisateur de nature à garantir des services fiables aux chargeurs...ces résultats ne peuvent être obtenus sans la coopération que les compagnies maritimes développent au sein desdites*

division dépend avant tout d'une certaine égalité entre ses clubs. Lorsque la division est dominée par un club très puissant, on sait d'expérience que le désintérêt s'installe". Point 227

¹⁶⁷ Arrêt du Tribunal de première instance (troisième chambre) du 7 octobre 1999. *Irish Sugar plc contre Commission des Communautés européennes*. Affaire T-228/97

¹⁶⁸ *ibid.* Arrêt du Tribunal de première instance *Irish Sugar*, considérant 51. DECOCQ A., DECOCQ G., *ibid.*, p.141

¹⁶⁹« *la jurisprudence ne comporte aucune indication dont il serait permis de déduire que la notion de position dominante collective est inapplicable à deux ou à plusieurs entreprises se trouvant dans une relation commerciale verticale*» considérant 63. WHISH R., *ibid.*, p. 524

¹⁷⁰ D'après l'article 1 Considérant 3 du règlement du Conseil no. 4056/86 précité, une conférence maritime est « *un groupe d'au moins deux transporteurs exploitants de navires qui assure des services internationaux réguliers pour le transport de marchandises sur une ligne ou sur des lignes particulières dans des limites géographiques déterminées et qui a conclu un accord ou un arrangement, quelle qu'en soit la nature, dans le cadre duquel ces transporteurs opèrent en appliquant des taux de fret uniformes ou communs et toutes autres conditions de transport concertées pour la fourniture des services réguliers* »

¹⁷¹ DECOCQ A., DECOCQ G., *ibid.*, p. 140

conférence...il résulte de ces dispositions que, de par sa nature et au regard de ses objectifs, une conférence maritime peut être qualifiée d'entité collective ».

On peut donc voir dans la décision susmentionnée que la Cour considère qu'au sein d'une entité à laquelle des compagnies indépendantes adhèrent pour coopérer sur divers champs allant des tarifs à la répartition des tonnages à transporter, se forme une position commune qui selon le poids de cette entité peut constituer une position dominante collective. Par conséquent, elle considère que l'adhésion à une conférence peut être suffisante pour qualifier le lien entre les différents adhérents des liens caractérisant une entité collective.

Finalement, il est aussi intéressant d'examiner les conclusions de l'Avocat Général FENNELLY dans l'affaire Compagnie Maritime Belge où il indique des exemples possibles de tels liens ;

“Il peut s'agir de l'usage de conditions d'approvisionnement types élaborées par une entreprise commune (Almelo), de participations croisées, d'administrateurs détenant des mandats dans plusieurs entreprises ou même de liens familiaux ayant des incidences économiques. Il peut également s'agir de l'adoption d'une même ligne d'action sur le marché ou d'une même politique de vente (Bodson, Suiker Unie). Ces liens ne doivent être définis que par référence à leur résultat, à savoir la création d'une situation où un groupe d'entreprises indépendantes opère sur le marché comme une entité unique”¹⁷².

Il est donc possible de voir que les liens qui caractérisent les facteurs de corrélation recherchés peuvent être de nature diverses par contre l'essentiel est que ces liens permettent aux entreprises d'adopter une même ligne d'action sur le marché. Or ce parallélisme de comportement peut aussi résulter naturellement de la structure du marché, ce point sera examiné dans la prochaine sous-section.

¹⁷² Conclusions de l'avocat général Fennelly présentées le 29 octobre 1998. *Compagnie maritime belge transports SA (C-395/96 P), Compagnie maritime belge SA (C-395/96 P) et Dafra-Lines A/S (C-396/96 P) contre Commission des Communautés européennes.*

Sous-section II- La prise en compte de la structure du marché

Comme il a déjà été indiqué, l'arrêt *Compagnie Maritime Belge* précise que la constatation d'une position dominante collective dépend aussi de l'appréciation du marché.

L'appréciation du marché et plus précisément du point de savoir si le marché abrite un oligopole ou duopole étroit se retrouve plutôt dans les analyses prospectives de positions dominantes collectives plutôt que l'analyse rétrospective des positions dominantes collectives existantes¹⁷³. Cependant, il est possible de tirer des informations générales sur l'appréciation des positions dominantes collectives de certains arrêts concernant des examens de concentrations. Il est aussi à noter qu'au considérant 41 de sa décision *Compagnie maritime belge*, la Cour cite à l'appui ses décisions *Almelo*¹⁷⁴ précitée et *Kali und Salz*¹⁷⁵, dont l'une porte sur l'article 82 alors que l'autre sur une concentration. Ceci laisse à penser qu'un raisonnement dans une décision sur une concentration peut *mutatis mutandis* être transposée à un cas concernant l'article 82. *FAULL* et *NIKPAY* considèrent aussi que le concept de « position dominante collective » est fondamentalement similaire sous l'article 82 et le Règlement no. 4064/89¹⁷⁶.

Dans ce registre, les décisions *Kali und Salz*¹⁷⁷, *Gencor*¹⁷⁸ et *Airtours*¹⁷⁹ portant sur le contrôle des concentrations constituent des éléments de référence jurisprudentiels utiles.

¹⁷³ Décision de la Commission du 14 février 2002 N IV/M.2662. *Danish Crown/ Steff-Houlberg*, décision de la Commission du 22 septembre 1999. IV/M.1524. *Airtours/First Choice*

¹⁷⁴ Arrêt de la Cour du 27 avril 1994. *Commune d'Almelo et autres contre NV Energiebedrijf Ijsselmij* Affaire C-393/92, considérant 43.

¹⁷⁵ Arrêt de la Cour du 14 mai 1975. *Kali und Salz AG et Kali-Chemie AG contre Commission des Communautés européennes*. Affaires jointes 19 et 20-74.

¹⁷⁶ NIKPAY A., FAULL J., *ibid.*, p.142

¹⁷⁷ *ibid.* Arrêt de la Cour *Kali und Salz*.

¹⁷⁸ Arrêt du Tribunal de première instance (cinquième chambre élargie) du 25 mars 1999. *Gencor Ltd contre Commission des Communautés européennes*. Affaire T-102/96.

¹⁷⁹ Arrêt du Tribunal de première instance (cinquième chambre élargie) du 6 juin 2002. *Airtours plc contre Commission des Communautés européennes*. Affaire T-342/99.

Ainsi dans l'affaire *Gencor*¹⁸⁰, la Commission précise « qu'une position dominante peut se produire lorsque les membres d'un oligopole, en s'adaptant simplement aux conditions du marché, adoptent un comportement parallèle anticoncurrentiel, qui place l'oligopole en situation de position dominante. Il ne serait donc pas nécessaire que les membres de l'oligopole se livrent à une collusion active, pour acquérir une position dominante et adopter un comportement indépendant, dans une large mesure, de celui de leurs autres concurrents, de leur clients et, en fin de compte, des consommateurs.

D'autre part dans sa décision *Airtours* du 22 décembre 1999, la Commission fait l'examen prospectif d'une concentration entre deux sociétés de voyage *Airtours* et *First Choice* et détermine que la concentration aurait comme résultat la création d'une position dominante collective détenue par *Airtours* et *First Choice* d'une part et *Thomson Travel Group* et *Thomas Cook Group Limited* de l'autre, sur le marché britannique des vacances à forfait vers des destinations proches et prohibe la concentration projetée.

Sur le sujet de l'existence d'une position dominante collective, *Airtours* invoque qu'une telle position peut être comprise au sens d'une entente. Cependant elle fait valoir qu'une telle position ne peut exister là où les entreprises n'ont pas exécuté des accords explicites entre elles¹⁸¹. En effet, les autres leaders du marché qui sont *Thomson Travel Group* et *Thomas Cook Group Limited* sont des sociétés indépendantes vis-à-vis de *Airtours* et *First Choice* et il n'existe aucun accord explicite reliant ces sociétés à ces dernières. Nonobstant ce fait, la Commission reprend le raisonnement dans sa décision *Gencor* et détermine que des accords explicites ne sont pas nécessaires à l'identification prospective d'une position dominante collective et accepte qu'une collusion tacite pourrait en l'occurrence permettre un tel constat. A cet effet, elle indique;

« Contrairement à l'opinion qui est apparemment celle d'*Airtours*, le fait que les oligopoles se comportent toujours comme s'il y avait entre eux un ou plusieurs accords explicites (par exemple un accord de fixation des prix ou de la capacité, ou encore de partage du marché) ne constitue pas une condition nécessaire à l'existence

¹⁸⁰ Arrêt du Tribunal de première instance (cinquième chambre élargie) du 25 mars 1999. *Gencor Ltd contre Commission des Communautés européennes*. Affaire T-102/96.

¹⁸¹ Ibid. Arrêt du Tribunal de première instance *Airtours*, considérant 52.

*d'une position dominante collective. Il suffit que, du fait de la concentration, il devienne rationnel, pour les oligopoles, en s'adaptant aux conditions du marché, d'adopter des comportements individuels qui réduisent sensiblement la concurrence entre eux et qui leur permettent d'agir, dans une large mesure, indépendamment de leurs concurrents, de leurs clients et des consommateurs.*¹⁸²»

On remarque donc que la Commission élargit le raisonnement sur la position dominante collective au cas de figure de « comportements individuels » des acteurs de la « collusion tacite »¹⁸³.

En appel, le TPI annule la décision de la Commission et donne une définition de la position dominante collective qui ne nécessite pas l'existence de « liens » ou d'une « corrélation » entre les détenteurs d'une telle position. A cet effet le TPI affirme que l'existence d'une position dominante collective est sujette à trois critères¹⁸⁴.

- *“chaque membre de l'oligopole dominant doit pouvoir connaître le comportement des autres membres, afin de vérifier s'ils adoptent ou non la même ligne d'action ... il (membre de l'oligopole) doit aussi disposer d'un moyen de savoir si les autres opérateurs adoptent la même stratégie et s'ils la maintiennent. La transparence sur le marché devrait, dès lors, être suffisante pour permettre à chaque membre de l'oligopole dominant de connaître, de manière suffisamment précise et immédiate, l'évolution du comportement sur le marché de chacun des autres membres”.*
- *« il est nécessaire que la situation de coordination tacite puisse se maintenir dans la durée, c'est-à-dire qu'il doit exister une incitation à ne pas s'écarter de la ligne de conduite commune sur le marché »*¹⁸⁵.

¹⁸² Ibid. Arrêt du Tribunal de première instance *Airtours*, considérant 54

¹⁸³ WHISH R., *ibid.*, p. 537

¹⁸⁴ Ibid. Arrêt du Tribunal de première instance *Airtours*, considérant 62

¹⁸⁵ Le TPI fait référence ici à la notion de “représailles” que les autres membres de l'oligopole pourraient faire jouer si le membre en question déviait de la ligne d'action commune, la Commission n'avait pas jugé nécessaire la possibilité de telle représailles dans la détermination de la coordination or le TPI remarque que *“Les parties partagent ici l'idée que pour qu'une situation de position dominante collective soit viable, il faut qu'il y ait suffisamment de facteurs de dissuasion pour assurer durablement une incitation à ne pas s'écarter de la ligne de conduite commune, ce qui revient à dire qu'il faut que chaque membre de l'oligopole dominant sache qu'une action fortement concurrentielle de sa part destinée à accroître sa part de marché provoquerait une action identique de la part des autres, de sorte qu'il ne retirerait aucun avantage de son initiative”.*

- *« pour démontrer à suffisance de droit l'existence d'une position dominante collective, la Commission doit également établir que la réaction prévisible des concurrents actuels et potentiels ainsi que des consommateurs ne remettrait pas en cause les résultats attendus de la ligne d'action commune ».*

Le TPI confirme que des liens explicites ne sont pas recherchés du moment que le marché est transparent en ce qu'il est possible pour les membres de l'oligopole de s'informer des activités des autres membres, que la coordination résultant de cette transparence soit jugée viable par les entreprises et enfin que les membres soient en mesure d'anticiper la réaction des concurrents actuels et potentiels et des consommateurs ne remettrait pas en cause les résultats qu'ils attendent de cette coordination.

Le TPI refuse donc d'étendre le raisonnement aux comportements individuels des entreprises, par contre il accepte en somme que sur un marché où les entreprises sont engagées dans une collusion tacite, qui ne se manifeste donc pas par des accords expresses ou des liens juridiques ou économiques, les entreprises peuvent jouir d'une position dominante collective, sous réserve des conditions établies dans l'affaire *Airtours*.

De l'évolution de la jurisprudence, il est donc possible de constater que d'un refus catégorique de l'existence des positions dominantes collectives, les autorités sont d'abord passées à une acceptation partielle, dans les cas des entreprises ayant des liens concrets les unissant au point qu'elles pouvaient agir comme une seule et unique entité sur le marché. Le raisonnement a été développé davantage dans le cadre du contrôle des concentrations et les autorités sont arrivées au point d'établir une position dominante résultant cette fois-ci non des liens concrets de corrélation mais d'une possibilité d'agir en « harmonie » résultant directement de la structure du marché. On pourrait se féliciter de ce développement car il permet de contrôler les abus de positions dominantes dans un cadre plus large et donc est plus apte à protéger le maintien d'une concurrence saine.

Les premiers pas de la jurisprudence turque en la matière coïncident avec la période d'extension de la notion de la jurisprudence européenne, c'est donc de l'étude de la réaction de la jurisprudence turque face à cette avancée et son application qu'il sera question dans la section suivante.

Section II- L'application par la jurisprudence turque

Il convient d'indiquer ici que dans la mesure où la jurisprudence turque sur ce sujet n'est pas vraiment établie et que le Conseil de Concurrence turc tente d'établir la notion au cas par cas c'est-à-dire selon les faits dont il s'agit et plutôt avec une approche pragmatique que théorique, les décisions ne contiennent pas de définitions concrètes et une méthodologie systématique permettant d'en ressortir des principes de base. Dès lors, l'étude dans ce chapitre serait inévitablement plus factuelle que l'analyse dans le chapitre précédent.

Sous-section I- L'évolution de l'application de la notion

A l'étude de la jurisprudence turque, on peut observer qu'elle ne s'est pas prononcée dans ses premières décisions, sur la question de savoir si le fait de plusieurs entreprises peut aussi être examiné et sanctionné sous l'article 6 de la Loi sur la Protection de la Concurrence, peut-être aussi parce que les cas examinés ne portaient pas à cette discussion.

Cependant il est à noter que dès le début, l'énoncée de l'article 6 de la Loi était plus propice, par rapport à celle de l'article 82 du Traité, à une interprétation en faveur de son application aux dominantes collectives. En effet, il dispose à cet effet *« l'exploitation abusive par une ou plusieurs entreprises ... individuellement ou par des accords conclu avec d'autres ou par des pratiques concertées... »*. Il en est ainsi sûrement parce que le texte a été élaboré en tenant compte de l'acquis de la jurisprudence européenne.

C'est dans une décision en date de 20.5.1999, dans le cadre de l'examen d'une plainte dirigée contre une banque, laquelle obligeait les bénéficiaires des crédits accordés par la banque, à prendre une assurance relative au crédit auprès des compagnies d'assurance déterminées par la banque. La banque en question empêchait donc les autres compagnies d'assurance d'accéder à ce marché. Le Conseil dispose que le fait que le marché en cause soit divisé en sections et que chaque partie se trouve close à l'extérieur laisse penser la possibilité d'une position dominante commune. Le Conseil poursuit en donnant des explications plus détaillées

sur les formes que peut prendre cette position dominante collective et conclut qu'il n'y a pas de position dominante collective dans le cas examiné¹⁸⁶.

De même, trois ans après la décision susmentionnée portant sur la phase de pré-investigation, dans sa décision *Koçbank A.Ş.*¹⁸⁷ relative à l'investigation elle-même, le Conseil détermine qu'on ne peut pas apprécier l'existence d'une position dominante collective sur le marché déterminé¹⁸⁸ c'est-à-dire le marché de l'assurance des crédits de consommation. A cet effet, le Conseil juge que, eu égard au nombre d'entreprises actives sur le marché et l'importance relative des unes par rapport aux autres, il n'est pas possible de définir le marché comme un marché oligopolistique étroit qui est favorable à la constitution d'une dominance collective.

Outre ces décisions sur le marché de l'assurance des crédits, on remarque que le Conseil trouve l'occasion d'établir la notion de «position dominante collective» essentiellement dans les secteurs de la presse et des opérateurs de la téléphonie mobile.

La première décision dans ce registre concerne le marché de la distribution des journaux et des magazines. Il s'agit d'une décision du 17.7.2000¹⁸⁹ portant sur une plainte dirigée contre des entreprises présentes sur ce marché. La plainte comprend *inter alia* l'allégation que les entreprises abusent de leur position dominante au sens de l'article 6 de la loi en, par exemple, augmentant les commissions de distribution pour les sociétés de presse qui sont indépendantes des groupes desquels les entreprises font partie.

Dans le cadre de l'examen de la plainte, le Conseil s'interroge sur l'existence d'une position dominante. Dans ce cadre, comme il a été remarqué dans la première partie, le Conseil débute son analyse par une étude des parts de marché et détermine que les

¹⁸⁶ Ibid. Décision *Emlak Bankası* no. 99-24/211-124

¹⁸⁷ Décision du 19.3.2002 no.02-15/165-69

¹⁸⁸ Sur ce point, il est intéressant de noter la question du rapporteur Oğuzkan Güzel adressée au Prof. Ünal Tekinalp lors d'une conférence en février 2000 (*perşembe konferansları şubat 2000*) ; « *pour les situations où l'on (les banques) force les clients à assurer leur crédits auprès des sociétés d'assurance déterminées, peut-on voir un abus de position dominante, n'est-il pas difficile d'établir une position dominante dans ces cas? Peut-on essayer de voir le concept de position dominante collective ici ?* » Bien que Prof. Tekinalp ne réponde pas à cette question, on peut voir ici la recherche d'un moyen pour pouvoir sanctionner le fait des banques sous l'article 6 de la Loi.

¹⁸⁹ Décision *BBD, BIRYAY& YAYSAT* no. 00-26/292-162

parts de marché des deux entreprises en question au cours des 4 années précédentes varient entre 35 et 65% pour l'une et entre 33 et 67% pour l'autre. Le Conseil poursuit en examinant d'autres informations dont les caractéristiques, historique et degré de concentration du marché, les barrières à l'entrée et le pouvoir de négociation des clients. Le Conseil détermine que les entreprises en question détiennent ensemble la totalité du marché et leur position sur le marché semble durable étant donné que leur situation sur le marché est établie et que l'entrée de nouveaux acteurs sur le marché est peu probable.

Peu après cette décision, dans une décision du 14.12.2000¹⁹⁰, le Conseil examine une autre plainte concernant les mêmes parties. Cette fois-ci, il s'agit d'une plainte dirigée contre les entreprises pour empêcher la vente d'un journal indépendant à leurs points de vente.

Dans ce cadre, le Conseil réitère que les deux entreprises détiennent ensemble une position dominante en reprenant les considérations de sa décision susmentionnée. A ce titre il détermine que trois entreprises sont actives sur la marché, une de ces entreprises étant la filiale commune des deux autres entreprises. Après avoir indiqué les parts de marché des entreprises, il constate que depuis 4 années les entreprises détiennent de larges parts de marché et que leurs parts n'ont pas varié de façon significative durant ces 4 années. D'autre part, le marché en question c'est-à-dire le marché de distribution des journaux et des magazines est un marché à haute concentration étant donné qu'il n'existe en théorie que 3 et en pratique 2 entreprises sur le marché et ces entreprises détiennent l'ensemble du marché.

D'autre part, étant donné que seulement une entité a pu accéder au marché par le passé, suivant la concentration, l'entrée d'un nouvel acteur est peu probable. Le Conseil détermine aussi que l'élasticité de la demande en fonction des prix est basse du fait que les publicitaires sont obligés d'avoir recours à ces deux entreprises du fait qu'il n'existe pas d'alternative. Finalement, la capacité physique, l'organisation, équipement technique, expérience et investissements requises font qu'il existe de fortes barrières à l'entrée et par suite, le Conseil conclut que les entreprises détiennent ensemble une position dominante.

¹⁹⁰ Ibid. Décision *BBD, BIRYAY & YAYSAT*

Dans la lignée de ces décisions, dans sa décision *Medya Pazarlama* du 30.1.2002, le Conseil affirme qu'étant donné que les autres entreprises sur le marché détiennent presque la totalité du marché de distribution des journaux et des magazines¹⁹¹, on ne peut pas affirmer que Medya A.Ş. détienne une position dominante¹⁹².

La jurisprudence contient une autre décision relative au secteur de la presse. Il est à remarquer que les sociétés de presse en question font, elles aussi, partie des groupes englobant les entreprises distributrices sujettes des décisions sus-mentionnées.

La décision en question concerne une plainte contre certains journaux avec l'allégation que ces entreprises déterminent de façon parallèle les prix des journaux¹⁹³.

Dans cette décision, le Conseil examine la plainte uniquement dans le cadre de l'article 4 de la Loi et inflige des amendes pour violation de cet article. Dans le fil des décisions susmentionnées, on pourrait se demander si le Conseil aurait pu étudier le cas sous l'article 6 également en déterminant éventuellement une position dominante collective. On peut aussi penser que le point essentiel est de sanctionner des entreprises affectant le jeu de la concurrence sur le marché et que cette sanction soit attribuée sur la base de l'article 4 ou de l'article 6 est sans importance. Par ailleurs selon *ASLAN*¹⁹⁴, l'application de l'article 6 à un cas de figure où on l'applique déjà l'article 4 est superflue¹⁹⁵.

D'autre part, dans une décision préalable du 8.12.1999 portant sur le marché des journaux nationaux politiques à une faible fidélité de lecteurs et peu sensible aux mouvements de prix, le Conseil examine une plainte¹⁹⁶.

¹⁹¹ En l'occurrence les autres entreprises sur le marché sont les entreprises dont la position dominante collective est déterminée dans les deux décisions précédentes.

¹⁹² No. 02-05/43-22

¹⁹³ Décision *Hürriyet, Milliyet, Simgе & Sabah* du 17.7.2000 no. 00-26/291-161

¹⁹⁴ ASLAN Y., *Rekabet Hukuku*, Bursa, Ekin Kitabevi, 2001, p.229

¹⁹⁵ Par contre dans sa décision précitée *ATAŞ* du 19.9.2000 no. 00-35/384-214, le Conseil examine d'abord le cas sous article 6 et détermine que les entreprises actionnaires d'une raffinerie ne détiennent pas individuellement ou ensemble une position dominante et ensuite examine le cas sous l'article 4 et conclut qu'il n'y a pas de violation de cet article non plus.

¹⁹⁶ Décision *Yeni Gün Haber Ajansı Basın ve Yayıncılık A.Ş.* no. 99-56/599-381

En l'occurrence, il s'agit d'une plainte déposée par le journal *Yeni Gün* prétendant que la baisse considérable du prix de certains journaux par périodes, résulte de la position dominante des groupes auxquels ces journaux appartiennent dans la presse écrite et audiovisuelle et du financement accordé par ces groupes grâce aux fonds générés sur d'autres marchés. Le Conseil constate tout d'abord que le marché en question est partagé entre 4 groupes et indique d'autre part la part de marché de chacun des groupes en fonction des chiffres nets de ventes de journaux par jour et conclut que parmi les deux entreprises détenant les plus larges parts de marché, celle qui détient la plus large part ne détient pas une position dominante individuelle eu égard à la part de marché de l'entreprise qui se positionne deuxième sur le marché avec une part de marché proche et il en déduit que ces entreprises détiennent une position dominante collective.

Dans le fil de ce raisonnement, le Conseil examine d'autre part les revenus publicitaires des entreprises et détermine que les revenus de l'entreprise en première position ne sont pas suffisantes pour faire une évaluation et qu'il faut aussi tenir compte du montant des revenus des autres concurrents et à cet égard détermine que le total du montant des revenus de l'entreprise en première position et celles de l'entreprise en deuxième position indique de manière encore plus certaine que les deux premières entreprises détiennent une position dominante collective.

Dans sa décision du 6.11.2002, le Conseil adopte une décision portant sur une investigation engagée par le Conseil lui-même contre encore une fois des entreprises de distribution de journaux et magazines.

Le Conseil fait référence à ses décisions précédentes sur le même sujet déterminant que la structure du marché semble être oligopolistique voire même duopolistique du fait qu'il existe deux acteurs puissants sur le marché et déterminant par ce fait que ces deux concurrents, au lieu d'agir comme des concurrents dans le jeu de la concurrence ont fait des accords entre elles et ont utilisé cette situation à l'encontre des autres entreprises de distribution et des maisons de publication.

Le Conseil établit cette fois-ci qu'après les changements survenus sur le marché, à part une entreprise de distribution distribuant ses propres publications, en Turquie la distribution de tous les journaux et de toutes les magazines est entreprise par deux sociétés et que par la suite une troisième entre sur le marché et souligne qu'il est

nécessaire de refaire une analyse du marché de distribution des journaux et magazines du fait des changements susmentionnés. Le Conseil détermine à nouveau que le degré de concentration sur le marché est fort, que l'élasticité de la demande en fonction du prix est faible, les coûts pour accéder au marché sont élevés. Il détermine aussi qu'avec le départ temporaire d'un des groupes du marché, l'autre groupe a accédé à une position de dominance individuelle. Bien qu'elle ne revienne pas ouvertement sur la question de position dominante collective, il affirme tout de même que la balance de puissance sur le marché dépend dans une grande mesure des deux groupes sur le marché.

La question de l'appréciation de l'existence des positions dominantes collectives se pose aussi dans l'analyse prospective des concentrations et acquisitions. Par exemple dans une décision du 6.6.2002 concernant une acquisition, le Conseil détermine que la transaction ne créera pas de position dominante individuelle ou collective eu égard *inter alia* aux barrières à l'entrée¹⁹⁷. Cependant comme il a été indiqué plus haut, l'étude de l'appréciation des positions dominantes collectives se limite ici à l'application de l'article 6 de la Loi et l'appréciation du concept sous la Régulation no. 1997/1 n'offre des indices transposables au cadre de l'article 6.

On peut voir dans cette série de décisions que le Conseil a établi sans équivoque l'existence de positions dominantes collectives. On remarque en revanche que le Conseil ne cadre pas les critères d'appréciation propres aux situations de position dominante collective dans une définition générale. Il se contente d'examiner les données du marché en cause avec les critères d'appréciation de positions dominantes individuelles sans établir si une corrélation doit exister entre les entreprises en position dominante et si oui, sous quelles formes doit se présenter cette corrélation.

On peut par contre remarquer une volonté de la part de la jurisprudence de cadrer l'appréciation des positions dominantes collectives dans le cadre d'une étude de la structure du marché. Dans ce registre, on peut constater que le Conseil a tenté d'examiner la notion de position dominante collective en corrélation avec la notion de marchés oligopolistiques étant donné que les positions dominantes collectives

¹⁹⁷ Décision *Cargill* no. 02-36/402-169

s'observent essentiellement sur des marchés présentant des caractères oligopolistiques¹⁹⁸.

Sous-section II- La prise en compte de la structure du marché

On remarque que le Conseil tente de relier la possibilité de l'existence des positions dominantes collectives à la structure du marché c'est-à-dire à sa structure oligopolistique. C'est ainsi que dans sa décision susmentionnée *Emlak Bankası* du 20.5.1999, le Conseil indique que des positions dominantes collectives peuvent s'observer sous 3 formes;

- Une position dominante détenue par un groupe d'entreprise formant une unité économique.
- Une position dominante collective acquise par un groupe d'entreprises par le biais d'un accord conclu par celui-ci
- La dominance collective des entreprises sur des marchés oligopolistiques.

Eu égard aux faits du cas, le Conseil examine le troisième cas de figure et fait le constat que *«la structure des branches de l'industrie ou la production du bien considéré se concentre aux mains d'un nombre limité d'entreprises de puissance similaire et ou la stratégie de prix d'une entreprise affecte de manière considérable la part de marché des autres entreprises est oligopolistique»* et que *«dans ce type de marché les entreprises peuvent détenir une position dominante collective du fait de la structure du marché même en l'absence d'accords entre ces entreprises»*.

Le Conseil conclut cependant qu'étant donné que 74 entreprises sont actives sur le marché et considérant l'importance relative de ces entreprises les unes par rapport aux autres, il n'est pas possible de déterminer un marché étroitement oligopolistique propice à l'existence de positions dominantes collectives.

Dès lors, on observe que le Conseil détermine l'existence d'un marché étroitement oligopolistique comme une condition de l'appréciation de l'existence d'une position dominante collective.

¹⁹⁸ GÜVEN P., *Türk Rekabet Hukuku ve Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmaların Denetlenmesi*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2002, p.111

Dans le même raisonnement, dans une décision du 14.12.1999¹⁹⁹ concernant une plainte dirigée contre deux opérateurs de réseaux de téléphonie mobile, le Conseil examine la structure du marché sous l'article 4 de la Loi et affirme que pour pouvoir qualifier un marché d'oligopolistique, il est nécessaire que les entreprises soient dans l'obligation de tenir compte des comportements des uns des autres et que ceci n'est possible que dans la mesure où le nombre des entreprises actives sur le marché est limité et que la part de marché de chacune des entreprises est importante par rapport au total. Cependant le Conseil ne fait référence qu'à l'article 4 de la Loi et n'examine pas si du fait de la structure du marché et des parts qui y sont détenues, les opérateurs peuvent être dites en position dominante collective²⁰⁰.

Dans des décisions ultérieures, le Conseil détermine que les marchés de boissons gazeuses non-alcoolisées²⁰¹ et boissons gazeuses non-alcoolisées et jus de fruits²⁰² sont-elles aussi des marchés oligopolistiques eu égard au nombre limite des acteurs et leur importance.

Comme il a été mentionné ci-dessus, parallèlement à sa décision *Emlak Bankası* susmentionnée, dans sa décision ultérieure correspondant au résultat du stade de l'investigation²⁰³, le Conseil fait référence à sa décision précédente et affirme à nouveau que «*eu égard au nombre des entreprises actives sur le marché et leur importance relative, le marché en question n'est pas étroitement oligopolistique*» et donc qu'on ne peut pas constater une position dominante collective.

On remarque donc que le Conseil a encore basé son appréciation sur la structure du marché et il a défini la corrélation entre les entreprises en position dominante comme conséquence naturelle de marchés oligopolistiques. Or il n'est pas certain que ce critère soit applicable à tous les cas considérés et il n'en résulte néanmoins pas que des critères objectifs de la corrélation devraient être établis.

¹⁹⁹ Décision *REKODER* no. 99-57/614-391

²⁰⁰ Par la suite le Conseil détermine dans une décision ultérieure que ces opérateurs détiennent ensemble une position dominante sur un autre marché que celui du marché d'opérateurs de GSM, en l'occurrence le marché de l'infrastructure des réseaux GSM. Cette décision sera indiquée ultérieurement.

²⁰¹ Décision *Fruko Meşrubat & Pepsi-Cola* du 4.7.2000 no. 00-25/259-141

²⁰² Décision *Yurdatap & MEPA* du 16.5.2000 no. 00-18/176-94

²⁰³ *ibid.* Décision *Koçbank* du 19.3.2002 no. 02-15/65-69

Enfin il ne serait pas inutile de citer la décision du Conseil concernant une plainte déposée à l'encontre des 2 plus larges opérateurs de réseaux téléphoniques mobiles par un opérateur sous prétexte que les opérateurs ne concluaient pas d'accord de roaming national avec celui-ci et qu'elles abusaient ainsi de leur position dominante sur le marché. La version détaillée de la décision contenant les motifs n'a pas encore été publiée. Cependant dans la déclaration faite par le Conseil le 9.6.2003, il a été indiqué que les deux opérateurs détiennent ensemble une position dominante dans le marché d'infrastructure des télécommunications et des amendes leur ont été infligées pour avoir abusé de leurs positions dominantes sur le marché. Dès lors on pourrait espérer que cette décision sera l'occasion pour le Conseil d'exposer des critères plus détaillés et un cadre mieux défini pour l'appréciation et la détermination des positions dominantes collectives dans le cadre de l'article 6 de la Loi sur la Protection de la Concurrence.



CONCLUSION

On peut conclure qu'il n'existe ni formule ni liste établie pour pouvoir déterminer si une entreprise est en position dominante. Il s'agit de faire une appréciation globale, basée sur les informations et indices épars dans la jurisprudence. De l'examen ci-dessus, on peut remarquer que la tendance initiale de la jurisprudence à adopter les parts de marché comme critère fondamental et à utiliser les barrières à l'entrée comme des critères auxiliaires n'a pas changé considérablement au cours des années.

Indépendamment de ce que l'on pourrait penser des critères utilisés, on peut remarquer d'autre part une tendance des Autorités européennes à déterminer des marchés pertinents de plus en plus étroit et de ce fait ou indépendamment de ce fait, déterminer des positions dominantes dans de plus en plus de cas. D'ailleurs, l'utilisation sur le premier plan des critères tels que l'intégration verticale laisse certains à penser que l'on sanctionne l'entreprise de posséder un réseau de distribution développé et donc non d'abuser de sa position dominante mais du fait de sa position dominante uniquement. On pourrait penser que l'on détermine qu'une entreprise détienne une position dominante ou que l'on fasse la détermination contraire est sans conséquence du moment que l'entreprise ne sera sanctionnée que si elle commet des actions abusives. Mais à cela, on peut répondre qu'une entreprise qui n'est pas en position dominante a une marge de manœuvre beaucoup plus large en ce qu'elle peut entreprendre des actions qui, au cas où elles étaient entreprises par des entreprises en position dominantes seraient estimées abusives et dans ce cas ces actions seraient vues comme des actes « normaux » et « habituels » dans une atmosphère de concurrence saine. Cette marge de manœuvre comprend aussi des actions bénéfiques aux consommateurs telles que la recherche et le développement.

Il est aussi important dans ce registre de noter qu'une tendance à déterminer l'existence d'une position dominante est aussi plus ou moins déterminante selon que l'on se place du côté des acteurs sur le marché ou du côté des régulateurs du marché. Du point de vue des acteurs le but commun est un but lucratif qui sous-entend une volonté de maximiser le profit. Cette volonté sous-entend quant à elle une course qui consiste à dépasser le concurrent pour pouvoir justement maximiser le profit. Sous ces circonstances la volonté d'atteindre une position dominante est propre à toute

entreprise active sur un marché à forte concurrence. Avec cette vision, il n'est pas aisé de faire une distinction absolue entre la détention d'une position dominante et une exploitation abusive de cette position dominante. Pourrait-on donc concevoir qu'une entreprise détienne une position dominante si elle n'a pas les moyens d'abuser de cette position dominante? En somme, la jurisprudence sur la matière, laisse à penser que les critères de détermination ne sont en fait qu'un moyen pour atteindre l'objectif principal qui est de réguler le jeu de la concurrence. Dès lors, on peut voir que l'appréciation des critères et leur variété ne peuvent qu'être des moyens de sanctionner des actions affectant de façon négative le jeu de la concurrence.

Enfin, il convient de citer le règlement no. 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du Traité qui sera applicable à partir du 1^{er} mai 2004. Ce règlement établit des règles pour la mise en œuvre des articles 81 et 82 dans la perspective de l'adhésion de nouveaux Etats membres à l'Union. En ce qui concerne l'article 82, ce texte prévoit qu'il convient de permettre aux juridictions nationales d'appliquer pleinement cet article dans leurs juridictions et prévoit aussi une coopération avec celles-ci. D'autre part le règlement affirme que « *l'exploitation abusive d'une position dominante visée à l'article 82 du Traité est interdite sans qu'une décision préalable soit nécessaire à cet effet* ». On peut donc dans ce propos, une volonté de réaffirmer le texte de l'article 82 pour alerter les juridictions nationales en vue de l'élargissement de l'Union. On peut aussi affirmer que sur le sujet de la détermination de positions dominantes, la jurisprudence des autorités européennes constituera, un précédent plus qu'utile pour les juridictions des nouveaux Etats membres.

BIBLIOGRAPHIE DETAILLEE

A) OUVRAGES GENERAUX

AKINCI A., *Rekabetin Yatay Kısıtlanması*, Ankara, Rekabet Kurumu Yayınları, 2001

ASLAN Y., *Rekabet Hukuku*, Bursa, Ekin Kitabevi, 2001

BELLAMY C., CHILD G., *European Community Law of Competition*, London, Sweet & Maxwell, 2001

COOK C.J., KERSE C.S., *E.C. Merger Control*, London, Sweet & Maxwell, 2000

DECOCQ A., DECOCQ G., *Droit de la concurrence interne et communautaire*, Paris, L.G.D.J., 2002

ERDEM E., *Türk ve AT Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmalar*, Istanbul, Beta, 2003

GÜVEN P., *Türk Rekabet Hukuku ve Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda Birleşme ve Devralmaların Denetlenmesi*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2002

JONES A., SUFRIN B. *EC Competition Law*, Oxford, Oxford University Press, 2001

KORAH V. (General Editor), *Competition Law of the European Community*, Newark, New Jersey, LexisNexis, Matthew Bender, 2003

KORAH V., *Cases and Materials on EC Competition Law*, Oxford, London Publishing, 2002

NAVARRO E., FONT A., FOLGUERA J., BRIONES J., *Merger Control in the European Union*, Oxford, Oxford University Press, 2002

NIKPAY A., FAULL J., *The EC Law of Competition*, Oxford, Oxford University Press, 1999

RODGER B.J., MACCULLOCH A., *Competition Law and Policy in the EC and UK*, London, Cavendish, 1999

SOUTY F., *Le Droit de la Concurrence de l'Union Européenne*, Paris, Montchrestien, 2003

STEINER J., WOODS L., *EC Law*, London, Blackstone Press Limited, 1988

WHISH. R., *Competition Law*, London, Lexis Nexis., 5ème Edition, 2003

B) OUVRAGES SPECIFIQUES

T.C. SANAYİ VE TİCARET BAKANLIĞI Avrupa Topluluğu Koordinasyon Genel Müdürlüğü, « *Avrupa Rekabet Hukuku Kuralları Çerçevesinde Hakim Durumun Kötüye Kullanılması ve Türkiye* », Yayın no. 49, Ankara, 1999

TÜSİAD, « *Avrupa Birliği'nde Hakim Durumun Kötüye Kullanılması* », Lebib Yalkın, 1998

C) THESES ET MEMOIRES

BADUR E., « *AT Rekabet Hukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması* », Université d'Ankara, 1998

ÇAĞLAYAN A. İ., "Rekabet Hukukunda Pazar Gücünün Önemi ve Ölçülmesi" Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara

ÇELEN A., "Oligopolistik Pazarlarda Gözlenen Paralel Davranışların Rekabet Hukuku Açısından Değerlendirilmesi: Uyumlu Eylem ve Birlikte Hakim Durum", Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara

KAYA Y., "Hakim Durumun Kötüye Kullanılması ve Fikri Mülkiyet Hakları", Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara

ÖZTUNALI A., « *Yatay Yoğunlaşmalarda Tek Teşebbüs Hakimiyeti ; 4054 sayılı Re Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ve AB Mevzuatı Uygulamaları* », Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara

SELÇUK İ., "AT Anlaşması'nın 86. Maddesi Çerçevesinde Münhasır Haklar ve Özel Haklar Türk Rekabet Hukukuna Etkileri" Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara

SU K. T., « *Rekabet Hukukunda Teşebbüslerin Hakim Durumunun Belirlenmesinde Pazar Gücünün Ölçülmesi* » Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara

YANIK M., "Rekabet Hukukunun Hakim Durum ve Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Uygulamalarında Piyasa Giriş Engelleri" Rekabet Kurumu Yayınları, Ankara²⁰⁴

D) ARTICLES

AKINCI A., "Rekabet Hukuku Açısından Birleşme ve Devralmaların Kontrolü», Perşembe Konferansları, Rekabet Kurumu Yayınları, avril 2000, p. 101-124

AL-DABBAH M., "Conduct, Dominance and Abuse in "Market Relationship": Analysis of Some Conceptual Issues under Article 82 E.C.", E.C.L.R., No. 1, 2000, p. 45-50

AZEVEDO J. P., WALKER M., "Dominance: Meaning and Measurement", E.C.L.R., No. 7, 2002, p. 363-367

BAKER S., RIDYARD D. "Portfolio Power: A Rum Deal?", E.C.L.R., No. 4, 1999, p. 181-184

BAKER S., COSCELLI A. "The Role of Market Shares in Differentiated Product Markets", E.C.L.R., No. 8, 1999, p. 412-419

LEONE V. M., RYAN. D., "Abuse of a Dominant Position in EC Competition Law: Recent Developments", The European Antitrust Review 1999, A Global Competition Review special report, p. 18-20

²⁰⁴ Les dates de publication des mémoires de rapporteurs du Conseil de la Concurrence ne sont pas mentionnés dans les ouvrages.

TEKDEMİR Y., “AT Rekabet Hukuku Işığında « Birlikte Hakimiyet » kavramı; Oligopol sorununa yeni bir yaklaşım» Perşembe Konferansları, Rekabet Kurumu Yayınları, mars 2000, p. 3-47

TEKİNALP Ü., “ATAD Kararları Işığında Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Halleri», Perşembe Konferansları, Rekabet Kurumu Yayınları, février 2000, p. 73-97

YURTTUTAN S., ABALI S., “Türk Rekabet Hukuku Açısından Hakim Durum », Rekabet Bülteni, Numéro 6, 2001, p. 16-19.

E) DECISIONS DE LA COMMISSION DE L'UNION EUROPENNE, ARRETS DE LA CJCE ET DU TRIBUNAL DE PREMIERE INSTANCE

Décisions de la Commission

- Décision de la Commission du 22 septembre 1999. IV/M.1524. *Airtours/First Choice*
- Décision de la Commission du 5 décembre 1988. IV/31.900. *BPB Industries. 89/22/CEE*
- Décision de la Commission du 24 juillet 2002. COMP/M.2706. *Carnival Corporation/P & O Princess*
- Décision de la Commission du 17 décembre 1975. 76/353/CEE. *Chiquita*
- Décision de la Commission du 9 décembre 1979. IV/26 811. 72/21/CEE. *Continental Can*
- Décision de la Commission du 14 février 2002 N IV/M.2662. *Danish Crown/ Steff-Houlberg*
- Décision de la Commission du 21 mai 2003. COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579. *Deutsche Telekom AG*
- Décision de la Commission du 29 juillet 1983. IV/30.698. *ECS/Akzo*
- Décision de la Commission du 8 mai 2001. IV/36.957/F3. *Glaxo Wellcome/ Smithkline Beecham*
- Décision de la Commission du 9 juin 1976. IV/29.020. *Hoffmann-La Roche (Vitamines)*
- Décision de la Commission du 13 août 2003. D3/38.044. *NDC Health/IMS Health*
- Décision de la Commission, du 21 décembre 1993. 94/119/CE. *Port of Rødby.*
- Décision de la Commission du 28 juin 2000. COMP/M.1741. *MCI WorldCom/Sprint Affaire*
- Décision de la Commission du 14 juillet 1999. IV/D-2/34.780. *Virgin/British Airways*

Arrêts du Tribunal de Première Instance

- Arrêt du Tribunal de première instance du 6 juin 2002. *Airtours plc contre Commission des Communautés européennes*, T-342/99.
- Arrêt du Tribunal de première instance du 12 décembre 2000, *Aéroports de Paris/Commission des Communautés européenne*, T-128/98.
- Arrêt du Tribunal de première instance du 17 décembre 2003. *British Airways plc contre Commission des Communautés européennes*, T-219/99.
- Arrêt du TPI du 25 mars 1999, *Gencor c/ Commission*, T-102/06.
- Arrêt du Tribunal de première instance du 7 octobre 1999. *Irish Sugar plc contre Commission des Communautés européennes*, T-228/97.
- Arrêt du Tribunal de première instance du 15 juillet 1994. *Matra Hachette SA contre Commission des Communautés européennes*, T-17/93.
- Arrêt du Tribunal de première instance du 6 octobre 1994. *Tetra Pak International SA contre Commission des Communautés européennes*, T-83/91.

Arrêts de la Cour

- Arrêt de la Cour (cinquième chambre) du 3 juillet 1991. *AKZO Chemie BV contre Commission des Communautés européennes*. Affaire C-62/86.
- Arrêt de la Cour du 21 février 1973. *Europemballage Corporation et Continental Can Company Inc. contre Commission des Communautés européennes*. Affaire 6-72.
- Arrêt de la Cour du 31 mars 1998. *France et autres/Commission*, affaires jointes C-68/94 et C-30/95
- Arrêt de la Cour du 31 février 1979. *Hoffmann-La Roche & Co. AG contre Commission des Communautés européennes*, affaire 85/76
- Arrêt de la Cour du 14 mai 1975. *Kali und Salz AG et Kali-Chemie AG contre Commission des Communautés européennes*. Affaires jointes 19 et 20-74
- Arrêt de la Cour du 9 novembre 1983. *NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin contre Commission des Communautés européennes*. Affaire 322/81.
- Arrêt de la Cour du 14 février 1978. *United Brands Company et United Brands Continentaal BV contre Commission des Communautés européennes*. *Bananes Chiquita*. Affaire 27/76.

F) CONCLUSIONS DES AVOCATS GENERAUX

- Conclusions de l'avocat général FENNELLY présentées le 29 octobre 1998. *Compagnie maritime belge transports SA* (C-395/96 P), *Compagnie maritime belge SA* (C-395/96 P) et *Dafra-Lines A/S* (C-396/96 P)

- Conclusions de l'avocat général LENZ présentées le 20 septembre 1995. *Union royale belge des sociétés de football association ASBL contre Jean-Marc Bosman, Royal club liégeois SA contre Jean-Marc Bosman et autres et Union des associations européennes de football (UEFA) contre Jean-Marc Bosman*. Affaire C-415/93.
- Conclusions de l'avocat général STIX-HACKL présentées le 7 novembre 2002. *Enirisorse SpA c/ ministero delle Finanze*. Affaires jointes C-34, C-38/01

G) DECISIONS DU CONSEIL DE LA CONCURRENCE TURQUE

- Décision *Arçelik* du 17.10.2000 no. 00-39/436-242
- Décision *Ankara Veteriner Tıp Merkezi & Propet* du 18.4.2000 no. 00-14/138-70
- Décision *ATAŞ* du 19.09.2000 no. 19.09.2000
- Décision *Başarı et Telsim c/ Turkcell* du 20.7.2001 no. 00-35/347-95
- Décision *Bayındır Hayat Sigorta A.Ş. c/ Bayek Tedavi Sağlık Hizmetleri ve İşletmeciliği A.Ş.* du 18.7.2002 no. 02-44/518-213-254
- Décision *Benkar Tüketici Finansmanı ve Kart Hizmetleri A.Ş.* du 28.4.1999 no. 99—21/177-96
- Décision *Castrol Madeni Yağlar Sanayi ve Ticaret A.Ş.* du 5.9.2002 no. 02-52/667-271
- Décision *Companhia Vale Do Rio Doce* du 11.7.2000 no. 00-26/75-153
- Décision *Çay-Kur* du 22.06.1999 no. 99-31/277-167
- Décision *Kar Gıda & Uzay Gıda* du 29.2.2000 no. 00-9/89-44
- Décision *HAVAŞ* du 3.3.1999 no. 99-12/89-31
- Décision *Nike Inc. & Converse Inc.* du 11.9.2003 no. 2003-3-98
- Décision *SATEL* du 1.2.2000 no. 00-4/41-19
- Décision *Sesa* du 6.11.2000 no. 00-44/472-257
- Décision *Türk Eczacıları Birliği* du 18.09.2000 no. 00-35/393-220
- Décision *Türkiye Denizcilik İşletmeleri* du 21.5.2002 no. 02-30/344-140
- Décision *Toros Gübre* du 3.11.2000 no. 00-43&46
- Décision *Zihni Gemi İşletmeleri ve Ticaret A.Ş.* du 11.7.2000 no. 00-26/276-154

H) LEGISLATION

- Loi Sur la Protection de la Concurrence no. 4054 publié dans le Journal Officiel no. 22140 en date du 7 13.12.1994.

- Communiqué sur les Concentrations et Acquisitions Nécessitant la Permission du Conseil de la Concurrence no. 1997/1 publié dans le Journal Officiel no. 23078 en date du 12.08.1997
- Traité instituant la Communauté européenne
- Règlement (CEE) n° 4064/89 du Conseil du 21 décembre 1989 relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises
- Règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises

I) DOCUMENTS OFFICIELS DE LA COMMISSION ET DU CONSEIL DE L'UNION EUROPEENNE

- Lignes Directrices Concernant l'application des Règles de Concurrence de la Communauté au Secteur des Télécommunications (91/C 233/02)
- Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises (2004/C 31/03)
- Livre blanc sur la modernisation des règles d'application des articles 85 et 86 du Traité CE - Corrigendum /* COM/99/0101 final */
- Lignes directrices de la Commission sur l'analyse du marché et l'évaluation de la puissance sur le marché en application du cadre réglementaire communautaire pour les réseaux et les services de communications électroniques (2002/C 165/03) (2002/C 165/03)
- Rapport de la Commission - Première partie - XXXIIe Rapport sur la politique de concurrence 2002
- Rapport de la Commission «Mieux légiférer 2003» conformément à l'article 9 du Protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité (11ème rapport) /* COM/2003/0770 final */
- Règlement(CE) No. 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité
- Règlement (CEE) no. 4056/86 du Conseil, du 22 décembre 1986, déterminant les modalités d'application des articles 85 et 86 du Traité aux transports maritimes (JO L 378, p. 4)

J) CITES INTERNET

- www.europa.eu.int/
- www.rekabet.gov.tr
- www.ofi.gov.uk
- www.conseil-concurrence.fr

TEZ DANIŐMANI

Dođ. Dr. Ercüment Tezcan



ÜYE

Dođ. Dr. Beril Dedeođlu



ÜYE

Prof. Dr. Yıldızhan Yayla



ENSTİTÜ MÜDÜRÜ

