



**LE MARCHÉ COMMUN DE L'AFRIQUE ORIENTALE ET AUSTRALE
(COMESA)**



**DIRECTIVES DU COMESA SUR L'ABUS D'UNE
POSITION DOMINANTE**

2 AVRIL 2019

**ÉTABLI EN VERTU DU RÈGLEMENT DU COMESA RELATIF À LA
CONCURRENCE (2004)**

DÉCLARATION DE RESPONSABILITÉ

Les présentes Directives sont fournies à titre d'orientations générales pour la mise en œuvre de l'article 18 du Règlement du COMESA relatif à la concurrence de 2004 (« le Règlement ») ayant trait à l'abus d'une position dominante. Ce document ne constitue pas un conseil juridique et ne doit en aucun cas être considéré comme une déclaration de droit relative au Règlement. Les présentes Directives doivent être lues conjointement avec le Règlement et d'autres directives aux fins de complémentarité. Les parties concernées sont priées de solliciter des avis juridiques au cas où elles auraient des doutes quant à savoir si un comportement est susceptible de constituer une violation du Règlement.

INTERPRÉTATION

À moins que le contexte ne s'y oppose, dans les présentes Directives, tout terme ou toute expression défini(e) dans le Règlement a le même sens que celui qui lui est attribué dans ledit Règlement.

CITATION

Les présentes directives peuvent être citées de la manière suivante : « Les Directives de 2019 du COMESA sur l'abus d'une position dominante ».

Table des matières

DÉCLARATION DE RESPONSABILITÉ	2
INTERPRÉTATION	2
CITATION	2
DÉFINITIONS	4
SECTION 1 : PRÉAMBULE	5
SECTION 2 : OBJET ET PORTÉE DES DIRECTIVES	5
SECTION 3 : APPROCHE GLOBALE POUR L'ÉVALUATION DE L'ABUS D'UNE POSITION DOMINANTE	6
SECTION 4 : DÉTERMINATION DE POSITION DOMINANTE	7
Pouvoir de l'acheteur	7
Facteurs à prendre en compte pour la détermination de position dominante	8
Marchés de produit et marchés géographiques en cause.....	8
Niveau de pressions concurrentielles	9
Menace d'entrée potentielle.....	9
Barrières à l'entrée	10
Historique de concurrence et de rivalité entre concurrents.....	11
SECTION 5 : ABUS D'UNE POSITION DOMINANTE	11
Notion d'abus d'une position dominante.....	11
Abus entravant les échanges entre États membres	12
SECTION 6 : L'ANALYSE DE CERTAINS COMPORTEMENTS SPÉCIFIQUES LIÉS À L'ABUS D'UNE POSITION DOMINANTE	12
Achat exclusif	13
Rabais conditionnels.....	14
Ventes liées et groupées et rabais multiproduits.....	14
Prix d'éviction.....	15
Refus de vente ou de fourniture.....	16
Prix excessifs	17
SECTION 7- DIVERS	17
Pénalités et amendes générales.....	17
Révision des Directives	18
Mise en vigueur	18

DÉFINITIONS

Dans les présentes directives, à moins que le contexte n'en dispose autrement, on entend par :

« **Anti-concurrentiel** » tout comportement qui limite sensiblement la concurrence entre les États membres et qui n'est pas autrement exempté par la loi ou autorisé au terme du Règlement ;

« **Arrangement** » un contrat, un accord ou une entente qu'il/elle soit ou non juridiquement exécutoire ;

« **Biens** » lorsque ce terme se réfère à des produits particuliers, tous les autres produits qui, raisonnablement, peuvent leur être substitués, compte tenu de la pratique commerciale ordinaire et des contraintes géographiques, techniques et temporelles ;

« **Conseil des commissaires** » le Conseil des Commissaires établi par l'article 12 du Règlement ;

« **Commission** » la Commission de la concurrence du COMESA établie par l'article 6 du Règlement ;

« **Concurrence** » la lutte ou la lutte potentielle qui oppose deux ou plusieurs personnes ou organisations engagées dans la production, la distribution, la fourniture, l'achat ou la consommation de produits et de services sur un marché donné et qui donne lieu à une plus grande efficacité, à une croissance économique plus élevée, à une augmentation des possibilités d'emploi, à une baisse des prix et à un meilleur choix pour les consommateurs ;

« **Consommateur** » toute personne -

(a) qui achète ou se propose d'acheter des produits autrement que dans le but de les revendre, mais non, toutefois, une personne qui achète des produits pour le but de les utiliser dans la production et la fabrication d'autres produits ou articles destinés à la vente ; et

b) à qui un service est rendu ;

« **Commerce** » toute transaction commerciale, industrie, profession ou occupation touchant à la fourniture ou l'acquisition de « biens » ou de « services » ;

« **État membre** » un État membre du Marché commun ;

« **Entreprise** » toute « personne » publique ou privée, impliquée dans la production ou le commerce de biens ou la fourniture de services.

« **Fusion** » une fusion tel que défini par l'article 23 du Règlement ;

« **Marché** » un marché dans le Marché commun et, lorsque le terme est employé relativement à des produits ou services, il inclut un marché pour ces produits ou services et d'autres produits ou services qui peuvent leur être substitués ou sont en compétition avec eux.

« **Marché commun** » le Marché commun de l'Afrique orientale et australe (COMESA) tel qu'établi par l'article 1 du Traité du COMESA ;

« **Personne** » une personne physique ou morale ;

« **Position dominante** » une position dominante telle que stipulée à l'article 17 du Règlement ;

« **Règlement** » le Règlement du COMESA relatif à la concurrence ;

« **Services** » la vente de biens lorsque les biens sont vendus conjointement avec la prestation d'un service ;

« **Traité** » le traité établissant le Marché commun de l'Afrique orientale et australe ;

SECTION 1 : PRÉAMBULE

1. Les présentes Directives définissent les priorités en matière d'application qui dicteront l'approche de la Commission dans l'évaluation du comportement des entreprises dominantes.
2. L'article 18, paragraphe 1 du Règlement interdit l'abus d'une position dominante. Le Règlement n'interdit pas à une entreprise d'occuper ou d'acquérir une position dominante. Cependant, toute entreprise occupant une position dominante a la responsabilité particulière de veiller à ce que son comportement n'empêche, ne restreigne ni ne fausse la concurrence et ne porte pas atteinte au commerce sur le Marché commun.
3. Le Commission peut initier une enquête sur tout abus allégué d'une position dominante à la demande de toute personne, ou de sa propre initiative, conformément aux articles 21 et 22 du Règlement respectivement.
4. L'application de l'article 18 s'inscrit dans le cadre du renforcement de l'intégration économique régionale dans le Marché commun et de l'accroissement du commerce intrarégional entre les États membres. L'article 18 a pour objet : (i) de protéger le processus de concurrence sur le Marché commun en tant que moyen de renforcement du commerce régional ; (ii) d'assurer une allocation efficace de ressources dans le Marché commun ; et (iii) de protéger les consommateurs contre les comportements nuisibles des acteurs du marché.
5. Un marché unique, ouvert et concurrentiel est considéré comme une condition préalable à l'accroissement du commerce intrarégional entre les États membres.

SECTION 2 : OBJET ET PORTÉE DES DIRECTIVES

6. Les présentes Directives ont pour objet de procurer clarté, prévisibilité et transparence en ce qui concerne le cadre analytique général auquel a recours la Commission pour déterminer des cas d'abus de position dominante et d'aider les entreprises à mieux déterminer si leur comportement est susceptible de constituer une violation de l'article 18, paragraphe 1 du Règlement. Les Directives s'appliquent aux entreprises qui occupent une position dominante sur un ou plusieurs marché(s) pertinent(s), l'accent étant mis sur les comportements ayant une incidence sensible sur le commerce entre États membres.

7. L'application des Directives insiste sur l'interdiction des entreprises dominantes d'exclure leurs concurrents par des moyens autres que la concurrence loyale ou d'exploiter les consommateurs en cas de comportement abusif.
8. Les présentes Directives s'appliquent au cas par cas. La Commission examinera les circonstances de chaque cas en analysant les effets de chaque comportement sur le commerce entre États membres ainsi que sur la concurrence et le bien-être des consommateurs.

SECTION 3 : APPROCHE GLOBALE POUR L'ÉVALUATION DE L'ABUS D'UNE POSITION DOMINANTE

9. L'article 17 du Règlement définit une position dominante comme suit :
 - a) une entreprise tient une position dominante sur un marché si, à elle seule ou ensemble avec une société interconnectée, elle occupe une position d'une force économique telle qu'elle lui permettra de fonctionner sur le marché sans contrainte réelle de la part de ses concurrents réels ou potentiels ;
 - b) deux sociétés quelconques sont traitées comme étant des sociétés interconnectées si une d'entre elles est une filiale ou une entreprise associée de l'autre ou toutes deux sont les filiales de la même société mère ;
 - c) par position dominante « position dominante » on entend la capacité d'influencer unilatéralement les prix ou la production dans le Marché commun ou une partie de ce dernier.
10. En conséquence, une ou plusieurs personnes morales peuvent occuper une position dominante pour autant qu'elles appartiennent toutes à la même entreprise.
11. L'article 18, paragraphe 1 du Règlement, qui interdit les abus de position dominante, n'est pertinent que lorsque la position dominante a été établie. Cet article prévoit que tout abus d'une position dominante commis par une ou plusieurs entreprises dans le Marché commun ou dans une partie substantielle de celui-ci est interdit, étant incompatible avec le Marché commun dans la mesure où il peut avoir un effet sur le commerce entre États membres, si l'entreprise :
 - a) limite ou risque de limiter l'entrée d'une entreprise quelconque dans un marché ;
 - b) empêchent ou découragent ou qui risquent d'empêcher ou de décourager une entreprise quelconque de se lancer dans la concurrence sur un marché ;
 - c) élimine ou retire, ou risque d'éliminer ou de retirer, une entreprise quelconque d'un marché ;
 - d) impose, directement ou indirectement, des prix d'achat ou de vente injustes ou d'autres pratiques restrictives ;
 - e) limitent la production des biens ou services pour un marché au détriment des consommateurs ;
 - f) rend, en tant que partie à un accord, la conclusion de celui-ci assujettie à l'acceptation par les autres parties d'obligations supplémentaires qui, par leur nature ou selon la pratique commerciale, n'ont pas de rapport avec l'objet dudit accord ; ou
 - g) s'engage dans une activité commerciale qui aboutit à l'exploitation de ses clients ou fournisseurs, de manière à saper les avantages attendus de la création du Marché commun.

12. L'entreprise (ou les entreprises) en position dominante soupçonnée(s) d'avoir commis un abus peut/peuvent préparer un dossier de défense pour établir que son/leur comportement n'a pas nui à la concurrence et justifier le comportement en démontrant que celui-ci engendre des effets et des gains d'efficacité favorables à la concurrence plus importants que les effets anticoncurrentiels et, par conséquent, ne conduit pas à l'un des effets énumérés à l'article 18, paragraphe 1 du Règlement.
13. Il incombe à l'entreprise en position dominante de prouver que le comportement concerné est objectivement justifiable dans la mesure où sa prétendue efficacité l'emporte sur ses effets anticoncurrentiels.
14. L'entreprise dominante doit démontrer que le comportement contribue à l'amélioration de la production et de la distribution des biens ou à la promotion du progrès technique ou économique et réserve aux consommateurs une part équitable du profit qui en résulte. Elle doit également démontrer que le comportement n'impose pas de restrictions qui ne sont pas indispensables à la réalisation des gains d'efficacité et ne lui donne pas la possibilité d'éliminer la concurrence sur un important marché des biens ou services concernés.

SECTION 4 : DÉTERMINATION DE POSITION DOMINANTE

15. Une entreprise tient une position dominante sur un marché si, à elle seule ou ensemble avec une société interconnectée, elle occupe une position d'une force économique telle qu'elle lui permettra de fonctionner sur le marché sans contrainte réelle de la part de ses concurrents réels ou potentiels. Le taux de la hausse des prix ou de la baisse de production et la durée de celles-ci sont des éléments décisifs dans la détermination de position dominante et doivent être importants, durables et perceptibles. Si l'exercice de la position dominante perçue n'est que temporaire et que les forces du marché peuvent y remédier dans un délai raisonnable, l'entreprise n'est pas en position dominante. Une évaluation de la position dominante portera sur les caractéristiques spécifiques de l'entreprise concernée, ainsi que sur les facteurs structurels liés aux pressions concurrentielles auxquelles l'entreprise est confrontée.

Pouvoir de l'acheteur

16. Le pouvoir de l'acheteur a trait à la façon dont les entreprises en aval peuvent influencer les conditions du commerce avec les fournisseurs en amont. Il existe deux types de pouvoir de l'acheteur : le pouvoir de monopsonie et le pouvoir de négociation. Les conséquences sur le bien-être, et donc les politiques d'application appropriées, liées aux deux types de pouvoir de l'acheteur sont très différentes. Ces deux types de pouvoir se traduisent par une baisse de prix des intrants, mais l'exercice du pouvoir de monopsonie entraîne généralement une hausse des prix en aval. La baisse de prix des intrants résultant de l'exercice du pouvoir de négociation engendre généralement des résultats positifs ; donc, exiger des explications sur la manière dont le renforcement du pouvoir de négociation pourrait porter préjudice aux consommateurs en aval contribuera à éviter de dissuader de manière involontaire les comportements en faveur de la concurrence.
17. Il est important de faire la distinction entre l'exercice du pouvoir de l'acheteur et les comportements qui confèrent un pouvoir à l'acheteur, renforcent ce pouvoir ou l'entretiennent. Pour identifier le pouvoir de monopsonie dans la pratique, il convient de reconnaître que c'est l'existence d'alternatives pour les vendeurs qui détermine l'étendue du pouvoir de monopsonie de l'acheteur.

18. Dans le cas où le nombre d'acheteurs et de vendeurs est faible, les négociations porteront probablement sur le surplus marginal dont peuvent bénéficier un acheteur et un vendeur au regard de leurs options extérieures. La répartition de ce surplus dépend du pouvoir de négociation relatif. Les comportements qui donnent naissance à un pouvoir de négociation pourraient justifier une certaine vigilance si : (i) l'obtention de prix de gros inférieurs du fait de ces comportements entraîne une baisse des prix sur le marché en aval qui diminue la rentabilité des concurrents d'un acheteur, conduisant à leur éviction et à un renforcement de son pouvoir de marché en aval, néfastes pour les consommateurs finaux ; (ii) l'obtention par un acheteur disposant d'un pouvoir de marché de prix de gros inférieurs du fait de ces comportements aboutit à une hausse du prix de gros appliqué aux autres acheteurs, selon l'effet des vases communicants, d'où une hausse des prix subie par les consommateurs en aval. Entre-temps, l'exercice du pouvoir de l'acheteur peut influencer sur l'efficacité dynamique en réduisant l'incitation des entreprises en amont à investir. Mais le pouvoir de négociation peut être un facteur de compensation qui atténue la possibilité d'un renforcement du pouvoir de marché suite à une fusion.

Facteurs à prendre en compte pour la détermination de position dominante

19. Afin de déterminer si une entreprise occupe une position dominante, l'article 18, paragraphe 2 du Règlement prévoit que les facteurs suivants doivent être pris en compte :
- a) le marché en cause défini en tenant compte du produit et de la dimension géographique ;
 - b) le niveau de concurrence réelle ou potentielle en termes de nombre de concurrents, de capacité de production et de demande du produit ;
 - c) les barrières à l'entrée des concurrents ; et
 - d) l'historique de la concurrence et de la rivalité entre concurrents du secteur .

Marchés de produit et marchés géographiques en cause

20. Conformément à l'article 18, paragraphe 2(a) du Règlement, la force de l'entreprise sur le marché doit être évaluée dans le contexte du marché en cause. Celui-ci comporte deux dimensions :
- a) **le marché du produit en cause**, qui détermine les biens ou les services pertinents inclus sur le marché. Un marché du produit en cause comprend l'ensemble des produits et/ou services que le consommateur considère comme interchangeables ou substituables en raison de leurs caractéristiques, de leur prix et de l'usage auquel ils sont destinés ; et
 - b) **le marché géographique en cause**, qui détermine l'étendue géographique du marché. Le marché géographique en cause comprend le territoire sur lequel les entreprises concernées sont engagées dans l'offre et la demande de produits ou de services, sur lequel les conditions de concurrence sont suffisamment homogènes et qui peut être distingué des zones géographiques voisines du fait que les conditions de concurrence sont sensiblement différentes les unes des autres.
21. Se reporter aux Directives de la Commission sur la définition des marchés pour plus de clarté.

Niveau de pressions concurrentielles

22. Cela clarifie la position d'une entreprise sur le marché *par rapport* à ses concurrents. La Commission tient compte du niveau de concurrence réelle ou potentielle sur le marché en cause. À cet égard, la Commission évaluera les pressions concurrentielles imposées par les concurrents existants ou potentiels sur le marché en cause. La Commission estime que les parts de marché constituent une première indication utile du degré de concurrence sur le marché et de l'importance relative des différents acteurs du marché. En règle générale, la Commission considère comme ayant vraisemblablement une position dominante une entreprise qui détient au moins 30 % du marché en cause. Il appartient à l'entreprise en question de réfuter cette présomption et de prouver le contraire. La Commission considérera également une entreprise détenant une part de marché inférieure à 30 % comme une entreprise ayant une position dominante si elle dispose d'un pouvoir de marché. Dans ce cas, la charge de la preuve incombera à la Commission.
23. Lorsqu'elle évaluera l'existence d'un pouvoir de monopsonie tel que décrit au paragraphe 17 ci-dessus, la Commission traitera généralement une entreprise comme détenant un pouvoir de monopsonie lorsqu'au moins 30 % de ses achats proviennent du/des marché(s) en cause.

Menace d'entrée potentielle

24. L'article 18, paragraphe 2 (b) du Règlement prévoit spécifiquement qu'une évaluation de la position dominante doit prendre en compte le niveau de concurrence potentielle. À cet égard, la Commission déterminera si la menace d'une entrée de la part de concurrents potentiels constitue une pression concurrentielle. La Commission évaluera les contraintes constituées par la menace crédible de l'entrée de concurrents potentiels. Si une telle entrée peut se matérialiser dans un court délai (généralement environ un à deux ans), l'entreprise peut être interdite de relever de façon rentable les prix des produits en question.
25. En règle générale, la Commission traitera une entreprise comme n'occupant pas une position dominante si l'entrée des concurrents potentiels est probable, opportune et suffisante pour dissuader l'entreprise dominante de maintenir les prix au-dessus des niveaux concurrentiels ou de limiter la production. Une entrée est susceptible d'intervenir si elle serait rentable. Si des barrières retarderaient considérablement l'entrée, il se peut que l'impact ne soit pas suffisamment opportun pour contrer le comportement de l'entreprise dominante. L'entrée doit également être suffisante pour contrecarrer l'exercice du pouvoir de marché : elle doit être suffisamment vaste et revêtir un caractère de façon à pouvoir limiter l'évolution de l'entreprise prétendument en position dominante ou disposant d'un important pouvoir de marché.
26. La Commission s'appuiera également sur d'autres facteurs pour évaluer le niveau de pressions concurrentielles comme le pouvoir compensatoire de l'acheteur. Un pouvoir compensatoire de l'acheteur existe lorsqu'un acheteur, ou un groupe d'acheteurs, disposent d'un pouvoir de négociation suffisant pour empêcher une entreprise d'agir dans une large mesure indépendamment de ses clients. Un tel pouvoir compensatoire de l'acheteur peut résulter de la taille des clients ou de leur importance commerciale pour l'entreprise en position dominante et de leur capacité à menacer de façon crédible le recours à d'autres sources d'approvisionnement en réponse à une hausse importante des prix (ou à une réduction équivalente de la production ou de la qualité) par l'entreprise dominante. Le pouvoir de l'acheteur peut également se manifester par la capacité de

l'acheteur d'inciter l'entrée de nouveaux fournisseurs sur le marché ou de s'intégrer verticalement à un autre fournisseur existant pour créer un approvisionnement interne.

27. Si le pouvoir compensatoire est d'une ampleur suffisante, elle peut dissuader ou empêcher toute tentative de l'entreprise d'augmenter rentablement les prix. Le pouvoir de l'acheteur ne saurait toutefois pas constituer une pression effective suffisante si elle se limite à protéger un segment particulier ou restreint de la clientèle du pouvoir de marché de l'entreprise dominante.

Barrières à l'entrée

28. Le niveau d'entrée potentielle dépend des barrières existantes, comme indiqué à l'article 18, paragraphe 2(c) du Règlement. Les faibles barrières contribuent à une expansion ou à une entrée facile. En conséquence, une entreprise serait moins susceptible de maintenir les prix de façon rentable au-dessus des niveaux concurrentiels ou de limiter la production en dépit du fait qu'elle détient une part de marché importante. Les nouveaux arrivants sont plus susceptibles de constituer une pression concurrentielle effective s'ils sont capables d'agir à grande échelle, immédiatement ou après une croissance à court et moyen terme.
29. Les barrières à l'entrée peuvent conférer des avantages aux entreprises en place au détriment des concurrents et arrivants potentiels. Il peut s'agir de droits de douane ou de contingents, ou encore d'avantages dont jouit spécifiquement l'entreprise dominante, tels que les économies d'échelle et d'envergure, un accès privilégié à des intrants essentiels ou à des ressources naturelles, à des technologies importantes ou à un réseau de distribution et de vente bien établi. Par ailleurs, les barrières à l'entrée peuvent être déterminées à partir des points de vue des organismes de réglementation sectorielle et des associations d'entreprises. Il peut également s'agir de coûts et d'autres entraves auxquels sont confrontés les clients lorsqu'ils veulent changer de fournisseur.
30. Les barrières incluent notamment :
- a. des tarifs et contingents : les tarifs et les contingents peuvent rendre plus difficile l'accès au marché par le biais d'importations ;
 - b. la réglementation : la réglementation peut constituer une barrière à l'entrée, par exemple en exigeant l'adaptation de produits fabriqués dans un autre pays ou en obligeant les entreprises à détenir un permis particulier ;
 - c. les économies d'échelle et d'envergure : de grandes économies d'échelle et d'envergure peuvent obliger les arrivants à pénétrer sur le marché en cause à grande échelle par rapport à la taille dudit marché en cause ou à pénétrer sur plusieurs marchés simultanément, ce qui entraîne d'importants coûts irrécupérables ;
 - d. l'accès privilégié à des intrants essentiels, à des ressources naturelles, à des technologies importantes et à des canaux de distribution : un tel accès privilégié peut résulter de la réglementation ou de la situation factuelle existante ;
 - e. les coûts irrécupérables : les coûts irrécupérables importants, c'est-à-dire des investissements spécifiques à l'entrée sur le marché en cause qui ne peuvent pas être récupérés si l'entreprise sort du marché en cause, peuvent réduire l'attrait et la rentabilité de l'entrée sur le marché ;
 - f. les effets de réseau : lorsque la valeur des biens ou des services augmente pour les clients potentiels à mesure qu'augmente le nombre de clients existants utilisant le produit ou le service. L'attrait d'un bien ou d'un service aux yeux d'un client dépend de la mesure dans laquelle la plate-forme du produit ou du service est utilisée et acceptée par les clients existants. Les effets de réseau deviennent une barrière à l'entrée ou à

l'expansion, car l'entreprise ou les entreprises dominante(s) peuvent avoir des effets de réseau importants qu'un arrivant nouveau ou potentiel peut ne pas avoir.

31. La Commission peut obtenir des informations concernant la facilité d'entrée sur le marché auprès d'un certain nombre de sources en tenant compte du risque de biais, notamment :
- a) les entreprises dominantes qui traitent elles-mêmes des barrières ou qui les identifient souvent dans leurs documents commerciaux ;
 - b) les arrivants potentiels qui rencontrent souvent ces barrières à l'entrée ;
 - c) les fournisseurs et clients qui disposent d'informations pertinentes sur les arrangements contractuels de l'entreprise dominante ;
 - d) les analystes en investissement et du secteur qui discutent souvent de barrières à l'entrée dans leurs analyses, débats ou rapports ;
 - e) l'analyse d'une entrée ou d'une expansion récente (ou l'absence d'une telle analyse) peut fournir des indices utiles ;
 - f) une historique de l'entrée sur le marché peut constituer une preuve solide que les obstacles potentiels à l'expansion ou à l'entrée sont décisifs ou non ; et
 - g) les associations d'entreprises.

Historique de concurrence et de rivalité entre concurrents

29. L'historique de concurrence et de rivalité entre concurrents dans un secteur d'activité fournit des indications utiles concernant le niveau de concurrence sur le marché en cause. La Commission tiendra notamment compte de l'évolution des parts de marché et, plus généralement, de la dynamique de la concurrence sur le marché en cause au fil du temps. Par exemple, des parts de marché stables et élevées peuvent être révélatrices du pouvoir de marché. En revanche, les fluctuations rapides des parts de marché peuvent être le signe de l'absence de ce pouvoir. Les exemples précédents de coordination réelle peuvent également être pertinents.
30. La Commission tiendra également compte de la répartition des parts de marché sur le marché en cause, surtout si le marché est bien développé. Une entreprise détenant une part de marché élevée est plus susceptible d'être dominante si sa part de marché est nettement supérieure à celle de ses concurrents immédiats. Cependant, comme mentionné plus haut, d'autres facteurs supplémentaires seront analysés afin de parvenir à une décision éclairée sur la question.

SECTION 5 : ABUS D'UNE POSITION DOMINANTE

Notion d'abus d'une position dominante

31. La notion d'abus d'une position dominante est clarifiée par l'article 18, paragraphe 1 du Règlement. Cet article interdit l'abus d'une position dominante et non l'existence d'une position dominante elle-même. L'accent est mis sur la détermination du préjudice concurrentiel significatif résultant du comportement des entreprises dominantes.
32. L'article 18 doit être lu conjointement avec l'article 2, qui dispose que le Règlement interdit « les pratiques commerciales restrictives et d'autres limitations qui découragent le fonctionnement efficace du marché ainsi qu'à augmenter le bien-être des consommateurs dans le Marché commun, et à protéger les consommateurs contre les comportements nuisibles des acteurs du marché ». En vertu de l'article 2 du Règlement, un comportement qui engendre l'un des effets énumérés à l'article 18, paragraphe 1 du Règlement peut donc constituer un abus s'il nuit à la concurrence et au bien-être des consommateurs.

33. La Commission déterminera si le comportement d'une entreprise dominante constitue un abus de position dominante sur la base de facteurs objectifs. La preuve de l'intention subjective de la part de l'entreprise dominante de limiter la concurrence est un facteur pertinent qui peut être pris en compte, mais elle ne constitue pas une condition nécessaire.
34. Pour déterminer l'existence d'un abus, la Commission examinera l'effet probable du comportement d'une entreprise dominante plutôt que la forme du comportement.

Abus entravant les échanges entre États membres

35. Un abus présumé « peut influencer sur le commerce entre États membres » au sens de l'article 18, paragraphe 1 du Règlement si le comportement peut avoir une influence sensible directe ou indirecte ou réelle ou potentielle sur la configuration des échanges entre les États membres. Les pratiques qui ne portent pas sensiblement atteinte aux échanges entre États membres ne relèvent pas du champ d'application du Règlement.
36. Les effets réels ou potentiels nécessaires sur le commerce entre États membres peuvent se produire sur le marché de produits directement lié (effets directs) ou sur le marché de produits lié (effets indirects), comme les marchés en aval ou en amont.
37. L'évaluation doit être effectuée sur la base de facteurs objectifs tels que la nature du comportement, la nature des produits ou services, la position sur le marché des entreprises concernées et le contexte juridique et factuel. L'intention de nuire au commerce entre États membres n'est pas nécessaire, même s'il s'agit d'un facteur pertinent à prendre en ligne de compte lorsque cette intention est établie.
38. L'influence, directe ou indirecte et réelle ou potentielle, sur la structure du commerce entre États membres doit être sensible. Plus la position des parties sur le marché est forte, plus la pratique est susceptible de nuire au commerce entre États membres. Les pratiques dans un seul État membre peuvent également nuire au commerce entre États membres. Par exemple, une interdiction d'exportation imposée par un fournisseur à un distributeur, lui empêchant toute réimportation dans l'État membre, pourrait avoir une incidence sur le commerce entre États membres.
39. Cela est particulièrement vrai lorsqu'il existe un différentiel important entre les prix pratiqués sur les différents territoires, lorsque ce différentiel ne pourrait pas être érodé par les droits de douane et les frais de transport et lorsque des volumes importants d'un produit pourraient être exportés du pays tiers vers l'État membre.

SECTION 6 : L'ANALYSE DE CERTAINS COMPORTEMENTS SPÉCIFIQUES LIÉS À L'ABUS D'UNE POSITION DOMINANTE

40. L'article 18 du Règlement interdit les pratiques d'exclusion et d'exploitation par les entreprises dominantes.
41. Les pratiques d'exclusion renvoient à celles qui :
 - a) limitent ou qui risquent de limiter l'entrée d'une entreprise quelconque sur un marché ;
 - b) empêchent ou découragent ou qui risquent d'empêcher ou de décourager une entreprise quelconque de se lancer dans la concurrence sur un marché ;

- c) éliminent ou enlèvent ou qui risquent d'éliminer ou d'enlever une entreprise quelconque d'un marché ;
 - d) imposent, directement ou indirectement, des prix d'achat ou de vente injustes ou d'autres pratiques restrictives ; ou
 - e) [dans le cadre d'un contrat] rendent la conclusion d'un tel contrat assujettie à l'acceptation par l'autre partie d'obligations supplémentaires qui, par leur nature ou selon la pratique commerciale, n'ont pas de rapport avec l'objet dudit contrat.
42. Les pratiques d'exploitation sont des abus commis par l'entreprise dominante qui exploite directement et de manière significative les fournisseurs ou les clients en tirant parti de son pouvoir sur le marché. Ce sont par exemple des comportements qui :
- a) limitent la production des biens ou services pour un marché au détriment des consommateurs ;
 - b) aboutissent à l'exploitation de ses clients ou fournisseurs, de manière à saper les avantages attendus de l'établissement du Marché commun ; ou
 - c) imposent, directement ou indirectement, des prix d'achat ou de vente injustes ou d'autres pratiques restrictives.

La présente section traite de certains cas spécifiques d'abus de position dominante.

Achat exclusif

43. L'achat exclusif désigne l'obligation pour un client de s'approvisionner exclusivement ou dans une large mesure auprès de l'entreprise dominante sur un marché spécifique. La Commission estime qu'un client effectue un achat exclusif lorsqu'il se retrouve dans l'obligation d'acheter au moins 50 % de ses besoins auprès d'une entreprise dominante.
44. Une obligation d'achat exclusif peut constituer un abus de position dominante si elle influe de manière significative sur le marché et entraîne une éviction anticoncurrentielle. Dans son évaluation, la Commission tiendra compte notamment : (i) des pressions concurrentielles exercées par les concurrents actuels et potentiels ; (ii) de la stabilité des parts de marché ; (iii) de la probabilité de nouvel entrant ; (iv) de la partie du marché touchée par un tel comportement ; et (v) de la durée de l'obligation d'achat exclusif.
45. La Commission estime que les obligations d'exclusivité de longue durée sont plus susceptibles d'entraîner une éviction du marché que les obligations de courte durée. Les durées longues ou courtes seront déterminées au cas par cas. Cependant, la Commission traitera une durée de deux ans ou plus comme étant longue. Dans les deux cas, la Commission considère que l'entreprise dominante doit être un partenaire commercial incontournable pour la plupart des clients.
46. Dans certains cas, des obligations d'achat de courte durée peuvent entraîner une éviction anticoncurrentielle si l'entreprise dominante est un partenaire commercial incontournable de l'ensemble ou de la plupart des clients.
47. En revanche, une obligation d'achat exclusif ne constitue pas une violation du Règlement si seulement une petite partie du marché en cause est touchée, de sorte qu'il subsiste une demande suffisante sur le marché pour permettre à des concurrents tout aussi efficaces ou potentiels de se livrer à une concurrence viable sur un plan d'égalité pour la demande totale de chaque client individuel.

48. Les mêmes principes s'appliqueraient aux obligations de fourniture exclusive en vertu desquelles un fournisseur se voit obliger par l'entreprise dominante d'opérer exclusivement ou dans une large mesure pour le compte de celle-ci sur un marché spécifique.

Rabais conditionnels

49. L'expression « rabais conditionnels » renvoie à un comportement par lequel un client se voit accorder un rabais si ses achats pendant une période donnée dépassent un seuil prédéterminé. Aucun rabais n'est accordé si le seuil n'est pas atteint à la fin de ladite période. Le seuil peut être exprimé en volume ou en pourcentage des besoins du client. Les rabais conditionnels peuvent s'appliquer de façon rétroactive, c'est-à-dire s'appliquer au volume total des produits achetés au cours de la période donnée ; ou s'appliquer de façon progressive, c'est-à-dire qu'ils peuvent s'appliquer aux unités achetées après que le seuil a été atteint. Toutefois, d'un point de vue économique, les deux types de rabais ont des effets similaires. Les rabais d'exclusivité seront évalués selon les mêmes principes applicables à une obligation d'exclusivité.
50. Les rabais constituent une pratique extrêmement courante et profitent en général directement aux consommateurs, car ils permettent de réduire les prix. Toutefois, les rabais conditionnels accordés par une entreprise dominante peuvent constituer un abus de position dominante si elle exclut des concurrents aussi efficaces et des concurrents potentiels, réduisant ainsi le niveau de concurrence sur le marché au détriment des consommateurs à long terme. Les rabais uniformisés sur volume sont généralement moins susceptibles de poser des problèmes de concurrence que les rabais personnalisés adaptés à chaque client. Toutefois, la Commission fondera son évaluation de la compatibilité d'un système de rabais essentiellement sur la base de son effet probable plutôt que sur sa structure.
51. La Commission présumera généralement qu'un rabais conditionnel est abusif si le prix effectif des produits ou des services, après l'application du rabais, est inférieur à la moyenne des coûts variables de l'entreprise dominante. Ceci s'appliquera que le rabais concerne la quantité achetée après que le seuil du rabais progressif a été atteint ou la partie contestable de la demande de rabais rétroactif.
52. La Commission tiendra également compte d'autres facteurs. Par exemple, les rabais assortis des périodes données plus courtes (moins d'un an) sont généralement moins susceptibles d'avoir des effets anticoncurrentiels, car la concurrence pour les besoins du client recommence à la fin de chaque période donnée. La Commission estime également que les rabais caractérisés par un manque de critères transparents sont plus susceptibles de soulever des problèmes de concurrence. La Commission tiendra également compte du pouvoir compensatoire des acheteurs et de la partie touchée du marché en cause.

Ventes liées et groupées et rabais multiproduits

53. La **vente liée** renvoie à des situations où les clients qui achètent un produit (produit liant) sont également tenus d'acheter un autre produit (produit lié) auprès de l'entreprise dominante. La vente liée peut résulter d'une stipulation contractuelle expresse ou d'un refus unilatéral de fournir le produit liant jusqu'à ce que le produit lié soit également acheté. La vente liée peut également avoir des raisons techniques. La vente liée pour des raisons techniques intervient si le produit lié est intégré au produit liant, de sorte qu'il est impossible d'en acheter un seul ; ou si le produit liant est conçu de telle manière qu'il ne fonctionne correctement qu'avec le produit lié.

54. La **vente groupée** renvoie aux modalités selon lesquelles les produits sont proposés et leurs prix fixés par l'entreprise dominante comme une seule offre. La vente groupée pure concerne la situation où les produits ne sont vendus qu'ensemble, dans des proportions fixes.
55. D'autre part, **un rabais multiproduits** ou **une vente groupée mixte** désigne une situation dans laquelle les produits sont également disponibles séparément, mais la somme des prix de chacun des produits du groupe vendu séparément est supérieure au prix total résultant de la vente groupée.
56. La Commission traitera ces comportements comme une violation de l'article 18 paragraphe 1 du Règlement uniquement si les trois conditions cumulatives suivantes sont remplies :
- a) premièrement, l'entreprise occupe une position dominante sur le marché du produit primaire¹ ;
 - b) deuxièmement, les produits sont des produits distincts du point de vue du consommateur. La Commission déterminera si, en l'absence d'un tel comportement, de nombreux consommateurs auraient acheté les produits auprès de l'entreprise dominante sans le produit lié, ce qui peut notamment être démontré par la présence sur le marché de producteurs spécialisés uniquement dans la fabrication et vente d'un des deux produits ; et
 - c) troisièmement, ces comportements sont susceptibles d'entraîner une éviction. Les comportements peuvent également avoir des effets anticoncurrentiels sur les marchés en cause, même lorsqu'ils visent à protéger la position de l'entreprise dominante. Le comportement a pour effet d'évincer des concurrents du marché lié.
57. La Commission aura tendance à considérer un rabais multiproduits comme anticoncurrentiel sur le marché lié ou groupé lorsqu'il est si élevé que des concurrents aussi efficace ne proposant que quelques-uns seulement des composants ne sont pas à même de concurrencer le groupe de produits pour lequel il est accordé.

Prix d'éviction

58. La notion de prix d'éviction renvoie à une situation dans laquelle une entreprise dominante pratique délibérément des prix inférieurs aux prix de revient et subit des pertes à court terme dans le but d'évincer un concurrent existant ou un nouvel entrant potentiel et augmente ensuite ses prix. Une fois le concurrent évincé, l'entreprise dominante augmentera à nouveau ses prix, généralement à un niveau supra-concurrentiel, ce qui nuit aux consommateurs.
59. Les prix bas favorisent la concurrence et profitent aux consommateurs. Afin de déterminer si une entreprise dominante pratique des prix d'éviction, la Commission examinera si l'entreprise dominante subit des pertes qu'elle aurait évitées par rapport à des options économiquement rationnelles et pratiques qui devraient être raisonnablement plus rentables, sans éliminer des concurrents.
60. La Commission considère qu'une entreprise dominante adopte un comportement prédateur si elle fixe un prix au-dessous du coût variable moyen pendant une longue période, sous réserve des conditions du marché. Il n'est pas nécessaire de prouver

¹ Le produit avec lequel les autres produits sont groupés ou liés

qu'une récupération a eu lieu ou que les pertes initiales ont effectivement été récupérées avant de parvenir à une conclusion de prédation.

61. La Commission tiendra également compte d'autres facteurs, comme la preuve directe d'un plan visant à exclure des concurrents, la probabilité que des concurrents aussi efficaces soient entrés sur le marché en l'absence du comportement en question ou la période pendant laquelle les prix bas ont été maintenus. La Commission estime que les prix ciblés inférieurs aux coûts de revient et excluant certains concurrents sont plus susceptibles d'être prédateurs. Il n'est pas nécessaire de prouver que les concurrents ont effectivement quitté le marché à la suite d'une prédation, bien qu'il soit essentiel de démontrer le préjudice causé au consommateur par suite du comportement prédateur de l'entreprise dominante.
62. Si l'entreprise dominante maintient un prix bas pendant une longue période, ce prix ressemblerait à un prix bas durable plutôt qu'à un prix d'éviction et il est peu probable que le comportement de l'entreprise dominante constitue un prix d'éviction. Il serait toutefois important d'évaluer si un concurrent aussi efficace aurait survécu dans le scénario de marché particulier.

Refus de vente ou de fourniture

63. Les entreprises dominantes sont en principe libres de décider de conclure de contrats ou non et de choisir leurs partenaires commerciaux. L'imposition d'une obligation excessive de fourniture peut décourager les entreprises d'investir ou encourager le parasitisme des investissements réalisés par les entreprises dominantes. Toutefois, le refus unilatéral d'une entreprise dominante de fournir des biens ou des services peut entraîner une violation de l'article 18, paragraphe 1 du Règlement dans des circonstances exceptionnelles.
64. Des refus problématiques de fourniture peuvent généralement survenir lorsque l'entreprise dominante sur un marché est également en concurrence avec ses clients sur un marché en aval. La Commission considérera généralement qu'un refus de fourniture est abusif si les conditions cumulatives suivantes sont remplies :
 - a) lorsqu'un refus porte sur un produit, un service ou une facilité essentielle qui est objectivement nécessaire pour que l'entreprise puisse exercer une concurrence efficace sur un marché en aval. Le caractère indispensable ne s'applique pas si des solutions de substitution - bien que moins avantageuses - sont disponibles et qui permettent à des concurrents efficaces de rester de façon viable sur le marché. Une facilité est susceptible d'être essentielle si :
 - i. l'accès est indispensable pour se livrer à la concurrence sur le marché en cause ; et
 - ii. lorsque la duplication est très difficile en raison des contraintes physiques, géographiques ou juridiques ;
 - b) lorsqu'un refus est susceptible d'entraîner l'élimination d'une concurrence effective ou d'empêcher son émergence sur le marché en aval. Plus la part de marché est élevée et moins l'entreprise dominante est confrontée à des contraintes de capacité, plus la possibilité que la concurrence effective soit éliminée est élevée ;
 - c) lorsqu'un refus est susceptible de léser les consommateurs. Tel sera notamment le cas si le refus est susceptible d'empêcher l'innovation ou de limiter le développement technique, par exemple en empêchant l'émergence d'un nouveau produit qui ne soit pas une pure réplique du produit de l'entreprise dominante.

- d) Lorsque l'obligation de vente n'entrave pas considérablement les incitations de l'entreprise dominante à l'invention et qu'un tel refus n'est pas autrement objectivement justifié.
65. Un refus de vente peut se présenter sous plusieurs formes, allant du refus catégorique à des formes plus subtiles telles que la compression des marges. La compression des marges décrit une situation dans laquelle l'entreprise dominante pratique un prix pour le produit sur le marché en amont qui, comparé à celui qu'elle pratique sur le marché en aval, ne permet pas à un concurrent aussi efficace d'exercer rentablement et durablement des activités sur le marché en aval. Par exemple, l'exploitation en aval de l'entreprise dominante ne serait pas rentable si l'entreprise dominante pratiquait en interne le prix qu'elle facture à son concurrent en aval.

Prix excessifs

66. La Commission considère les prix excessifs dans le cas où des entreprises dominantes exploitent indûment les consommateurs en se prévalant de leur pouvoir sur le marché pour pratiquer des prix nettement excessifs ou imposer des conditions injustes et injustifiées, ce qui peut constituer une exploitation abusive de position dominante.
67. La Commission évaluera d'abord si : (i) le marché est caractérisé par de fortes barrières à l'entrée ; (ii) les consommateurs ne disposent pas d'alternatives crédibles aux produits ou aux services de l'entreprise dominante ; et (iii) les entreprises se livrent à la concurrence dans un environnement développé où l'investissement et l'innovation exercent une influence négligeable ou nulle.
68. En l'absence d'au moins une de ces conditions de marché, la Commission estime qu'il est peu probable que des prix très élevés puissent constituer des prix excessifs et abusifs. En effet, les prix élevés peuvent être régulés par les nouveaux entrants ou l'innovation.
69. Si les conditions de marché sont remplies, la Commission déterminera si les prix réellement pratiqués sont largement supérieurs :
- a) aux frais réellement engagés;
 - b) au prix qui aurait été pratiqué par une entreprise efficace sur un marché concurrentiel ; et
 - c) aux prix des produits concurrents ou pratiqués sur des marchés géographiques comparables.
70. Un prix ne sera traité comme excessif que si l'écart par rapport aux critères de coûts/prix susmentionnés est considérable.

SECTION 7- DIVERS

Pénalités et amendes générales

71. L'article 8, paragraphe 5 du Règlement stipule que toute personne qui enfreint ou ne respecte pas tout règlement ou toute règle définie, ou toute directive ou ordonnance légalement prise, ou toute exigence légalement imposée aux termes du Règlement ou de toute règle, pour lesquels aucune pénalité n'est prévue, il est déterminé que ladite personne a contrevenu au Règlement et ladite personne est passible, conformément à cette détermination, d'une amende (d'un montant que les règles fixent) ou/et de toute autre pénalité qui peut être établie.

Révision des Directives

72. Les présentes directives peuvent être révisées de temps à autre pour tenir compte de l'évolution des circonstances du marché et de la législation régissant leur mise en œuvre.

Mise en vigueur

73. Les présentes directives entrent en vigueur dès leur approbation par le Conseil des commissaires.

APPROUVÉ par le Conseil des commissaires à Mombasa, Kenya le 2 avril 2019.