

**OBSERVATIONS DE L'AFEC SUR LES GUIDELINES DE LA COMMISSION
RELATIVES AUX ABUS D'ÉVICTION**

20 Avril 2023

L'Association française d'Etude de la Concurrence (AFEC) est une association indépendante créée en 1952. Elle regroupe des spécialistes du droit de la concurrence provenant de toutes les professions de ce secteur, professeurs de droit et d'économie, magistrats, membres de l'Administration (DGCCRF), membres de l'Autorité de la concurrence, avocats, juristes d'entreprise, représentants de syndicats professionnels, étudiants. L'AFEC est le Groupe Français de la Ligue Internationale du Droit de la Concurrence.

Dans le cadre de son objet, l'AFEC formule, grâce à la diversité de ses représentants, des observations techniques sur les projets de loi et projets de textes de toute nature qui sont susceptibles d'avoir un impact sur le droit de la concurrence.

Un groupe de travail, composé de membres de l'AFEC¹, s'est réuni pour émettre des observations tant sur la communication de la Commission du 27 mars 2023, sur ses priorités en matière de pratiques d'exclusion que sur le principe de nouvelles lignes directrices sur ce même sujet.

Introduction

Le 27 mars 2023, la Commission a modifié sa Communication sur ses priorités relatives à l'application de l'article 82 (devenu 102 TFUE) (ci-après la « Communication »)². Le même jour, elle a annoncé lancer le processus conduisant à l'adoption de Lignes Directrices sur les abus d'éviction, au sujet desquelles elle souhaite recueillir l'avis des parties intéressées. Si la Commission n'a pas présenté, à ce stade, de projet de Lignes Directrices, elle a néanmoins publié un Policy Brief, expliquant les modifications apportées à la Communication et susceptible également d'indiquer les orientations qu'elle entend donner à ces Lignes Directrices.

L'AFEC regrette qu'aucune consultation n'ait été lancée sur la modification de la Communication sur les priorités de la Commission en matière d'application de l'article 102 TFUE. L'AFEC émettra donc des observations sur les modifications apportées par la Commission à sa Communication.

A titre liminaire, il convient de relever que la Commission souhaite introduire des modifications qui auront pour effet d'élargir le champ des priorités de sa Direction générale de la concurrence au titre de

¹ Ce Groupe de travail était animé par Muriel Chagny, Mathilde Boudou (JCCA) Thierry Boillot et Michel Ponsard (UGGC Avocats). Il comprenait Lauren Mechri (Fieldfisher), Cynthia Picart, Mélanie Ravoisier-Ranson et Jean-Paul Tjen (Cabinet Picart), Tanguy Houdusse (UGGC), Thibaut Marcerou (Osborne Clarke), Caroline Cazaux et Mathilde Bauwens (Bignon Lebray), Jérémy Bernard (Delcade), Etienne Pfister (RBB Economics), Hélène Bourguignon et Anastasia Shchepetova (OXERA), Jean-Louis FOURGOUX (Mermoz Avocats), Michael Cousin (Addleshaw Goddard) et Lénaïc GODARD (Magenta). Les membres du groupe de travail ont participé à cette contribution en leur nom personnel – les points de vue exprimés n'engagent donc pas leurs institutions respectives.

²https://competition-policy.ec.europa.eu/system/files/2023-03/20230327_amending_communication_art_102_0.pdf,
https://competition-policy.ec.europa.eu/system/files/2023-03/20230327_amending_communication_art_102_annex.pdf
et https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_23_1911.

l'application de l'article 102 du TFUE, alors que celle-ci ne cesse de réclamer des moyens supplémentaires pour ses services, particulièrement depuis l'adoption du règlement (UE) 2022/1925 du 14 septembre 2022 relatif aux marchés contestables et équitables dans le secteur numérique et modifiant les directives (UE) 2019/1937 et (UE) 2020/1828, dit « DMA », et du règlement (UE) 2022/2065 du 19 octobre 2022 relatif à un marché unique des services numériques et modifiant la directive 2000/31/CE (règlement sur les services numériques), dit « DSA ». La Commission ne fait d'ailleurs aucune référence au *Digital Market Act*, et laisse, en conséquence, toujours ouverte la question de l'articulation de ce texte avec les règles de concurrence alors que l'existence de ce DMA modifie vraisemblablement les priorités d'application de l'article 102.

Dans ces conditions, il apparaît surprenant pour la Commission de chercher à accroître le nombre d'hypothèses prioritaires en matière de répression des abus de position dominante. Une telle extension de son champ d'intervention prioritaire sans adaptation en parallèle des ressources de sa Direction générale de la concurrence risque de la conduire à renoncer à enquêter, en vertu de son pouvoir d'opportunité des poursuites, sur des comportements qui pourtant relèveraient des Orientations telles que modifiées. Cette situation présenterait une incertitude importante pour tout plaignant qui ne pourrait même plus se reposer sur ces Orientations pour déterminer les chances de voir sa plainte accueillie.

La présente note revient sur certaines de ces orientations. Nous discutons d'abord, dans une section A, les questions de principes et de priorité avant d'envisager dans une section B les éléments qui pourraient nourrir un projet de lignes directrices.

A – Observations sur la Communication de la Commission concernant les orientations devant guider de futures lignes directrices

Nous nous félicitons de la volonté de la Commission de continuer à analyser les abus de position dominante au travers d'une analyse par les effets, par opposition à une analyse fondée sur la « forme » (ou le « type ») de la pratique. En effet, les comportements susceptibles d'être qualifiés d'abus de position dominante (certains prix bas, certains types de remises, certains types de ventes couplées, etc.) ont fréquemment des effets ambigus sur la concurrence. Ce n'est que dans certaines circonstances, tenant aux caractéristiques de la pratique mise en œuvre et à celles du marché où elle est déployée, que des effets anticoncurrentiels potentiels peuvent leur être associés. Nous considérons que cette position devra être réaffirmée clairement dans les futures lignes directrices.

Cependant, par rapport à la précédente version de la Communication, la nouvelle version, ainsi que le Policy Brief également publié par la Commission européenne, laissent transparaître un assouplissement très significatif du standard de preuve. Il en va en particulier ainsi, s'agissant de l'attention portée à l'éviction de concurrents moins efficaces, du recours moindre aux tests du concurrent aussi efficace et de la moindre portée du critère relatif au caractère indispensable des actifs auxquels un accès est refusé. Ces trois différents aspects sont discutés plus en détail dans les points 3, 4 et 5 de cette note. Mais il en va également ainsi de la mise en balance des effets positifs et négatifs des pratiques mises en œuvre (point 1 ci-dessous) et du caractère hypothétique ou réel de ces effets (point 2 ci-dessous).

1/ Sur la mise en balance des effets positifs et négatifs des pratiques d'éviction

Il nous semble en premier lieu que l'assouplissement introduit par la Communication et le Policy Brief rend l'application de l'article 102 moins équilibrée (d'aucuns préféreront dire « plus déséquilibrée »). En effet, compte tenu de leurs effets ambigus sur le bien-être des consommateurs et l'efficacité économique, les pratiques d'abus de position dominante devraient être analysées au travers d'une mise

en balance de leurs effets positifs et négatifs probables. En pratique, cependant, la grille d'analyse de la Commission européenne (et des autorités nationales européennes de concurrence) est différente. Dans un premier temps, la Commission évalue si la pratique a des effets négatifs probables sur la concurrence, en particulier si cette pratique risque d'entraîner l'éviction de concurrents. Dans un second temps, l'entreprise dominante a la faculté de mettre en avant des justifications objectives et des gains d'efficacité susceptibles de compenser les effets de sa pratique sur la concurrence, à condition que ces effets positifs soient suffisamment étayés et que la pratique reprochée soit indispensable à leur obtention.

Cette grille d'analyse en deux étapes nécessite que la première étape de l'analyse soit soumise à un standard de preuve relativement exigeant pour que seules les pratiques réellement susceptibles d'affecter négativement la concurrence soient dissuadées. Dans le cas contraire, compte tenu des difficultés pour étayer, à suffisance de droit, les effets positifs susceptibles d'être générés par leurs pratiques, les entreprises dominantes s'abstiendront de tout comportement ambigu, en dépit de leurs effets positifs éventuels pour les consommateurs ou l'efficacité économique en général. Dit autrement, assouplir le standard de preuve de la première étape de l'analyse sans en parallèle assouplir le standard de preuve appliqué à la démonstration des effets positifs des pratiques accroît logiquement le risque que des comportements pro-concurrentiels ne soient pas adoptés par des entreprises soucieuses d'éviter tout risque d'infraction. En ce sens, l'assouplissement du standard de preuve vers lequel s'oriente la Commission, qui ne concerne que la première phase de son examen et non celle portant sur les effets positifs éventuels des pratiques reprochées, modifie de façon significative l'équilibre précédemment instauré entre l'examen des effets négatifs d'une pratique et celui de ses effets positifs.

Il n'est pas exclu que pour certains types de pratiques, sur certains types de marchés, l'application de l'article 102 se heurte aujourd'hui à trop d'obstacles ou soit d'une efficacité incertaine. Toutefois, le Policy Brief de la Commission est à cet égard très peu disert. De plus, à supposer que tel soit le cas et à défaut d'une mise en balance plus circonstanciée des effets positifs et négatifs des pratiques, il faut minimiser le risque que les assouplissements envisagés ne dissuadent les entreprises dominantes d'adopter des comportements qui soient *in fine* bénéfiques pour les consommateurs et l'efficacité économique. Pour cela, la manière dont sera mis en œuvre l'assouplissement du standard de preuve envisagé par la Commission (modalités concrètes d'examen des pratiques au regard du standard proposé) et les circonstances (type de pratique, type de marché) dans lesquelles cet assouplissement entrera en vigueur devront être suffisamment détaillées dans les lignes directrices, à défaut de l'être à ce stade dans la Communication et le Policy Brief, comme l'illustrent les sections suivantes de cette note.

2/ Sur le caractère hypothétique ou réel des effets des pratiques d'éviction

En deuxième lieu, s'agissant de l'évaluation des effets anticoncurrentiels (i.e., la première étape de l'analyse de la Commission), la Commission indique que la jurisprudence établit que ces effets n'ont pas besoin d'être concrets, ni même observés : il suffit qu'ils soient potentiellement probables et qu'ils soient plus qu'hypothétiques. De même, elle déclare que le fait qu'un comportement n'ait finalement pas été couronné de succès ne devrait pas modifier sa qualification d'abusif.

La Commission ne serait donc pas tenue d'identifier les effets anticoncurrentiels réels, mais devrait seulement démontrer que les effets potentiels ne sont pas simplement « hypothétiques ». La notion d'effets potentiels telle qu'employée par la Commission combine en outre les effets « possibles », « probables » et « vraisemblables ».

De telles modalités d'évaluation des effets anticoncurrentielles, que l'on peut retrouver lors de l'analyse d'opérations de concentration ou de certaines restrictions verticales, posent les mêmes difficultés d'interprétation et induisent la même incertitude quant au caractère licite ou illicite d'un comportement

donné. Il serait donc nécessaire d'apporter des précisions quant au niveau de preuve à établir. Quelle doit notamment être la probabilité de l'effet pour qu'il ne soit pas considéré comme simplement « hypothétique » ?

En outre, si l'on peut comprendre que la Commission souhaite pouvoir considérer certains comportements comme étant systématiquement anticoncurrentiels, i.e., sans avoir à assumer toute la charge de la preuve nécessaire à l'établissement des effets anticoncurrentiels, il nous semble qu'une telle approche doit être limitée aux seuls abus, vraisemblablement très peu nombreux, dont les effets anticoncurrentiels ne font absolument aucun doute.

Pour tous les autres cas d'abus, les orientations de la Commission doivent à tout le moins laisser ouverte la possibilité pour le défendeur, en particulier pour un comportement qui a été effectivement mis en œuvre dans la pratique, d'utiliser l'absence de preuve de succès (et les raisons pour lesquelles ce comportement n'a pas été couronné de succès) pour expliquer pourquoi ce comportement n'était pas susceptible d'être anticoncurrentiel. La Commission devrait s'engager à analyser cette défense dans ses futures lignes directrices.

3/ Sur l'éviction de concurrents moins efficaces

Le Policy Brief de la Commission européenne semble indiquer que la Commission européenne est désormais plus encline à considérer que, dans certaines circonstances, l'article 102 devrait également s'appliquer aux comportements susceptibles de n'évincer que des concurrents moins efficaces que l'entreprise dominante. La Commission explique notamment que ces concurrents moins efficaces pourraient, à terme, devenir des concurrents aussi efficaces que l'entreprise dominante et qu'ils sont en mesure, en dépit de leur moindre efficacité, de contraindre le comportement de l'entreprise dominante. Nous convenons que dans certaines circonstances, l'exclusion d'un concurrent qui n'est pas (encore) aussi efficace que l'entreprise dominante peut être néfaste pour le bien-être des consommateurs et nécessite donc d'être sanctionnée et dissuadée.

Cependant, les inconvénients d'un tel élargissement du champ de l'article 102 sont importants. En effet, la prise en compte de l'éviction de concurrents moins efficaces risque de dissuader des entreprises en situation de dominance d'adopter des comportements, comme des prix bas, des rabais, des couplages, etc., qui peuvent accroître l'efficacité économique et/ou accroître l'intensité de la concurrence sans néanmoins faire courir à des entreprises aussi efficaces un risque d'éviction ou de marginalisation. L'entreprise ne pourra en effet adopter des comportements aussi agressifs qu'auparavant de crainte d'entraîner, potentiellement, l'éviction de concurrents moins efficaces.

Ce risque est d'autant plus grand que l'entreprise dominante ne sera pas en mesure de déterminer avec suffisamment de certitude si le comportement qu'elle entend adopter est de nature à évincer un concurrent moins efficace, puisqu'elle ne sait pas à quel point ce concurrent est moins efficace qu'elle, ni à quel point la Commission entend protéger ce concurrent moins efficace. Concrètement, dans le cas d'une pratique de prix par exemple, au lieu de comparer ses prix à ses propres coûts de production, l'entreprise dominante devra comparer ses prix à une mesure des coûts de production de ses concurrents moins efficaces, ce qu'elle n'est évidemment pas en mesure de faire³. Pour éviter tout risque d'infraction, l'entreprise dominante choisira donc de ne plus pratiquer des prix trop agressifs, au détriment des consommateurs.

³ La Cour de Justice a d'ailleurs déjà souligné ce point, par exemple dans son arrêt *Deutsche Telekom/Commission*, C-280/08 P, point 202.

De plus, l'élargissement du champ de l'article 102 à l'éviction de concurrents moins efficaces implique également une distorsion de la logique interne à l'application de l'article 102. En effet, lorsqu'une entreprise pratique un prix inférieur à ses coûts variables de production, elle sacrifie une partie de ses profits. Il est alors, dans une certaine mesure, compréhensible qu'une autorité de concurrence considère que peu d'éléments supplémentaires aient à être rassemblés pour démontrer un abus. Par exemple, dans ces circonstances, la Commission n'a pas à s'interroger sur la possibilité de récupération des pertes de l'entreprise dominante (le sacrifice d'une partie des profits de l'entreprise dominante n'a en effet de sens que si l'entreprise dominante est à même de compenser ultérieurement ce sacrifice par des profits supra-concurrentiels)⁴. A l'inverse, un prix qui demeure supérieur aux coûts de l'entreprise dominante mais qui est inférieur aux coûts des concurrents moins efficaces n'entraîne pas nécessairement de sacrifice pour l'entreprise dominante : pour qualifier un tel prix d'abusif, il (re)devient donc pertinent de s'interroger sur la possibilité d'une hausse des prix ultérieure afin de vérifier que la logique guidant la pratique de tarification de l'entreprise est bien l'éviction de ses concurrents.

Pour limiter ce risque d'atténuation de la concurrence et de l'efficacité économique et pour préserver la cohérence des règles encadrant la démonstration de l'existence d'un abus de position dominante, il nous semble que l'utilisation d'un tel standard d'analyse doit être réservée à des circonstances très spécifiques que la Commission devra, dans la mesure du possible, identifier dans ses lignes directrices. De plus, la Commission devra expliquer quels sont les comportements qu'une entreprise dominante, placée dans des circonstances où les concurrents moins efficaces qu'elle seront considérés comme dignes de protection par l'article 102, pourra adopter sans commettre une infraction.

4/ Sur le test du concurrent aussi efficace (ou AEC)

Dans son Policy Brief, la Commission explique que selon la jurisprudence, hormis dans les cas de prédation et de ciseau tarifaire, le test du concurrent aussi efficace n'est qu'un outil parmi d'autres pour déterminer, en tenant compte de toutes les autres circonstances pertinentes, si un comportement est susceptible de produire des effets d'exclusion. Elle met également en avant les difficultés de réalisation de ce test. Elle considère enfin que pour l'analyse de certains comportements comme les remises d'exclusivité, ce n'est que de façon exceptionnelle qu'un tel test serait approprié. Il nous semble que la présentation de la Commission nécessiterait sur ce point d'être amendée.

En effet, premièrement, comme l'indique l'arrêt Unilever⁵, la Commission est tenue d'évaluer la valeur probante de ces tests lorsqu'ils lui sont soumis par les entreprises mises en cause, non seulement pour l'analyse de rabais d'exclusivité, mais aussi pour l'analyse d'autres comportements. La valeur probante de ce test n'a donc pas fondamentalement été remise en cause par les juridictions et la Commission ne peut en conséquence conclure « in abstracto » à l'absence de pertinence du test du concurrent aussi efficace pour l'analyse de certains types de comportements. Au demeurant, un tel mode de raisonnement s'apparente fortement à la logique « formaliste » que la Commission dit souhaiter abandonner au profit d'une analyse par les effets.

Deuxièmement, si ce test présente des inconvénients, notamment en raison des données qu'il requiert, il présente également l'avantage de pouvoir mettre en perspective les différentes caractéristiques d'une pratique (par exemple, dans le cas de rabais fidélisant ou d'exclusivité, les seuils de remise et les niveaux de remise) et d'un secteur (comme la part non-contestable de l'entreprise dominante, le niveau de marge des entreprises) pour apprécier l'importance du sacrifice que doivent consentir les entreprises

⁴ Cf. Policy Brief, pp. 4-5.

⁵ Arrêt C-680/20, Points 59 et 62. Voir également l'Arrêt Intel T-286/09 RENV, dans lequel le Tribunal a estimé que le test AEC présenté par la Commission était incomplet.

concurrentes pour demeurer viables. Ce risque peut ensuite être mis en parallèle avec l'ensemble des autres circonstances pertinentes, comme la part de marché couverte par la pratique, la durée de la pratique et les éventuels gains d'efficience permis par cette pratique, pour conclure au caractère anticoncurrentiel ou à l'innocuité du comportement de l'entreprise dominante.

Troisièmement, si les contraintes de données peuvent rendre un test du concurrent aussi efficace moins précis, la réalisation de ce test peut, en dépit des approximations auxquelles il faudra procéder, permettre de fournir des informations très pertinentes sur les effets potentiels d'une pratique. Concrètement, même s'il doit reposer sur certaines approximations (par exemple sur le niveau de part non-contestable), un tel test peut montrer qu'une pratique n'est vraisemblablement pas en mesure d'impacter significativement des concurrents ou, à l'inverse, qu'une pratique contraint vraisemblablement ces derniers à pratiquer des prix très inférieurs à leurs coûts.

Il ne s'agit évidemment pas de faire de ce test le seul critère pour décider de l'existence d'un abus d'éviction. D'autres facteurs comme, la durée des pratiques, leur ampleur sur le marché et leur impact probable sur la concurrence et les consommateurs sont également à prendre en compte dans l'analyse de l'abus, à charge comme à décharge. Néanmoins, le test AEC est un outil particulièrement utile pour évaluer l'importance des effets anticoncurrentiels potentiels associés à un comportement. Lorsqu'elle estimera qu'un tel test, utilisé par des mis en cause, n'est pas suffisamment probant, la Commission devra en expliciter les raisons.

Le constat dressé par la Commission à l'égard du test du concurrent aussi efficace nous semble donc exagérément sévère ; nous considérons que les futures lignes directrices devront rappeler que la pertinence de ces tests doit être évaluée, non en fonction du type de pratiques soumis à l'examen de la Commission, mais en fonction des informations effectivement apportées par ces tests, comme le prévoit désormais la jurisprudence.

5/ Sur le critère d'indispensabilité dans les affaires de refus d'accès

Dans son Policy Brief et dans sa Communication révisée, la Commission européenne distingue les refus d'accès « purs »⁶ des refus d'accès « constructifs » (i.e., les refus d'accès prenant la forme d'un accès dégradé ou aux conditions déraisonnables) et des « ciseaux tarifaires », pratiques auxquelles le critère d'indispensabilité ne s'applique pas.

Si le Policy Brief de la Commission se réfère à la jurisprudence de la Cour, il nous semble néanmoins important de rappeler qu'une telle grille d'analyse peut emporter des effets négatifs sur la concurrence et l'efficience économique.

En effet, premièrement, de la même manière que le test du concurrent aussi efficace vise à inciter les entreprises dominantes à fixer des prix ou des rabais aussi compétitifs que possibles (i.e., tant qu'ils ne forcent pas un concurrent aussi efficace à pratiquer des prix inférieurs à ses coûts), le critère d'indispensabilité vise à préserver les incitations des entreprises à investir dans le développement d'actifs en leur garantissant qu'elles pourront rentabiliser ces actifs comme elles le souhaitent (i.e., en l'exploitant elles-mêmes, en le cédant à des entreprises tierces, en choisissant des formes dégradées d'accès à ces actifs par leurs concurrents, etc.). Toute remise en cause de cette liberté octroyée à l'entreprise dominante diminue les profits qu'elle peut retirer de ses investissements et peut donc diminuer ses incitations à investir.

⁶ « Outright »

Deuxièmement, une telle grille d'analyse risque d'inciter les entreprises qui auraient pu être tentées de céder leurs actifs à des conditions dégradées à opter pour un refus d'accès « pur et simple » : en effet, le risque qu'elles soient condamnées (et forcées de céder leur actif de façon pleine et entière) est alors plus faible que si elles concédaient un accès, certes dégradé mais néanmoins effectif, à certaines entreprises tierces, dans la mesure où si elle refuse tout accès à son intrant, elle ne risquera d'être condamnée que si il est prouvé que cet intrant est indispensable au sens de l'arrêt Bronner. Par induction à rebours, quelle entreprise rationnelle choisira de développer des modèles « ouverts » ou « partiellement ouverts » dès le départ ? Il sera pour les entreprises dominantes beaucoup moins risqué d'opter pour un modèle « fermé », i.e., de refuser à ses concurrents un accès à ses intrants et de les contraindre ainsi à prouver que les intrants auxquels l'accès est refusé sont indispensables. La distinction entre les refus d'accès « purs » et les refus d'accès « constructifs » risque donc d'introduire des incitations perverses en dissuadant des modèles d'entreprises plus « ouverts ».

Nous relevons de plus que l'argumentaire proposé par la Commission pour justifier du standard de preuve assoupli dans les cas de refus « constructif » et de ciseau tarifaire n'est guère convaincant. Selon la Commission, comme dans ces cas-là, l'entreprise a déjà octroyé un accès, certes déraisonnable ou inéquitable, le remède à ce comportement abusif ne consistera pas à obliger l'entreprise à donner accès à cet actif (qui a déjà lieu) mais seulement à en modifier les modalités. Mais en réalité, modifier les modalités de cet accès revient à modifier le niveau de profit que retire l'entreprise dominante de son actif : à l'instar d'une obligation d'accès, une modification des modalités d'accès va donc modifier les incitations des entreprises à investir pour développer ces actifs. La même prudence devrait donc s'imposer pour réguler les conditions de l'accès que pour réguler l'obligation d'accès elle-même.

Il nous semble donc que la justification apportée dans la jurisprudence pour distinguer refus d'accès « pur » et refus d'accès « constructif » n'est pas suffisamment approfondie alors que cette distinction présente des risques d'effets négatifs significatifs. Les futures lignes directrices seraient l'occasion de préciser si et comment l'arbitrage entre les incitations à investir (qui promeuvent une concurrence dynamique) et l'intensité de la concurrence statique est pris en compte dans l'évaluation des effets d'un refus d'accès (et de ses remèdes), afin de vérifier qu'une analyse trop sévère des refus d'accès constructifs ne conduisent ni à diminution des incitations à investir, ni à inciter les entreprises à refuser totalement l'accès à leurs intrants.

Enfin, au-delà des considérations relatives au critère d'indispensabilité de l'accès, tant la Communication révisée que le Policy Brief demeurent extrêmement vagues sur la manière dont les refus d'accès constructifs seront analysés par la Commission. Ainsi, la Commission n'explique pas à quelles conditions un accès sera suffisamment dégradé, déraisonnable ou inéquitable pour être qualifié d'anticoncurrentiel.

B– Sur le champ du futur projet de lignes directrices

La proposition de la Commission de se doter de lignes directrices sur l'article 102 du TFUE se doit d'être soutenue car ces lignes directrices sont nécessaires. Un tel document contribuera à accroître la sécurité juridique des justiciables en présentant de manière synthétique la jurisprudence et la pratique décisionnelle de l'Union européenne en la matière, en apportant des précisions utiles sur des points ambigus du droit et ce faisant en contribuant à l'application uniforme de l'application du droit de l'Union européenne par les autorités de concurrence des États membres et indirectement à l'harmonisation leurs droits nationaux en matière d'abus de position dominante.

L'instrument envisagé, une communication de la Commission, semble être le plus opportun. Son contenu obligera l'exécutif européen et influencera les autorités de concurrence des Etats membres. Au surplus, aucun mécanisme d'exemption au sens de l'article 101-3 n'existe pour l'article 102.

Toutefois, nous considérons que le champ de ces lignes directrices pourrait être élargi pour intégrer d'autres types d'abus d'exclusion que ceux considérés dans la Communication révisée (section 1) et pour examiner le cas des abus de position dominante collective (section 2) et celui des abus d'exploitation (section 3).

1/ Sur l'insuffisance de la typologie d'abus visés par la Commission dans ses orientations

Les orientations de la Commission reprennent la liste des abus d'éviction visés par la communication de 2009. Bien que cette liste n'ait pas vocation à être exhaustive, elle nous apparaît toutefois insuffisante au regard des pratiques appréhendées par la jurisprudence, nationale ou européenne. Peuvent notamment être citées les pratiques de dénigrement⁷, la désorganisation du concurrent⁸, les restrictions non déguisées⁹, l'entrave au développement¹⁰, l'exercice abusif de procédure¹¹, l'abus d'algorithme¹², l'entrave au marché aval d'un monopole naturel¹³, l'abus issu de l'ancienne position d'opérateur en monopole du fait du bénéfice d'un droit exclusif¹⁴, l'utilisation abusive, sur des marchés connexes, de données détenues par une entreprise en position dominante¹⁵.

Les futures lignes directrices devraient donc, selon nous, étoffer cette liste pour accroître la sécurité juridique des entreprises.

2/ L'omission des abus de position dominante collective

Dans la consultation ouverte en 2005 par la Commission, elle avait proposé d'éclairer le débat sur les abus de position dominante collective¹⁶. Ils ne figurent pas dans la communication de 2009 et ne sont pas non plus mentionnés par la Commission dans ses orientations modifiées. La jurisprudence, notamment nationale, s'est pourtant saisie de ces pratiques¹⁷.

Il nous apparaît regrettable que ces pratiques ne soient pas évoquées par la Commission.

3/ La polarisation¹⁸ des orientations sur les abus d'éviction, au détriment des abus d'exploitation

⁷ *Aut. conc. déc. n° 13-D-11, 14 mai 2013* dans laquelle Sanofi-Aventis dénigre les médicaments concurrents de son Plavix, médicament générique qui figure parmi les plus connus au monde

⁸ *Aut. conc. déc. n° 14-D-02, 20 févr. 2014 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la presse d'information sportive* où l'Equipe avait renoncé à son site d'actualité après avoir éliminé son concurrent qui s'était lancé sur ce marché

⁹ CJUE, gr. ch., 6 sept. 2017, aff. C-413/14 P, Intel Corp

¹⁰ *Comm. UE, 19 juill. 2018, Google Android, AT.4009 9 et Trib. UE, 14 sept. 2022, aff. T-604/18*

¹¹ CJUE, 6 déc. 2012, aff. C-457-10 P, AstraZeneca, préc. n° 15, pt 111

¹² *Trib. UE, 10 nov. 2021, aff. T-612/17, Google*

¹³ *Déc. n° 13-D-20, 17 déc. 2013 ; CA Paris, 6 nov. 2014, n° 2013/01128 ; CJUE, 12 mai 2022, aff. C-377/20, Servizio Elettrico Nazionale, pt 91 et suivants*

¹⁴ CJUE, 14 oct. 2010, aff. C-280/08P, Deutsche Telekom, pt 234. – CJUE, 25 mars 2021, aff. C-152/19P, Deutsche Telekom, pt 50

¹⁵ CJUE, 12 mai 2022, aff. C-377/20, Servizio Elettrico Nazionale ; *Aut. Con., décision n° 22-D-06 du 22 février 2022 relative à des pratiques mises en œuvre par la société EDF dans le secteur de l'électricité*

¹⁶ Jurisclasseur Europe Traité, Synthèse des fasc. 1435 et 1440, C. Prieto, § 11

¹⁷ Voir notamment, *Aut. Conc., décision n° 20-D-11 du 9 septembre 2020 dans le secteur de la dégénérescence maculaire liée à l'âge dénommée DMLA* à propos d'un abus de position dominante collective entre les laboratoires Novartis, Roche et Genentech en raison de leurs liens capitalistiques et contractuels, dans la distribution de leurs médicaments Avastin et Lucentis

¹⁸ Jurisclasseur Europe Traité, Synthèse des fasc. 1435 et 1440, C. Prieto, § 4

Nous relevons par ailleurs que, comme en 2009, la Communication révisée de la Commission n'aborde pas les abus d'exploitation. Bien qu'un courant chez les praticiens du droit de la concurrence considère que les abus d'exploitation sont moins nocifs que les abus d'éviction, cette omission nous semble regrettable dans la mesure où elle ne reflète pas la jurisprudence, régulièrement amenée à appréhender de telles pratiques¹⁹.

Fait à Paris, le 20 avril 2023

¹⁹ Voir *Comm. UE*, déc. 24 mai 2008, AT 39816, *Upstream gas supplies in Central and Eastern Europe*; *Comm. UE*, 10 févr. 2021, AT.40394, *Aspenpharma*