



HAL
open science

La Commission européenne modifie ses Orientations de 2008 et annonce de futures lignes directrices afin de clarifier et codifier l'application de l'article 102 TFUE aux pratiques d'éviction abusives

Claire Mongouachon

► To cite this version:

Claire Mongouachon. La Commission européenne modifie ses Orientations de 2008 et annonce de futures lignes directrices afin de clarifier et codifier l'application de l'article 102 TFUE aux pratiques d'éviction abusives. *Concurrences* [Competition law journal / Revue des droits de la concurrence], 2023. hal-04542835

HAL Id: hal-04542835

<https://amu.hal.science/hal-04542835v1>

Submitted on 12 Apr 2024

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

N° 3-2023

Pratiques d'éviction abusives : La Commission européenne modifie ses Orientations de 2008 et annonce de futures lignes directrices afin de clarifier et codifier l'application de l'article 102 TFUE aux pratiques d'éviction abusives

PRATIQUES UNILATÉRALES, POSITION DOMINANTE (ABUS), POSITION DOMINANTE (NOTION), PRIX PRÉDATEURS, TOUS SECTEURS D'ACTIVITÉ, EFFICIENCE ÉCONOMIQUE, UNION EUROPÉENNE, POLITIQUE DE CONCURRENCE

Comm. eur., 31 mars 2023, (2023/C 116/01), Modifications apportées à la communication de la Commission intitulée "Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes"

Claire Mongouachon | University of Aix-Marseille

Concurrences N° 3-2023 | Chroniques | Pratiques unilatérales

Dans un contexte de profondes et rapides reconfigurations des marchés, le droit des abus de position dominante est à une étape décisive de son évolution. Alors que d'intenses réflexions se nouent continuellement autour de son interprétation, la Commission européenne n'a jusqu'ici adopté qu'un seul texte. En 2008, dans ses Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes, en 2008 (*JO C 45 du 24 février 2009, p. 7*), la Commission avait voulu favoriser une approche fondée sur les effets ("*effects-based approach*") des pratiques litigieuses à l'aide d'une série de tests économiques. Quinze ans plus tard, la Commission revoit en partie sa copie pour prendre en compte l'apport de la jurisprudence européenne la plus récente, une trentaine d'arrêtés ayant été rendus par les juridictions de l'Union depuis 2008.

En premier lieu, la Commission a lancé le 27 mars 2023 un appel à contributions en vue d'adopter de futures lignes directrices sur les abus d'exclusion (Ares (2023)2189183 - 27/03/2023). La Commission considère que celles-ci, en codifiant la jurisprudence de l'Union, apporteront davantage de sécurité juridique pour les entreprises et permettront une application encore plus cohérente des règles mises en œuvre par la Commission et les autorités et juridictions nationales de concurrence. Un premier projet de lignes directrices en vue d'une consultation publique devrait intervenir d'ici mi-2024 dans l'optique de l'adoption du texte définitif en 2025.

En second lieu, dans l'attente de l'adoption de ces lignes directrices qui entraîneront le retrait des Orientations de la Commission, a été publiée le même jour une communication modifiant dès à présent certaines de ses Orientations de 2008 (2023/C 116/01, ci-après "la communication modificative"). Le détail des modifications est mentionné dans une annexe en cinq points (ci-après "l'annexe"). Il s'agit pour la Commission de réviser la portée de certains tests économiques dans le cadre d'une pratique qui tente de concilier une approche fondée sur les effets avec les nécessités d'une application plus opérationnelle des règles de concurrence.

Ces deux initiatives font l'objet d'une note d'orientation de membres de la direction générale de la Commission qui expose le contexte de leur lancement et fournit d'intéressantes précisions sur les modifications envisagées dans sa communication (L. McCallum, I. Bernaerts, M. Kadar, J. Holzwarth, D. Kovo, M. Lagrue, E. Leduc, L. Manigrassi, J. Marcos Ramos, I. Pereira Alves, V. Pozzato, P. Stamou, "A dynamic and workable effects-based approach to abuse of dominance", *Competition policy brief No 1/2023* – ci-après *Competition Policy Brief*).

Derrière ce paquet d'initiatives, c'est une réflexion de fond sur les finalités de la politique de concurrence qui se dessine (I). Bien qu'elles ne concernent que certains tests (II), les modifications envisagées dans la communication interrogent également la valeur juridique des textes adoptés par la Commission européenne (III).

Vers une réorientation de la politique de concurrence en matière d'abus de position dominante ?

La reconnaissance des multiples finalités des règles de concurrence

Le droit des abus de position dominante, plus tardivement que les autres champs du droit de la concurrence, a connu un mouvement de modernisation de la politique européenne de concurrence (*G. Canivet (dir.), La modernisation du droit de la concurrence, préf. M.-A. Frison-Roche, LGDJ, coll. Droit & Économie, 2006 ; C. Prieto et D. Bosco, Droit européen de la concurrence, Bruylant, 2013, spec. p. 199-233*). Ce mouvement qui a débuté avec la publication des Orientations de la Commission a consisté à promouvoir une approche dite "plus économique", fondée sur un examen approfondi des effets des pratiques des entreprises dominantes. Par ce texte, la Commission européenne entendait se départir sensiblement de l'approche traditionnelle, jugée trop formaliste, consistant à qualifier *per se* certaines formes de pratiques anticoncurrentielles en raison de leur contenu. Ce renouvellement méthodologique répond aussi à un questionnement axiologique en tant qu'il porte sur les valeurs que le droit de la concurrence a vocation à défendre (*C. Mongouachon, "Le droit européen de la concurrence face à ses finalités : un débat philosophique", Revue de la Recherche Juridique - Droit prospectif, 2018, p. 1945-1965*). Largement promue par les tenants de l'école de Chicago, l'approche plus économique est associée à une exigence d'efficacité, mesurée à l'aune du bien-être du consommateur (*F. Marty, "Towards an Economics of Convention-Based Approach of the European Competition Policy", in R. Diaz-Bone, C. Didry & R. Salais (eds.), Law and Conventions from a Historical Social Research, Vol. 40 (2015) 1, p. 94-111*). Elle peut conduire à une certaine forme de relâchement du contrôle de concurrence en cherchant à éviter les faux positifs. Au contraire, l'approche formaliste du droit de la concurrence, communément associée à l'école ordolibérale de Fribourg, privilégie la liberté d'accès des opérateurs (*C. Mongouachon, "L'ordolibéralisme : contexte historique et contenu dogmatique", Concurrences, n° 4-2011, p. 70-78*). Elle s'intéresse davantage à maintenir la structure concurrentielle du marché et sanctionne plus volontiers les abus de pouvoir de marché. C'est pourquoi, dans la perspective de l'intégration communautaire, cette seconde conception a pu dominer. Dès le traité de Rome, les règles européennes de concurrence ont été définies en lien avec l'instauration d'un marché commun fondée sur les grandes libertés économiques et dépourvu d'entraves publiques ou privées (*J. Drexel, La Constitution économique européenne – L'actualité du modèle ordolibéral. Revue internationale de droit économique, 2011, XXV, p. 419-454*).

À compter des années 2010, la Cour de justice a paru se rallier à l'approche plus économique et exiger un recours plus intensif aux tests économiques développés dans les Orientations de la Commission. La nouvelle attention portée au bien-être du consommateur a progressivement été reçue par la Cour de justice, bien que de façon nuancée. Ainsi dans l'arrêt *Post Danmark* (CJUE, 27 mars 2012, aff. C-209/10), la Cour juge nécessaire d'examiner si une pratique tarifaire "a pour résultat l'éviction effective ou probable de (son) concurrence, au détriment du jeu de la concurrence et, de ce fait, des intérêts des consommateurs" (point 44). La Cour prend alors en considération l'atteinte aux intérêts des consommateurs, mais de façon indirecte puisque cette atteinte est censée dériver de celle portée à la concurrence.

C'est cette même solution d'équilibre que l'on retrouve dans la communication modificative. La Commission rappelle que les règles de concurrence ont joué un rôle déterminant dans la protection du processus concurrentiel dans le marché intérieur de l'Union (point 1 de la communication), se référant au protocole n° 27 sur le marché intérieur et la concurrence (qui prévoit que le marché intérieur "*comprend un système garantissant que la concurrence n'est pas faussée*"). Ce cadre juridique rend difficile la promotion du bien-être du consommateur au rang d'objectif principal des règles de concurrence, d'autant plus que l'article 3 TUE assigne au marché intérieur un ensemble de missions très hétéroclites. Intégrant l'arrêt *Google et Alphabet* (14 septembre 2022, aff. T-604/18, point 1028), la Commission admet ainsi que les règles de concurrence concourent à "*la réalisation d'objectifs allant au-delà du bien-être des consommateurs, tels que la pluralité dans une société démocratique*" (point 1 de la communication).

Une moindre préoccupation portée aux critères du consommateur et d'efficacité

Cette ouverture à divers impératifs non exclusivement focalisés sur le consommateur conduit à un contrôle plus strict des pratiques d'entreprises dominantes. L'actuelle "*période de difficultés économiques, ainsi que de concentration croissante du marché dans différents secteurs*" (point 2 de la communication) requiert une application "*efficace et rigoureuse*" (ibid.) des règles de concurrence de l'Union. C'est dans cette perspective que la Commission mobilise (point 3 de la communication) le concept de responsabilité particulière, issu de la jurisprudence *Michelin* (CJUE, 9 novembre 1983, aff. 322/81) et rappelé dans des arrêts plus récents (CJUE, 6 septembre 2017, *Intel*, aff. C-413/14 P, point 135 ; 19 janvier 2023, *Unilever*, C-680/20, points 28 et 38), qui fait peser sur les entreprises dominantes l'obligation de ne pas porter atteinte, par leur comportement, à une concurrence effective et non faussée dans le marché intérieur.

Le rappel des finalités assignées au droit de la concurrence conduit la Commission à redéfinir la notion d'éviction anticoncurrentielle qui figure au point 19 de ses Orientations, en élargissant son champ et reléguant quelque peu la référence aux consommateurs. Selon la Commission, il s'agit d'une "*situation dans laquelle le comportement de l'entreprise dominante porte atteinte au maintien d'une structure effective, permettant ainsi à cette entreprise d'influencer négativement, à son profit et au détriment des consommateurs, les différents paramètres de la concurrence, tels que les prix, la production, l'innovation, la variété ou la qualité des biens ou des services*" (point 1 de l'annexe de la communication).

Dans cette définition recentrée autour d'une structure effective, le comportement d'éviction anticoncurrentielle n'est pas seulement celui qui conduit à l'exclusion totale ou à la marginalisation des concurrents mais plus largement celui qui "*est susceptible d'entraîner un affaiblissement de la concurrence*" (point 1 de l'annexe), affaiblissement qui peut donc concerner les divers paramètres de concurrence susmentionnés. En outre, il n'est plus exigé que l'entreprise dominante soit capable d'augmenter les prix de manière rentable à la suite de son comportement. Le critère de rentabilité du comportement litigieux est ainsi supprimé.

Cette définition de l'éviction anticoncurrentielle s'inscrit dans la droite ligne de récents arrêts en combinant le critère de l'influence négative sur les paramètres de concurrence (TUE, 14 septembre 2022, *Google et Alphabet*, T-604/18, point 281) et celui de la structure effective (CJUE, 12 mai 2022, *Servizio Elettrico Nazionale*, aff. C-377/20, pt 68 ; CJUE, 19 janvier 2023, *Unilever*, aff. C-680/20, point 36). Mais elle omet la référence à la notion de concurrence par les mérites, réhabilitée par ces derniers arrêts, et dont la portée aurait mérité sans doute d'être clarifiée tant elle peine à s'articuler avec l'exigence de caractérisation d'un effet d'éviction.

Cette acception étendue de la notion d'éviction anticoncurrentielle rejaille sur les tests de contrôle de la Commission, rendus plus opérationnels.

La clarification de certains standards de contrôle des pratiques d'éviction

Relativisation du test du concurrent aussi efficace

En premier lieu, la Commission réévalue l'importance du critère du concurrent aussi efficace applicable aux pratiques d'éviction tarifaires. Tandis que dans leur version originale, les Orientations préconisaient une intervention de principe de la Commission uniquement à l'égard de comportements susceptibles d'entraîner la disparition ou la marginalisation de concurrents aussi efficaces en termes de structure de coûts que l'entreprise dominante, la nouvelle version se fait plus prudente et moins catégorique. D'une part, la Commission précise que la notion de concurrent aussi efficace ne se mesure pas qu'en termes de coûts mais s'interprète plus largement à l'aune de divers avantages qui en découlent pour les consommateurs du point de vue notamment des prix, du choix, de la qualité ou de l'innovation (*point 2 de l'annexe, avec référence aux arrêts Intel, aff. C-413/14 P, point 134 et Unilever, préc., point 37*). D'autre part, la Commission intègre les arrêts *Post Danmark* (6 oct. 2015, aff. C/23/14, points 59 et 60) et *Unilever* (préc.) pour reconnaître plus aisément la possibilité qu'un concurrent moins efficace que l'entreprise dominante puisse tout de même exercer une contrainte concurrentielle sur cette dernière (point 2 de la communication). Dans les arrêts précités, la Cour avait en effet considéré que l'émergence de concurrents aussi efficaces pouvait être empêchée en raison de la structure du marché ou de barrières significatives sur le marché.

En second lieu, le recours au test du concurrent aussi efficace se trouve relativisé.

Rappelons que ce test permet, sur la base de l'examen du niveau de prix fixé par l'entreprise dominante et de la comparaison avec ses coûts, de déterminer si un concurrent hypothétique aussi efficace risque de se voir évincer par les pratiques tarifaires de l'entreprise dominante (*Competition Policy Brief, préc., p. 6*).

Dans ses Orientations de 2008, la Commission avait préconisé un recours généralisé à ce test pour apprécier la capacité d'éviction des pratiques tarifaires. La Commission avance plus prudemment dans sa communication modificative qu'elle "*peut examiner les données économiques se rapportant aux coûts et aux prix de vente*" (point 3 de l'annexe, nous soulignons). Ce test est ainsi explicitement qualifié de facultatif. En premier lieu, s'il s'avère pertinent en présence de pratiques de prix prédateurs ou de compression des marges (*Post Danmark II, aff. C-23/14, point 55 ; Google Shopping, aff. T-612/17, point 538*), il n'est pas nécessairement requis pour d'autres types de pratiques, et notamment les pratiques de rabais. Pour les rabais sans exclusivité, le test peut être approprié en fonction des circonstances de l'affaire, malgré de possibles difficultés relevées dans l'affaire *Google Shopping*. Pour les rabais d'exclusivité, le test se montre généralement inadapté ; ces pratiques sont, par leur nature même, capables d'affecter la concurrence bien que la Cour ait précisé qu'en cas d'invocation dans le cadre d'une procédure, l'autorité de concurrence était tenue d'en apprécier la valeur probante (19 janvier 2023, *Unilever, C-680/20, point 60*). À leur égard, la communication de la Commission reste silencieuse puisqu'il ne s'agit pas de pratiques tarifaires. C'est la note d'orientation qui apporte d'utiles précisions (*Competition Policy Brief, p. 7*). En second lieu, le recours au test du concurrent efficace ne doit constituer qu'un élément d'appréciation de l'effet anticoncurrentiel de la pratique tarifaire litigieuse parmi d'autres. Le résultat de ce test doit encore être intégré à une appréciation plus générale de l'éviction anticoncurrentielle "*en tenant compte des autres preuves quantitatives et/ou qualitatives pertinentes*" (point 3 b) de la communication modificative).

Distinction entre deux formes de refus de fourniture

La Commission européenne révisé les modalités de caractérisation du refus de fourniture qui figurent dans ses Orientations de 2008. Jusqu'ici, le fait pour l'entreprise dominante d'imposer des conditions d'accès à des conditions inéquitable (appelé dans la présente communication "*refus constructif de fourniture*") était assimilé à un "*refus pur et simple*" d'en donner l'accès. Ces deux pratiques étaient considérées comme étant susceptibles d'éliminer la concurrence effective lorsqu'elles concernaient des biens ou services jugés indispensables, en application du critère dégagé dans l'arrêt *Bronner* (*CJCE, 26 nov. 1998, Oscar Bronner, aff. C-7/97, point 41*).

Or la Cour a jugé plus récemment que ces deux types de pratiques ne pouvaient obéir au même régime, l'obligation de délivrer l'accès ne pouvant s'appliquer au refus constructif de fourniture, hypothèse dans laquelle l'entreprise dominante a déjà donné l'accès à des tiers. En conséquence, la Cour a jugé que le critère du caractère indispensable de l'intrant ne s'applique qu'aux refus de fourniture pur et simple et non aux autres pratiques relatives à l'accès (*arrêts Slovak Telekom*, 25 mars 2021, aff. C-165/19 P, point 239 ; *Lietuvos gelezinkeliai*, 12 février 2023, aff. C-42/21, points 81-84 et 91, comm. M. Cartapanis, *Concurrences* n° 2-2023).

La Commission considère donc désormais qu'il n'est pas approprié de poursuivre de manière prioritaire uniquement les affaires concernant la fourniture d'un intrant indispensable ou l'accès à une installation essentielle (point 4 de l'annexe).

Cette distinction entre les deux types de pratiques est pleinement appliquée par l'Autorité de la concurrence (Aut. Conc., Décision n° 23-MC-01 relative à une demande de mesures conservatoires de la société *Adloox*, 4 mai 2023, comm. M. Cartapanis, ci-après).

Autonomisation du test de compression des marges

De façon encore plus nette, la Commission européenne dissocie la pratique de compression des marges du refus de fourniture. Rappelons que le test de compression des marges (aussi appelé test du ciseau tarifaire) consiste à comparer le prix pratiqué par l'opérateur dominant pour l'accès à un produit en amont avec le prix pratiqué en aval afin de déterminer si un concurrent aussi efficace peut exercer rentablement et durablement des activités sur le marché aval (point 90 des Orientations modifiées). La Commission retire ce test du paragraphe relatif au refus de fourniture pour en faire une "*forme autonome d'abus à laquelle s'applique des critères d'appréciation différents*" au sein d'une nouvelle section qui lui est spécifiquement dédiée (point 5 de l'annexe).

La Commission intègre ici très explicitement l'apport de l'arrêt *TeliaSonera Sverige* (17 février 2011, aff. C-52/09, point 56), confirmé dans des arrêts ultérieurs. Dans l'arrêt *Telefonica* (aff. C-295/12, point 96), la Cour de justice a précisé que le test de compression des marges était une forme autonome d'abus et que, par conséquent, le critère établi dans l'arrêt *Bronner*, à savoir la nature essentielle du produit vendu en amont, lui est inapplicable.

La portée juridique des textes adoptés par la Commission européenne

Au total, les modifications apportées par la Commission à ses Orientations de 2008 consistent essentiellement à tirer les enseignements des arrêts rendus par les juridictions de l'Union en matière de pratiques d'éviction. L'approche par les effets est confirmée mais doit être désormais être menée "*d'une façon qui ne compromette pas une application vigoureuse de l'article 102 TFUE*" (*Competition Policy Brief*, p. 8). Cette application vigoureuse est dictée par les finalités propres des règles de concurrence de l'Union, qui visent à satisfaire une multiplicité d'impératifs, au sein desquels le maintien d'une structure effective joue un rôle prépondérant. Les considérations relatives aux exigences d'efficacité se trouvent en conséquence sensiblement relativisées. Le critère du bien-être du consommateur s'apprécie à l'aune de divers intérêts dignes de protection, allant au-delà du seul intérêt financier, ce qui facilite la détection et la caractérisation des pratiques anticoncurrentielles. C'est précisément afin de rendre plus opérationnelle et de faciliter la mise en œuvre des règles relatives à l'abus de position dominante que la Commission a souhaité clarifier ses standards de contrôle, préciser ses exigences probatoires et distinguer entre différents types d'abus (en ce sens, *Competition Policy Brief*, p. 8).

Cela ne supprime pas certaines zones d'incertitudes, que la Commission ambitionne de lever dans ses futures lignes directrices, attendues pour 2025. Encore faut-il s'interroger sur la portée juridique respective de ces différents textes.

La Commission semble établir une distinction entre ses Orientations, lesquelles n'ont vocation qu'à déterminer s'il y a lieu pour la Commission d'intervenir de manière prioritaire (points 5 et 6 de la communication modificative) et ses futures lignes directrices, censées accroître la sécurité juridique dans l'application au fond des règles de concurrence par la Commission et les autorités et juridictions nationales de concurrence. Pourtant, cette distinction entre un texte de priorisation des affaires et un texte de clarification au fond ne fait guère de sens.

Sur le plan juridique, au-delà de la dénomination retenue par la Commission – communication, ou lignes directrices – il s'agit dans les deux cas d'actes atypiques c'est-à-dire ne relevant pas de la typologie de l'article 288 TFUE (Cl. Blumann, Droit institutionnel de l'Union européenne, LexisNexis, 8ème éd., p. 674) et pour lesquels la question des effets juridiques se pose d'une façon analogue. La règle dégagée par la Cour au sujet des lignes directrices est la suivante : si *“elles ne sauraient être qualifiées de règle de droit à l'observation de laquelle l'administration serait, en tout cas, tenue, énoncent toutefois une règle de conduite indicative de la pratique à suivre dont l'administration ne peut s'écarter dans un cas particulier sans donner des raisons qui soient compatibles avec le principe d'égalité de traitement”* (Dansk Rorindustri, 28 juin 2005, aff. C-189/02 P et C-213/02 P, pt 209). On peine à comprendre en quoi les Orientations de la Commission contenues dans sa communication ne constitueraient pas déjà une règle de conduite indicative, susceptible de limiter la marge de discrétion de la Commission (en ce sens également, N. Petit, *“rebates and article 102 TFEU : The European Commission's duty to apply the guidance paper”*, *Competition Law & Policy Debate*, vol. 2, issue 1, marche 2016, p. 4-12, spéc. p. 10).

Sur le plan pratique, ces Orientations font déjà l'objet d'une attention particulière, aussi bien dans la pratique décisionnelle de la Commission que dans celle des autorités nationales de concurrence - bien que ces dernières ne soient pas nécessairement liées par une communication, ainsi que la Cour l'a précisé en matière d'ententes (13 déc. 2012, *Expedia*, aff. C-226/11, pt 27).

En tout état de cause, l'effort de clarification consacré dans des orientations ou des lignes directrices reste tributaire des règles dégagées par les juridictions de l'Union. Or la lisibilité de cette jurisprudence s'est particulièrement brouillée ces dernières années, à force de chercher à concilier des approches contradictoires.