

L'ÉVÉNEMENT DU MOIS

La version définitive du règlement vertical et de ses lignes directrices : un texte assez positif, favorable à la protection des réseaux de distribution et à leur bon fonctionnement, en dépit de quelques imperfections.

La Commission européenne vient de publier le 10 mai 2022 le texte définitif de son règlement et de ses lignes directrices sur les restrictions verticales applicables en particulier aux accords de distribution. Ce texte est à saluer car, issu d'une véritable concertation de la Commission avec les parties prenantes de l'ensemble de l'Union, il tient compte de nombreuses observations des tiers, en particulier des entreprises, des organisations professionnelles et de leurs conseils, qui ont contribué à améliorer les projets initiaux. Globalement, les textes issus des consultations menées par la Commission sont plutôt positifs pour les réseaux de distribution : ils sont favorables à la protection des réseaux et à leur bon fonctionnement même s'ils sont affectés de quelques imperfections.

I. Une meilleure protection des réseaux de distribution

A. Les points positifs

L'on peut d'abord se réjouir du maintien d'une exemption par catégorie simple à appliquer, fondée sur la détention d'une part de marché du fournisseur inférieure ou égale à 30 % sur le marché de la vente des biens ou services contractuels et d'une part de marché de l'acheteur également inférieure à 30 % (mais calculée, de façon raisonnable, non sur son marché local mais sur le marché amont des achats) et l'absence de clauses noires ou rouges. Le maintien de cette règle classique d'exemption par catégorie s'accompagne d'un certain nombre d'innovations bienvenues qui vont dans le sens d'une meilleure prise en considération et protection des réseaux de distribution.

1) La distribution exclusive

Le régime de la distribution exclusive ne tenait pas compte de certaines évolutions nécessaires de ce type de distribution et surtout était devenu insuffisamment protecteur de l'exclusivité consentie aux distributeurs, qui s'était

réduite en pratique comme une peau de chagrin. La Commission a entendu les doléances des têtes de réseau sur ces deux points.

a) La reconnaissance d'une faculté de distribution exclusive partagée

Il s'agissait d'une revendication ancienne des réseaux de distribution de matériels accessoires aux tracteurs. Les zones de chalandise en matière de tracteurs sont assez étendues et il peut être nécessaire de désigner plusieurs distributeurs de matériels agricoles de complément sur une zone de chalandise plus importante. La Commission avait accepté l'idée dans ses premiers projets en autorisant la nomination d'un nombre restreint de distributeurs exclusifs pour une même zone exclusive ou une même clientèle exclusive. Elle avait cependant conditionné l'exclusivité partagée à une détermination au prorata du territoire ou de la clientèle allouée de manière à garantir un certain volume d'activité qui préserve les efforts d'investissement des distributeurs. Cette condition, source d'insécurité juridique et sans doute nid à procès ultérieurs, a heureusement été abandonnée. Dans la version finale du texte, la Commission a choisi d'autoriser, pour bénéficier de l'exemption, un nombre maximal de cinq acheteurs (art. 1er, par. 1, point h, du règlement). Cette innovation, très positive, permet de tenir compte des besoins d'un secteur traditionnellement attaché à la distribution exclusive.

b) Une meilleure protection des distributeurs exclusifs contre les ventes actives des autres territoires

Elargie, la définition des ventes actives prend désormais mieux en considération le ciblage actif des clients par internet, notamment par l'exploitation d'un site internet dont le domaine de premier niveau correspond à des territoires spécifiques, ou le fait de proposer sur un site internet des langues communément

utilisées sur des territoires spécifiques, lorsque ces langues sont différentes de celles communément utilisées sur le territoire sur lequel l'acheteur est établi (art. 1er, par. 1, point l du règlement). Il était utile de redonner un peu plus de substance au contenu de l'exclusivité, mis à mal par le développement des ventes en ligne.

c) Une faculté d'extension de la restriction des ventes actives aux clients directs du distributeur exclusif (clause dite de pass on)

Il sera possible de restreindre non seulement les ventes actives du distributeur exclusif lui-même sur un autre territoire exclusif mais également celles de ses clients directs (art. 4, point b, i du règlement). Cette faculté permettra d'éviter certains contournements de l'interdiction des ventes actives hors zone d'exclusivité.

d) La possibilité, en cas d'adoption de différents systèmes selon les pays, de protéger les distributeurs exclusifs contre les ventes actives des distributeurs sélectifs (ou libres) et de leurs clients directs vers les territoires ou clientèles exclusifs

Le règlement reconnaît la faculté de recourir à des systèmes de distribution différents selon les Etats membres (sélectifs, exclusifs ou libres) et, dans ce cas, d'éviter que l'exclusivité accordée dans les Etats sous distribution exclusive ne soit mise à mal par les ventes actives en provenance des Etats dans lesquels a été mise en place une distribution sélective ou libre.

2) La distribution sélective

a) Une faculté d'extension de l'interdiction des reventes hors réseau aux clients directs du distributeur sélectif (clause dite de pass on)

Il sera possible de restreindre non seulement les ventes hors réseau du distributeur sélectif à des distributeurs non agréés situés sur le territoire sur lequel le système de distribution sélec-



tive est mis en place, mais également celles des clients du distributeur sélectif (art. 4, point c, i), (2), du règlement). Cette faculté permettra d'éviter certains contournements de l'interdiction de revente hors réseau. L'on pense en particulier aux ventes des distributeurs sélectifs à de gros clients ou loueurs qui pourraient être tentés de revendre les produits sélectifs au lieu de les utiliser pour leurs propres besoins. Ces clauses pourraient s'avérer très utiles dans le secteur automobile ou celui des satellites.

b) La possibilité, en cas d'adoption de différents systèmes selon les pays, de protection des distributeurs sélectifs contre les ventes des distributeurs exclusifs (ou libres) et de leurs clients vers les territoires sélectifs

Le règlement reconnaît la faculté de recourir à des systèmes de distribution différents selon les Etats membres (sélectifs, exclusifs ou libres) et, dans ce cas, d'éviter que l'interdiction de revente hors réseau en vigueur dans les pays sélectifs ne soit mise à mal par les ventes actives ou passives à des revendeurs hors réseau en provenance des distributeurs exclusifs et de leurs clients des Etats dans lesquels a été mise en place une distribution exclusive (art. 4, (b), ii, du règlement). Une règle similaire a été prévue pour les distributeurs libres vis-à-vis des pays sélectifs (art. 4, (d), i, du règlement).

3) La distribution libre (ni exclusive, ni sélective)

Pour la première fois, un corpus de règles précise les conditions dans lesquelles la distribution libre (ni exclusive, ni sélective) peut bénéficier de l'exemption par catégorie (article 4, (d) du règlement).

4) Une reconnaissance plus large de la légitimité de la distribution duale (ou double distribution) par rapport aux projets initiaux de la Commission

La distribution duale correspond à un système de double distribution aux clients finals, d'une part par les distributeurs du fournisseur, d'autre part par le fournisseur lui-même sous forme de ventes directes (par ses succursales ou filiales, ou en ventes directes aux grands comptes ou par internet). Les projets initiaux de la Commission auraient privé la quasi-totalité des réseaux de distribution du bénéfice de l'exemption par catégorie. Ils soumettaient en effet la distribution duale à un carcan de conditions impossibles sinon très difficiles à remplir : exemption totale de l'accord seulement en cas de détention d'une part de marché cumulée sur le marché aval, local, inférieure à 10 %, dépassée dans le cas de la plupart des réseaux et souvent très difficile à calculer ; soumission de l'exemption à l'absence de toute restriction par objet, non définie, etc. Eu égard à l'avalanche de critiques suscitées par ce projet, la Commission a mis beaucoup d'eau dans son vin et a accepté d'exempter la distribution duale

de façon plus souple et plus raisonnable.

Le seuil de 10 % a été abandonné, de même que la condition d'absence de restriction par objet. Les échanges d'informations entre fournisseur et distributeurs concurrents en cas de double distribution font l'objet d'un régime plus réaliste (art. 2, point 5 du règlement). L'exemption ne s'applique pas aux échanges d'informations entre le fournisseur et l'acheteur qui soit ne sont pas directement liés à la mise en œuvre de l'accord vertical, soit ne sont pas nécessaires pour améliorer la production ou la distribution des biens ou services contractuels ou qui ne remplissent aucune de ces deux conditions. Malheureusement, la privation du bénéfice de l'exemption par catégorie en cas de plateforme hybride n'a pas été supprimée ou encadrée par le règlement, ce qui constitue un défaut majeur du texte.

B. Les points négatifs

1) L'exclusion anormale du bénéfice du règlement de la distribution duale en cas de prestation de services d'intermédiation en ligne

Le bénéfice de l'exemption ne s'applique pas aux accords verticaux relatifs à la prestation de services d'intermédiation en ligne lorsque le prestataire des services d'intermédiation en ligne est une entreprise concurrente sur le marché en cause pour la vente des biens ou services objet de l'intermédiation (art. 2, point 6 du règlement).

La Commission a été alertée sur les effets pervers de cette exclusion dans le cadre d'une double distribution aux fournisseurs qui offrent à leurs distributeurs la faculté d'effectuer des ventes sur un site internet mis à leur disposition par le fournisseur. Cette possibilité pourrait en faire des fournisseurs de services d'intermédiation en ligne et les priver du bénéfice de l'exemption par catégorie alors qu'ils rendent un service d'assistance à leurs distributeurs.

La Commission a tenu compte de ces critiques, mais de façon très insatisfaisante. Les nouvelles lignes directrices verticales indiquent à la section 4.4.4 que la Commission n'estime pas prioritaire l'examen au titre des règles de concurrence des accords verticaux conclus par des plateformes hybrides lorsque l'accord ne contient pas de restrictions par objet et que la plateforme ne dispose pas d'un pouvoir de marché significatif.

Cette déclaration ne résout pas le problème. De nombreux réseaux sélectifs risquent d'être privés du bénéfice de l'exemption par catégorie du fait du maintien de l'exclusion de toutes les plateformes hybrides. Il importe peu que la Commission n'en fasse pas un axe de sa politique de concurrence. Pour agir contre des revendeurs hors réseaux, une tête de réseau doit prouver la licéité de son réseau. La charge de la preuve repose sur elle. En principe, le règlement est censé lui faciliter la tâche. Du fait de

l'absence de bénéfice de l'exemption par catégorie, il sera beaucoup plus difficile aux têtes de réseaux de défendre les réseaux sélectifs en justice, ce qui est pour le moins paradoxal.

2) Les limites excessives à la reconnaissance de la qualité d'agent

Les lignes directrices (points 23 à 45) soumettent la reconnaissance du statut d'agent au sens du droit de la concurrence à l'absence de prise en charge par ce dernier de la totalité des coûts spécifiques aux contrats conclus et/ou négociés par lui, des coûts relatifs aux investissements spécifiques au marché ainsi qu'aux risques relatifs à d'autres activités exercées sur le même marché de produits lorsque cette activité indépendante est requise par le fournisseur (ou en cas de prise en charge, à condition qu'elle demeure absolument non significative). Le luxe de détails relatifs à la prise en charge de ces coûts par le fournisseur et la rigueur probatoire qui lui est imposée risquent de rendre le recours aux agents extrêmement complexe et de le décourager alors qu'il s'agit d'un mode de commercialisation qui devrait au contraire être encouragé, le droit commercial rendant déjà le recours aux agents commerciaux très coûteux.

II. De meilleures règles de fonctionnement des réseaux de distribution

Outre une clarification des obligations de parité (exclusion de l'exemption par catégorie des obligations de parité étendues comprenant les conditions offertes sur d'autres plateformes mais exemption des obligations de parité restreintes aux canaux de vente directe), le nouveau règlement et surtout les lignes directrices apportent des améliorations au fonctionnement des réseaux même si certaines questions ne sont pas réglées de manière satisfaisante.

A. Les points positifs

1) Une atténuation du régime de faveur des ventes par internet

Alors que les lignes directrices antérieures avaient adopté un régime visant à favoriser les ventes par internet par rapport aux ventes physiques, les nouvelles lignes directrices rectifient le tir et s'efforcent de garantir davantage de neutralité. La Commission a pris conscience qu'il n'était certainement plus nécessaire de favoriser les ventes digitales par rapport aux ventes physiques.

Elle abandonne deux principes : l'interdiction des prix duales de gros à un même distributeur selon qu'il revend en magasin physique ou par internet et l'équivalence des conditions. Il sera désormais possible de pratiquer des prix de gros différents envers un même distributeur selon qu'il revend par internet ou en magasin physique sous réserve que la différence de prix soit liée à des différences de coûts ou d'investissement entre ventes physiques et par internet. De même, dans un système de distribution sélective, les critères relatifs aux ventes par internet n'auront plus à être



globalement équivalents à ceux exigés pour les magasins physiques, pour tenir compte des différences inhérentes aux deux canaux de distribution, sous réserve de ne pas avoir pour objet d'empêcher les ventes par internet.

2) Une plus grande souplesse à l'égard des obligations de non-concurrence renouvelables par tacite reconduction

Jusqu'à présent, pour bénéficier de l'exemption par catégorie, les obligations de non-concurrence ne pouvaient ni être à durée indéterminée, ni excéder 5 ans, ni être tacitement renouvelables au-delà de 5 ans. Désormais, des obligations de non-concurrence contractuelles renouvelables tacitement au-delà de 5 ans pourront être convenues sous réserve que l'acheteur puisse effectivement renégocier ou résilier le contrat de façon effective de façon à pouvoir en sortir et changer de fournisseur de manière effective au terme des 5 ans. La Commission a entendu les doléances des fournisseurs qui se plaignaient de cette contrainte qui obligeait les parties à résilier les contrats et à renégocier les conditions contractuelles à chaque terme de 5 ans.

B. Les points négatifs

1) Une défiance persistante envers toute forme de prix imposés

Le règlement et les lignes directrices reflètent toujours une défiance généralisée envers les prix imposés alors que l'analyse économique a démontré que leurs effets n'étaient pas nécessairement anticoncurrentiels. Il existe certes dans les lignes directrices un certain nombre de cas d'admission de pratiques de prix imposés, mais la charge de la preuve de leur légitimité semble devoir écarter toute application pratique. Si l'on ajoute le fait que le droit français semble être passé d'un triple test à un simple double test d'évocation de prix imposés et d'acceptation, le droit positif semble de plus en plus éloigné des enseignements de l'analyse économique en ce domaine.

2) Une admission trop limitée des contrats d'exécution

Seule véritable innovation en matière de prix imposés : les contrats d'exécution ne sont plus considérés comme vecteurs de prix imposés à condition que le contrat conclu par le fournisseur soit confié par celui-ci à un distributeur pour son exécution sans choix possible

par l'acheteur. Il s'agit d'une reconnaissance très timide des contrats d'exécution qui ne correspond pas aux besoins du marché, les clients souhaitant en général pour des raisons de sécurité d'approvisionnement avoir le choix entre plusieurs distributeurs.

La révision du règlement a conduit à des améliorations notables en termes de sécurité juridique et d'efficacité des réseaux, mais le régime des restrictions verticales est toujours affecté d'un certain nombre d'imperfections auxquelles il conviendrait de remédier. Bien entendu, les facultés ouvertes par le règlement ne s'appliquent pas automatiquement mais exigent un travail d'adaptation des contrats afin de pouvoir en bénéficier.

Règlement 2022/770 du 10 mai 2022,
JOUE L 134 du 11 mai 2022
Lignes directrices du 10 mai 2022, en attente
de publication au JOUE



L'ACTUALITÉ

Les GAFAM n'échappent pas à l'emprise du droit français des pratiques restrictives !

Une organisation professionnelle regroupant des entreprises actives dans le secteur de la fabrication et de la commercialisation de produits de grande consommation (PGC) a saisi le juge des clauses que le géant Amazon impose à ses adhérents. Elle lui reproche en particulier l'obtention d'avantages sans contrepartie proportionnée, l'application de pénalités illicites et la pratique consistant à se laisser la possibilité de différer le point de départ du délai de paiement des factures. Avant toute défense au fond, Amazon a contesté l'intérêt à agir de l'organisation, la compétence du juge français et l'applicabilité de la loi française. La plateforme conteste aussi la constitutionnalité et la légalité de l'article L. 442, I, 1° du Code de commerce.

Le juge consulaire confirme qu'une organisation professionnelle comme celle en cause, dont la représentativité est indiscutable, et dont l'objet statutaire est de représenter et défendre l'intérêt collectif du secteur et de ses adhérents, justifie de son intérêt à agir en cessation de comportements qui affectent le bon fonctionnement du marché et l'ensemble des fabricants de PGC, conformément à l'article L. 490-10 du Code de commerce. De cette solution, découlent plusieurs conséquences.

Tierce au contrat, l'organisation ne peut se voir opposer la clause attributive de compétence aux juridictions du Grand-Duché du Luxembourg, contenue dans les conditions générales de la plateforme (Rapp., sur la qualité de tiers au contrat

du ministre de l'Economie, Paris, 21 juin 2017, LawLex201700001094JBJ ; T. com. Paris, 2 sept. 2019, LawLex201900001011JBJ), ni celle de choix de la loi applicable, qui désignait la loi luxembourgeoise (V. égal. Paris, 21 juin 2017, précit.). L'absence de relation contractuelle entre les parties au litige conduit également le juge à conférer à l'action en cessation de pratiques restrictives de concurrence une nature délictuelle ou quasi-délictuelle dans l'ordre international, qui commande, en vertu de l'article 7, point 2 du règlement Bruxelles I bis, la compétence du juge du lieu du fait dommageable. Pour la même raison, le choix de la loi applicable doit être déterminé conformément aux prescriptions du règlement Rome II relatif aux obligations non contractuelles, dont l'article 4 désigne la loi du pays où le dommage survient. Enfin, et à titre surabondant puisque la loi imposée par Amazon n'est pas opposable à l'organisation, le tribunal s'interroge sur le caractère de loi de police des règles invoquées par cette dernière, et leur capacité, comme telles, à provoquer la paralysie de la clause contractuelle.

Or, selon le juge, les dispositions des actuels articles L. 442-1, I, 1°, L. 442-3, a), L. 442-1, I, 3° et L. 441-17 du Code de commerce figuraient toutes à l'ancien article L. 442-6, que la Cour de cassation a qualifié de loi de police, en raison de la possibilité d'intervention donnée au ministre de l'Economie pour la défense de l'ordre public (Cass. com., 8 juill. 2020,

LawLex202000001734JBJ). Le juge reconnaît le même caractère impératif aux articles L. 441-10, relatif aux délais de paiement, et L. 441-3 et L. 441-4, relatifs à la convention écrite, au motif que les manquements à ces dispositions sont sanctionnés par une amende administrative.

Au final, Amazon est en principe soumise au juge français et au droit français des pratiques restrictives. Cependant, la plateforme a obtenu que l'article L. 442-1, I, 1° relatif à l'obtention d'un avantage manifestement disproportionné, soit soumis à un contrôle de constitutionnalité et de légalité. En effet, le tribunal transmet à la Cour de cassation la question de la conformité du texte à la liberté d'entreprendre et à la liberté contractuelle, au motif que, dans sa rédaction issue de l'ordonnance du 24 avril 2019, il autoriserait un contrôle judiciaire illimité du prix. De même, il accepte de saisir le Conseil d'Etat de la légalité de l'ordonnance, qui aurait prétendument dépassé le champ de l'habilitation législative en étendant le champ d'application de l'ancien article L. 442-6, I, 1° du Code de commerce.

ABUS DE DÉPENDANCE

Tribunal de commerce de Paris
10 mai 2022 (2 jugements)
LawLex202200002418JBJ et
LawLex202200002404JBJ





Vins d'Alsace : confirmation de la condamnation des organisations professionnelles pour fixation d'un prix plancher pour l'année à venir à un moment où le produit en cours de production devient commercialisable.

Le 17 décembre 2020 (AdIC n° 20-d-12 du 17 déc. 2020, LawLex202000003000JBJ), l'Autorité de la concurrence a condamné l'infraction unique et continue commise par plusieurs organisations professionnelles dans le secteur des vins d'Alsace (AVA, GPNVA et CIVA) et considéré que les pratiques de fixation de prix reprochées relevaient des règles de concurrence, aucune de ces organisations ne constituant une organisation de producteurs ou une association d'organisations de producteurs pour lesquelles le règlement portant organisation des marchés (OCM) prévoit des règles dérogatoires.

Saisie par les organisations professionnelles en cause, la Cour d'appel de Paris souligne tout d'abord que les règles relatives à la politique agricole commune qui ont modifié le règlement OCM ne sont pas applicables rétroactivement à l'espèce, les pratiques en cause ne remplissant pas les conditions posées par les articles 210 et 172 ter. Ensuite, elle revient sur les deux griefs notifiés aux organisations : la fixation du prix du raisin et les consignes tarifaires communiquées aux adhérents pour le vin en vrac. Elle qualifie les deux pratiques, qui recèlent un degré suffisant de nocivité, de res-

triction de concurrence par objet (Pour des pratiques similaires, Paris, 15 oct. 2020, LawLex202000002566JBJ, AdIC n° 19-D-25 du 17 déc. 2019, LawLex201900001155JBJ). En effet, les discussions intervenues en commission paritaire ne se sont pas limitées à l'élaboration et la diffusion de données agrégées ou d'indicateurs de prix relatifs à l'année passée, mais ont porté sur l'adoption de prix uniques par cépage, juste avant la commercialisation de la récolte en cours. Ces prix négociés, publiés par la revue des Vins d'Alsace, sont qualifiés de recommandations syndicales, qui caractérisent une incitation à l'égard d'opérateurs en situation de concurrence à ne pas déterminer leurs prix de façon autonome et à aligner leurs comportements. Les parties estimaient, par ailleurs, pouvoir bénéficier d'une exemption individuelle. La cour rappelle, à cette occasion, que si la qualification de restriction par objet n'empêche pas de présenter une demande d'exemption individuelle, l'éligibilité des pratiques portant sur un prix plancher au bénéfice d'une telle exemption n'est toutefois pas de nature à écarter la présomption de gravité attachée à la fixation directe ou indirecte des prix de vente caractérisant une restric-

tion par objet (V. CJUE, 6 oct. 2009, LawLex200900003154JBJ, sur "la possibilité de démontrer l'existence d'effets favorables à la concurrence en vertu de l'article 101, paragraphe 3, dans un cas donné"). En l'occurrence, ni un progrès économique, ni la fragilité du secteur en cause ne sont, selon la cour, démontrés. Enfin, les parties tiraient argument de la présence régulière lors des réunions d'un représentant de l'Administration pour prétendre que leur concertation était autorisée voire encouragée par les pouvoirs publics. Les juges parisiens précisent cependant que si une intervention publique peut constituer une cause d'exonération lorsqu'elle fixe un cadre juridique contraignant pour les entreprises, le fait que des représentants de l'Administration étaient présents lors de nombreuses réunions et soient intervenus lors des discussions ne permet pas d'établir que la concertation a été imposée par les pouvoirs publics.

ENTENTES

Paris, 12 mai 2022

LawLex202200002554JBJ

★★

La Cour précise la notion de « concurrence par les mérites » dans le cadre de la libéralisation d'un marché.

L'affaire s'inscrit dans le contexte de l'ouverture progressive à la concurrence du marché de la vente d'énergie électrique en Italie au terme de laquelle les particuliers et les petites entreprises, qui ont d'abord relevé d'un régime réglementé, ci-après le marché protégé, ont finalement été autorisés, au même titre que les autres usagers, à choisir leur fournisseur sur le marché libre. En vue de la libéralisation du marché, le groupe ENEL qui détenait le monopole de la production d'énergie électrique tout en étant actif dans sa distribution, a été soumis à une procédure de dissociation de ses activités qui ont été réattribuées à trois filiales distinctes : la distribution, à E-Distribuzione, la fourniture d'électricité sur le marché libre, à Enel Energia, et la gestion du « *servizio di maggior tutela* » sur le marché protégé, à SEN. À l'issue d'une enquête, l'Autorité italienne de la concurrence a estimé que SEN et Enel Energia, sous la coordination de leur société mère ENEL, s'étaient rendues coupables d'abus de position dominante en mettant en œuvre une stratégie d'éviction visant à transférer la clientèle de SEN, en tant que gestionnaire historique du marché protégé, à Enel Energia, actif sur le marché libre, afin de prévenir un départ massif des clients de SEN vers de nouveaux fournisseurs lors de l'ouverture ultérieure à la concurrence

du marché concerné.

L'affaire s'étant poursuivie devant les tribunaux, la Cour de justice, interrogée à titre préjudiciel par le Conseil d'État italien sur l'application de l'article 102 TFUE aux pratiques d'éviction, apporte en l'espèce certaines précisions importantes. Selon la Cour, l'article 102 TFUE doit être interprété en ce sens qu'une pratique licite en dehors du droit de la concurrence peut, lorsqu'elle est mise en œuvre par une entreprise en position dominante, être qualifiée d'abusives si elle peut produire un effet d'éviction et repose sur l'utilisation de moyens autres que ceux relevant d'une concurrence par les mérites. L'existence d'une pratique d'éviction abusive par l'entreprise dominante doit être appréciée sur le fondement de la seule capacité de cette pratique à produire des effets anticoncurrentiels. Pour ce faire, la pertinence de l'impossibilité, matérielle ou rationnelle, pour un hypothétique concurrent aussi efficace mais ne se trouvant pas en position dominante, d'imiter la pratique en cause, aux fins de déterminer si cette dernière repose sur des moyens qui relèvent d'une concurrence fondée sur les mérites, vaut tant pour les pratiques tarifaires que non tarifaires. Le fait pour une entreprise disposant de droits exclusifs, tel un monopole légal, d'utiliser ces derniers afin d'étendre sa posi-

tion dominante sur un autre marché, caractérise l'exploitation de moyens autres que ceux gouvernant une compétition normale, car reposant sur l'exploitation de ressources inaccessibles dans leur principe à un hypothétique concurrent aussi efficace qui ne jouit pas d'une position dominante. Dès lors, selon la Cour, lorsqu'une telle entreprise perd son monopole, elle doit s'abstenir pendant toute la phase de libéralisation du marché de recourir aux moyens tirés de son ancien monopole, pour conserver, autrement que par ses propres mérites, une position dominante sur le marché libéralisé. Le comportement d'une entreprise dominante qui consiste à transférer à sa filiale, contre paiement, les données de contact des clients du marché protégé d'une manière discriminatoire à l'égard des concurrents de cette dernière sur le marché libre constitue un abus. car cette pratique implique - au moins initialement - d'être doté de la capacité de produire des effets d'éviction et ne peut être adoptée par un hypothétique concurrent aussi efficace.

ABUS DE POSITION DOMINANTE

Cour de justice de l'Union européenne

12 mai 2022

LawLex202200002441JBJ

★★