

Louis VOGEL  
Membre de l'Institut  
Professeur agrégé  
des Facultés de Droit  
Attorney at Law (New York)

Joseph VOGEL  
H.E.C.-I.E.P. Paris  
Attorney at Law (New York)

Charles-Siegfried FAHRNER  
Sylvain CORVOL  
Stéphanie BOUDIN  
Laurence BOUDAILLIEZ  
Fernanda DE ABREU  
Juliette BLOUET-GAILLARD  
Cécile ASSÉMAT  
Hubert DELVAL  
Pétronille NOËL  
Emmanuelle BOC  
Virginie OZIOL  
Margaux VICAIRE  
Camille BESANCON  
Clémence RECH  
Anne-Claire LOHEST  
Arthur LANCIEN  
Arthur EL AOUFIR  
Marie CIVIT  
Marianne VIDAL  
Audrey BILLECARD  
Léanna FRITSCH  
Pierre-Wandrille AUBRY  
Jean-Baptiste SEGUREL

**AVOCATS  
AU BARREAU DE PARIS**

Géraldine DEMME  
Maître de conférences  
des Facultés de droit  
**OF COUNSEL**

Paris, le 28 octobre 2024

**CONTRIBUTION DU CABINET VOGEL & VOGEL A L'APPEL A  
CONTRIBUTION DE LA COMMISSION SUR LE PROJET DE LIGNES  
DIRECTRICES SUR LES ABUS DE POSITION DOMINANTE PAR  
EXCLUSION**

Dans le cadre de l'appel à contribution lancé par la Commission européenne le 01 août 2024, le cabinet Vogel & Vogel souhaite formuler les observations suivantes concernant le projet de Lignes directrices sur les abus de position dominante par exclusion.

Le cabinet Vogel & Vogel souligne que l'élaboration de lignes directrices sur les abus de position dominante par exclusion est essentielle pour renforcer la prévisibilité et la sécurité juridique. Ces lignes directrices succèdent aux orientations de 2008, qui offraient déjà un certain niveau de sécurité juridique. Néanmoins, elles apportent une plus-value en intégrant les évolutions de la pratique décisionnelle et de la jurisprudence accumulées au cours des quinze dernières années, précisant ainsi la doctrine que la Commission souhaite désormais appliquer. Contrairement aux orientations de 2008, qui visaient principalement à identifier les cas prioritaires, ces nouvelles lignes directrices proposent un cadre plus exhaustif, intégrant également des pratiques jusque-là non abordées, telles que les pratiques d'auto-préférence, récemment sanctionnées dans l'affaire Google Shopping. Elles visent à permettre aux entreprises d'auto-évaluer leurs comportements de manière plus précise et de les adapter aux recommandations actualisées.

Toutefois, ce projet de Lignes directrices tel qu'il est actuellement rédigé par la Commission européenne peut faire l'objet de critiques sur plusieurs points importants.

**1. L'absence de définition de la « concurrence par les mérites »**

Le projet de Lignes directrices évoque un test structuré en deux étapes afin de déterminer s'il existe un abus d'éviction au sens de l'article 102 TFUE. La première étape du test consiste à déterminer si un comportement s'est écarté de la concurrence basée sur « les mérites ».

Le cabinet Vogel & Vogel ne conteste pas l'intérêt d'un tel test mais émet quelques réserves sur sa mise en place.

En effet, étant donné que le projet de Lignes directrices fait de la « concurrence par les mérites » un élément fondamental de la qualification d'abus au regard de l'article 102, on peut regretter qu'il n'en fournisse pas une définition claire. Le texte se limite à mentionner que cette notion « *couvre les comportements qui s'inscrivent dans le cadre d'une concurrence normale fondée sur les performances des opérateurs économiques et qui, en principe, se rapportent à une situation de concurrence dans laquelle les consommateurs bénéficient de prix plus bas, d'une meilleure qualité et d'un choix plus large de biens et de services nouveaux ou améliorés* » (§51).

Le manque de clarté sur ce que recouvre précisément la notion de concurrence par les mérites est de nature à générer une incertitude pour les entreprises.

## 2. L'instauration de présomptions contraire à la jurisprudence de la CJUE

Une nouveauté majeure des Lignes directrices réside dans la présomption selon laquelle certains comportements, comme les accords d'exclusivité ou les ventes liées, sont automatiquement présumés comme susceptibles d'entraîner des effets d'éviction, renversant ainsi la charge de la preuve sur les entreprises.

Cependant, cette présomption n'est pas établie dans la jurisprudence existante de la Cour de justice et est contestée par de nombreux économistes.

Tout d'abord, les présomptions avancées s'écartent de la jurisprudence établie par la Cour de justice en matière d'accords d'exclusivité. Ces présomptions dans le projet de Lignes directrices indiquent que « *le comportement en cause est fortement susceptible de produire des effets d'éviction* ». Elles imposent dès lors un standard élevé dans l'apport de la preuve contraire par l'entreprise.

Alors que dans ses arrêts Intel et Unilever, la CJUE a imposé à la Commission de prouver que des accords d'exclusivité peuvent avoir des effets d'éviction lorsque l'entreprise dominante a avancé des éléments de preuve contraires. Elle précise que la Commission est tenue de procéder à une analyse complète des effets.

*« Toutefois, il convient de préciser cette jurisprudence dans le cas où l'entreprise concernée soutient, au cours de la procédure administrative, éléments de preuve à l'appui, que son comportement n'a pas eu la capacité de restreindre la concurrence et, en particulier, de produire les effets d'éviction reprochés.*

*Dans un tel cas, la Commission est non seulement tenue d'analyser, d'une part, l'importance de la position dominante de l'entreprise sur le marché pertinent et, d'autre part, le taux de couverture du marché par la pratique contestée, ainsi que les conditions et les modalités d'octroi des rabais en cause, leur durée et leur montant, mais elle est également tenue d'apprécier l'existence éventuelle d'une stratégie visant à évincer les concurrents au moins aussi efficaces »*

(CJUE 6 septembre 2017, Intel, C-413/14 P ; CJUE 27 mars 2012, Post Danmark, C-209/10).

Ensuite, en ce qui concerne les ventes liées, la Commission a elle-même à plusieurs reprises exclu le raisonnement par présomption comme non justifié.

Enfin, l'arrêt du Tribunal de l'Union dans l'affaire Google AdSense (affaire T-334/19 du 18 septembre 2024) illustre parfaitement la contradiction avec le projet de Lignes directrices. Dans des observations de principe remarquablement claires, le Tribunal rappelle qu'il appartient à la Commission européenne de démontrer le caractère abusif d'un comportement au regard de l'ensemble des circonstances factuelles pertinentes entourant le comportement en cause (paragraphe 107). Cette démonstration doit ainsi reposer « *sur des éléments de preuve tangibles, qui démontrent, en allant au-delà de la simple hypothèse, la capacité effective de la pratique en cause à produire de tels effets, l'existence d'un doute à cet égard devant bénéficier à l'entreprise ayant recours à une telle pratique.* » (paragraphe 109). Il ne saurait donc être question d'un raisonnement par présomptions, y compris en présence de clauses d'exclusivité. La Commission, qui avait considéré en l'espèce qu'une clause d'exclusivité pouvait être considérée comme abusive sans qu'il fût besoin de vérifier si cette clause avait la capacité de restreindre la concurrence au regard de l'ensemble des circonstances de l'espèce, voit son analyse sévèrement désavouée.

Cette décision illustre parfaitement la jurisprudence constante des juridictions de l'Union sur la nécessité d'une évaluation rigoureuse des effets réels d'un comportement d'éviction sur le marché, ce qui va à l'encontre d'un raisonnement par présomption.

Au-delà de sa conformité à la jurisprudence, un tel raisonnement par présomption comporte des risques économiques réels. Ainsi, même si une entreprise détient une position dominante sur un marché donné, des clauses d'exclusivité peuvent présenter un intérêt réel. Elles peuvent ainsi exemple garantir l'efficacité d'un investissement donné, par exemple pour développer un produit innovant. Instaurer un système de présomptions, qui déclencherait automatiquement un risque sérieux de poursuite de la part des autorités de concurrence, est de nature à dissuader l'investissement dans des projets novateurs.

En plus de fragiliser l'économie, un tel système de présomption ne faciliterait sans doute pas la tâche des autorités de concurrence, qui devront en tout état de cause examiner les arguments des entreprises tendant à renverser la présomption.

En conclusion, un tel système de présomptions ne saurait être admis, faute de quoi des actions peu susceptibles d'avoir des effets anticoncurrentiels pourraient trop facilement être poursuivies pour abus.

### **3. Asymétrie et risque dans la charge de la preuve**

A la lecture du projet de Lignes directrices, il est aisé de constater une asymétrie dans l'application des standards de preuve. D'un côté, le seuil pour établir des effets anticoncurrentiels est relativement bas, facilitant ainsi la qualification d'abus de position dominante. De l'autre, le niveau de preuve exigé pour que l'entreprise justifie objectivement ses actions est bien plus élevé.

Cette disparité entre les exigences en matière de preuve crée un déséquilibre qui peut conduire à des décisions biaisées. L'imposition d'un standard aussi strict pour la défense des entreprises, concomitante à une baisse d'exigence dans la qualification du comportement fautif, peut conduire à des sanctions injustifiées. Cela compromet non seulement la justice des décisions, mais aussi l'efficacité même du droit de la concurrence, dont l'objectif est de garantir un marché dynamique au bénéfice des consommateurs.

Enfin, lorsqu'aucune preuve décisive n'est apportée et que persiste un doute, une question cruciale se pose : sur qui doit reposer la charge de la preuve finale ? Logiquement, on pourrait s'attendre à ce que cette responsabilité incombe à la Commission européenne, en tant qu'organe de poursuite, le doute devant profiter à la personne poursuivie. Pourtant, le projet de Lignes directrices ne va pas en ce sens. En effet, le texte est suffisamment large et imprécis pour donner à la Commission une marge de manœuvre considérable, avec pour conséquence un déséquilibre majeur au préjudice de la défense.

Ainsi, la question de la charge de la preuve reste essentielle dans ces situations ambiguës. Continuer à faire reposer cette charge sur la Commission permettrait d'éviter un jeu fondamentalement déséquilibré, où l'issue serait influencée voire déterminée par la flexibilité excessive que la Commission se garantit dans les lignes directrices.

#### **4. L'affaiblissement du référentiel du « concurrent aussi efficace »**

Un autre point de critique concerne la réduction de l'importance du test du concurrent aussi efficace et du principe qui le sous-tend. La Commission n'évoque ce test que dans l'hypothèse de pratique tarifaire (pratiques de prix prédateurs et de compression des marges) alors que la jurisprudence de l'Union indique qu'il devrait être un guide dans la majorité des cas d'abus d'éviction.

*« C'est pourquoi l'article 102 TFUE interdit, notamment, à une entreprise occupant une position dominante de mettre en œuvre des pratiques produisant des effets d'éviction pour ses concurrents considérés comme étant aussi efficaces qu'elle-même, renforçant sa position dominante en recourant à des moyens autres que ceux qui relèvent d'une concurrence par les mérites.*

[...]

*Une telle mise en balance des effets, favorables et défavorables pour la concurrence, de la pratique contestée ne peut être opérée dans la décision de la Commission qu'à la suite d'une analyse de la capacité d'éviction de concurrents au moins aussi efficaces, inhérente à la pratique en cause. »*

(CJUE 27 mars 2012 Post Danmark C-209/10 ; CJUE 6 septembre 2017 Intel C-413/14 P).

Bien que certains concurrents puissent être désavantagés, il est essentiel de ne pas pénaliser des comportements économiquement efficaces. L'idée centrale est que le référentiel du «

concurrent aussi efficace » permet de ne sanctionner que les pratiques qui nuisent à des rivaux aussi performants que l'entreprise dominante à l'origine de ces agissements. Autrement dit, si seuls des concurrents moins compétitifs sont évincés, il n'y a pas d'éviction caractérisée. Cela favorise une concurrence dynamique qui, *in fine*, bénéficie principalement aux consommateurs.

Le droit de la concurrence ne doit pas avantager des entreprises inefficaces aux dépens des consommateurs. La CJUE a déjà précisé que l'article 102 vise à protéger non pas les concurrents, mais bien la concurrence elle-même et les intérêts des utilisateurs finaux.

*« Il convient de rappeler que l'article 102 TFUE n'a aucunement pour but d'empêcher une entreprise de conquérir, par ses propres mérites, la position dominante sur un marché. Cette disposition ne vise pas non plus à assurer que des concurrents moins efficaces que l'entreprise occupant une position dominante restent sur le marché. »*

(CJUE 27 mars 2012 Post Danmark C-209/10 ; CJUE 6 septembre 2017 Intel C-413/14 P).

On peut regretter que le projet de Lignes directrices s'éloigne des Orientations, qui reprenaient de manière claire ce référentiel ainsi que le test AEC associé. Cet affaiblissement nuit à la sécurité juridique et à la prévisibilité. En effet, les entreprises potentiellement dominantes avaient recours au test AEC pour sécuriser au mieux leurs pratiques commerciales d'un point de vue juridique. Ainsi, l'absence de références claires à ce principe dans les lignes directrices pourrait entraîner une application plus subjective du droit de la concurrence.

##### **5. L'évocation très timide du bien-être du consommateur**

Également, le projet de Lignes directrices mentionne peu le bien-être des consommateurs qui est pourtant l'objectif principal de l'application des règles de concurrence et notamment de l'article 102 TFUE. Il accorde désormais moins d'importance aux préjudices subis par les consommateurs dans l'évaluation d'un comportement, un aspect pourtant central dans le document d'orientation de 2008.

Le projet de la Commission précise également qu'il n'est pas indispensable de démontrer un préjudice direct pour qu'un comportement soit susceptible de provoquer des effets d'exclusion. Il est ainsi regrettable de voir écarter aussi simplement la « theory of harm » dans l'application de l'article 102 TFUE.

##### **6. La confirmation du retour vers le passé en matière de contrôle des concentrations par le biais de l'abus de position dominante**

Le projet réaffirme un arrêt de la Cour de justice (CJUE 16 mars 2023, Towercast, C-449/21) qui permet aux autorités de concurrence d'interpréter l'interdiction de certaines pratiques d'une manière qui pourrait inclure des concentrations échappant aux contrôles préalables. Si cette position élargit potentiellement le champ d'application de l'article 102, elle crée une incertitude juridique accrue pour les entreprises dans le cadre de leurs opérations de concentration.

Il convient de souligner que cette réaffirmation intervient alors que la Cour de justice, dans un souci de préservation de la sécurité juridique, a annulé l'arrêt du Tribunal de l'Union européenne du 13 juillet 2022 ainsi que la décision de la Commission européenne du 19 avril 2021 faisant suite à la demande de renvoi de l'Autorité de la concurrence, concernant l'examen de l'acquisition de la société Grail par Illumina, sur le fondement de l'article 22 du règlement européen relatif aux concentrations (CJUE 3 septembre 2024, C-611/22 P et C-625/22 P).

## **7. Un projet trop peu protecteur de la sécurité juridique des entreprises**

De manière générale, à l'instar de la Communication révisée concernant la définition du marché pertinent (qui permet trop facilement de dessiner un marché pertinent permettant de caractériser une partie dominante), ce projet de Lignes directrices manque de clarté et de précisions sur certains points, ce qui laisse une trop forte marge de manœuvre à la Commission européenne. Au lieu de garantir la sécurité juridique et la transparence attendues, ces Lignes directrices pourraient compliquer l'évaluation par les entreprises de la légalité de leurs comportements.

De plus, compte tenu de la tendance des autorités nationales et des tribunaux à considérer ces Lignes directrices comme des interprétations quasi définitives, ce manque de clarté pourrait avoir des répercussions importantes sur l'application future des règles de concurrence.