



La Commission européenne publie son projet de lignes directrices sur les abus d'éviction : plus de sécurité juridique pour les entreprises ou davantage de marge de manœuvre pour la Commission ?

La Commission européenne a publié un nouveau projet de lignes directrices concernant les pratiques d'éviction abusives sanctionnées par l'article 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE).

L'article 102 du TFUE est le seul domaine du droit européen de la concurrence qui n'est actuellement pas encadré par de véritables lignes directrices¹. Ce projet vise selon la Commission à renforcer la transparence et la sécurité juridique au bénéfice des consommateurs, des entreprises et des autorités nationales de concurrence.

Toutefois, il est important de préciser que le projet de Lignes directrices ne couvre que les abus d'éviction (à l'exclusion des abus d'exploitation) qui se définissent comme les comportements ayant pour objet ou pour effet d'évincer les concurrents de l'entreprise dominante ou d'influer d'une quelconque manière sur la structure de la concurrence sur un marché donné.

Le document de la Commission reprend des solutions classiques en termes de définition d'une position dominante, mais innove en posant une série de tests (triple test pour la qualification d'abus) et des présomptions (triple présomption quant aux effets présumés d'un abus). Après avoir présenté de façon synthétique le projet de Lignes directrices (I), nous le soumettons à une analyse critique qui montre qu'en l'état ce projet sacrifie trop la sécurité juridique des entreprises à la facilitation du travail de la Commission (II).

I. Présentation synthétique du projet de Lignes directrices

1. L'évaluation de la position dominante et de l'abus d'éviction

¹ Il existait jusqu'à présent de simples Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE (ancien article 102 TFUE) aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes (datant de 2008 et peu détaillées).

Dans un premier temps, la Commission réaffirme le critère généralement reconnu de la position dominante, à savoir la capacité d'agir de manière significative indépendamment des concurrents, des clients ou des consommateurs. Elle réaffirme également les trois facteurs clés afin d'apprécier l'existence d'une telle position : la position sur le marché, les barrières à l'entrée et à l'expansion, et la puissance d'achat compensatrice.

Concernant la position sur le marché, le projet consacre la jurisprudence AKZO/COMMISSION (arrêt C-62/86 du 3 juillet 1991) en indiquant que, sauf circonstances exceptionnelles, constitue une preuve de position dominante le fait pour une entreprise de détenir une part de marché égale ou supérieure à 50%.

La Commission précise toutefois qu'une telle position peut également être constatée lorsqu'une entreprise détient moins de 50% de part de marché. Dans une telle hypothèse, la Commission appréciera les parts de marché à la lumière des conditions du marché en cause, de la dynamique de celui-ci et de la mesure dans laquelle les produits sont différenciés. Elle tiendra également compte de l'évolution de ces parts de marché sur une certaine période.

Toutefois, si l'entreprise détient des parts de marché inférieures à 40%, il est peu probable qu'elle se trouve en situation de position dominante sur le marché.

Dans un deuxième temps, le projet de Lignes directrices évoque un test en trois parties afin de déterminer s'il existe un abus d'éviction au sens de l'article 102 TFUE.

Ainsi, pour qu'un abus soit caractérisé, il doit s'agir d'une conduite qui 1) dévie de la concurrence basée sur « les mérites », 2) est susceptible de provoquer des effets d'exclusion, et 3) ne se justifie pas objectivement ou n'entraîne pas de gains d'efficacité.

Le projet de Lignes directrices indique plusieurs facteurs pertinents afin de déterminer si un comportement s'écarte de la concurrence basée sur « les mérites », notamment :

- Si l'entreprise dominante empêche les consommateurs d'exercer leur choix en fonction des mérites des produits, y compris leur qualité.
- Si l'entreprise dominante fournit des informations trompeuses aux autorités administratives ou judiciaires ou à d'autres instances, ou fait un usage abusif des procédures réglementaires de façon à empêcher ou à rendre plus difficile l'entrée de concurrents sur le marché.
- Si l'entreprise dominante enfreint les règles dans d'autres domaines du droit (ex : le droit de la protection des données) et affecte ainsi un paramètre pertinent de la concurrence, tel que le prix, le choix, la qualité ou l'innovation.
- Si l'entreprise dominante modifie son comportement antérieur d'une manière qui est considérée comme anormale ou déraisonnable au regard des circonstances du marché en cause, telle que la cessation injustifiée d'une relation commerciale existante.
- Etc.

2. La charge de la preuve de l'abus d'éviction et l'instauration de nouvelles présomptions

Le projet de Lignes directrices évoque la charge de la preuve dans la démonstration de la capacité d'un comportement de produire des effets d'éviction.

Selon le projet, la Commission n'est pas dans l'obligation de démontrer les effets réels d'éviction, elle doit seulement prouver que le comportement est « susceptible » de produire de tels effets.

Surtout, la plus grande nouveauté réside dans le fait que le régulateur européen instaure un jeu de présomptions à travers trois catégories de comportements :

- Une présomption « dure » d'abus s'applique aux restrictions non déguisées, autrement dit aux comportements dont le seul intérêt économique pour l'entreprise dominante est de restreindre la concurrence (*ex : l'accord entre l'entreprise dominante et ses distributeurs pour échanger un produit concurrent avec le sien sous la menace de supprimer les remises ; le démantèlement actif par l'entreprise dominante des infrastructures utilisées par un concurrent...*). Dans ce cas, il sera quasiment impossible pour l'entreprise dominante d'apporter la preuve contraire.
- Une présomption « souple » s'applique aux comportements qui, bien qu'ils ne représentent pas des restrictions absolues, sont néanmoins susceptibles d'entraîner des effets d'exclusion (*ex : les accords d'exclusivité, les refus de fourniture, les prix prédateurs, la compression des marges et certaines formes de ventes liées*). Dans ces cas, la preuve contraire peut être apportée l'entreprise dominante.
- Pour les autres types de comportement (*ex : les rabais conditionnels qui ne sont pas soumis à des exigences d'achat ou de fourniture exclusifs, les rabais multiproduits, l'auto-référencement, les restrictions d'accès...*) : absence de présomption, la Commission devra démontrer que le comportement est susceptible d'exclure des concurrents.

3. Les principes permettant de déterminer si des catégories spécifiques de comportements sont susceptibles d'être abusives

Pratique (Présumée susceptible de produire des effets d'éviction)	Appréciation du caractère abusif
Accords exclusifs : Diverses formes d'obligation d'acheter, pour un client, ou de vendre, pour un fournisseur, de quoi	Eléments à prendre en compte : <ul style="list-style-type: none">• L'étendue de la position dominante de l'entreprise sur le marché en cause (notamment le degré de pouvoir de marché et si l'entreprise dominante est un partenaire commercial incontournable)

<p>couvrir la totalité ou une part considérable de ses besoins à l'entreprise dominante.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • La part du marché affectée par le comportement • Les conditions et les modalités des conditions d'exclusivité (durée, référence directe ou indirecte aux volumes, rabais...) • L'existence éventuelle d'une stratégie visant à évincer les concurrents existants ou potentiels de l'entreprise dominante
<p>Ventes liées et ventes groupées : Pratique qui consiste à proposer un certain produit (le « produit liant ») uniquement avec un autre produit (le « produit lié »)</p>	<p>Conditions pour qu'une vente liée soit susceptible d'être abusive :</p> <ul style="list-style-type: none"> • Le produit liant et le produit lié doivent être deux produits distincts • L'entreprise concernée doit détenir une position dominante sur le marché du produit liant • L'entreprise concernée ne doit pas donner le choix aux clients d'obtenir le produit liant sans le produit lié • La vente liée est susceptible de produire des effets d'éviction (ex : utilisée pour exploiter sur le marché lié, par effet de levier, la position dominante détenue sur le marché liant). Eléments à prendre en compte : <ul style="list-style-type: none"> ○ L'entreprise a également un fort pouvoir de marché sur le marché lié ○ L'importance du lien entre le produit liant et le produit lié ○ La présence de barrière à l'entrée et à l'expansion sur le marché lié ○ Le degré d'inertie ou de biais des consommateurs sur le marché lié
<p>Refus de fourniture : Situation dans laquelle une entreprise dominante a mis au point un intrant exclusivement ou principalement pour son propre usage et refuse d'y donner accès lorsqu'une partie le demande</p>	<p>Conditions pour qu'un refus de fourniture soit susceptible d'être abusif :</p> <ul style="list-style-type: none"> • L'intrant est indispensable (il n'existe aucun substitut réel ou potentiel) pour que l'entreprise qui demande l'accès puisse concurrencer l'entreprise dominante sur un marché en aval • Le refus est susceptible d'éliminer toute concurrence de la part de l'entreprise demandeuse
<p>Prix prédateurs : Stratégies de tarification inférieure aux coûts mises en place par une entreprise dominante sur le marché principal ou sur le marché connexe.</p>	<p>Le test prix-coût, deux résultats possibles :</p> <ul style="list-style-type: none"> • Si les prix sont inférieurs au coût variable moyen ou au coût évitable moyen, l'entreprise dominante est présumée ne poursuivre aucun objectif économique autre que celui d'éliminer ses concurrents • Si les prix sont inférieurs à la somme des coûts fixes et variables ou au coût marginal moyen à long terme mais supérieurs au coût variable moyen ou au coût évitable moyen, alors la pratique tarifaire peut être considérée comme prédatrice si elle a pour but de réduire la concurrence sur le marché en cause

<p>Compression des marges : Situation dans laquelle une entreprise active sur un marché d'intrant en amont et un marché en aval connexe fixe ses prix en amont ou en aval à un niveau qui empêche les concurrents en aval qui sont tributaires de cet intrant d'exercer rentablement et durablement des activités.</p>	<p>Conditions pour qu'une compression des marges soit susceptible d'être abusive :</p> <ul style="list-style-type: none"> • L'entreprise concernée est verticalement intégrée et détient une position dominante sur le marché en amont • L'écart entre les prix en amont et les prix en aval empêche des concurrents aussi efficaces qui sont tributaires de l'intrant de l'entreprise dominante d'exercer rentablement et durablement des activités sur le marché en aval • Le comportement est susceptible de produire des effets d'éviction (ex : en rendant plus difficile, voire impossible, l'accès de concurrents au marché concerné)
--	---

II. Analyse critique du projet de Lignes directrices

Ce projet de Lignes directrices de la Commission peut faire l'objet de critiques sur plusieurs points importants.

1. La nature des effets requis en matière d'abus de position dominante

Tout d'abord, certains éléments que la Commission prétend ne pas avoir à démontrer lorsqu'elle assume la charge de la preuve semblent davantage refléter sa propre volonté que la position établie par les juridictions européennes, ce qui soulève des doutes quant à la validité juridique de sa position.

En particulier, la Commission propose de prouver uniquement que le comportement est « susceptible » d'exclure des rivaux, sans démontrer d'effets réels. Une telle approche apparaît en contradiction avec la jurisprudence de l'Union qui exige des preuves concrètes d'exclusion afin de garantir une certaine sécurité juridique.

En effet, la Cour a déjà jugé que « *étant donné que le caractère abusif d'une pratique ne dépend pas de la forme que celle-ci revêt ou revêtait, mais suppose que ladite pratique ait ou ait eu la capacité de restreindre la concurrence et, en particulier, de produire, lors de sa mise en œuvre, les effets d'éviction reprochés, cette condition doit être appréciée au regard de l'ensemble des circonstances factuelles pertinentes* » (CJUE 2020 Generics C-307/18 ; CJUE 2022 Enel C-377/20).

2. L'instauration de présomptions

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 fermement établie dans la jurisprudence existante et est contestée par de nombreux économistes. En exemptant la Commission de démontrer les effets d'exclusion dès le départ, cette approche pourrait aller à l'encontre des exigences légales en matière de preuve.

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

Le projet reprend à son compte la position résultant d'un arrêt de la Cour de justice (CJUE 2013 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.

4. L'affaiblissement du test 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 (CJUE 2012 Post Danmark C-209/10 ; CJUE 2017 Intel C-413/14 P). 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'évaluation 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.

6. 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 fournir la sécurité juridique et la transparence attendues, ces Lignes directrices pourraient compliquer l'évaluation par les entreprises de la légalité de leurs comportements.

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.

7. L'importance d'une réponse à la consultation publique d'ici le 31 août 2024

Toutefois, ce projet de Lignes directrices est soumis à consultation publique jusqu'au 31 octobre 2024 afin de recueillir l'avis de l'ensemble des parties prenantes. Le cabinet Vogel & Vogel est en cours de préparation d'une contribution à cette consultation publique afin d'assurer la protection des intérêts des différents opérateurs économiques.

N'hésitez pas à nous faire part de vos retours et de vos suggestions afin que nous puissions les intégrer à nos éléments de réponse à la Commission.

La Commission envisage une adoption de ces Lignes directrices au cours de l'année 2025.