



Bruxelles, le **XXX**
[...] (2024) **XXX** draft

SENSITIVE*
UNTIL ADOPTION

COMMUNICATION DE LA COMMISSION

Lignes directrices sur l'application de l'article 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes

* Distribution only on a 'Need to know' basis - Do not read or carry openly in public places. Must be stored securely and encrypted in storage and transmission. Destroy copies by shredding or secure deletion. Full handling instructions <https://europa.eu/db43PX>

COMMUNICATION DE LA COMMISSION

Lignes directrices sur l'application de l'article 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes

Table des matières

1.	Introduction	3
1.1.	Objet des lignes directrices	3
1.2.	Champ d'application et structure des lignes directrices.....	5
1.2.1.	Champ d'application	5
1.2.2.	Structure	6
2.	Principes généraux applicables à l'appréciation d'une position dominante	8
2.1.	Introduction	8
2.2.	Position dominante individuelle.....	9
2.2.1.	Position sur le marché de l'entreprise concernée et de ses concurrents.....	10
2.2.2.	Barrières à l'expansion et à l'entrée.....	11
2.2.3.	Puissance d'achat compensatrice	13
2.3.	Position dominante collective	14
2.3.1.	Accord sur les modalités de la coordination	15
2.3.2.	Capacité de contrôler le respect des modalités de la coordination.....	16
2.3.3.	Existence d'un mécanisme de dissuasion crédible.....	16
2.3.4.	Stabilité externe – absence de contraintes exercées par des concurrents existants ou potentiels et absence de puissance d'achat compensatrice des clients.....	17
3.	Principes généraux permettant de déterminer si le comportement d'une entreprise dominante est susceptible d'être abusif.....	17
3.1.	Introduction	17
3.2.	Comportement qui s'écarte de la concurrence par les mérites.....	19
3.2.1.	Notion de comportement qui s'écarte de la concurrence par les mérites.....	19
3.2.2.	Facteurs pertinents pour établir que le comportement s'écarte de la concurrence par les mérites.....	20
3.3.	Capacité de produire des effets d'éviction	22
3.3.1.	Charge de la preuve pour démontrer la capacité d'un comportement de produire des effets d'éviction.....	22

3.3.2.	Test juridique matériel pour établir la capacité d'un comportement de produire des effets d'éviction.....	25
3.3.3.	Éléments susceptibles d'être pertinents pour l'appréciation de la capacité d'un comportement de produire des effets d'éviction	27
3.3.4.	Éléments qui ne sont pas nécessaires pour démontrer la capacité de produire des effets d'éviction.....	30
4.	Principes permettant de déterminer si des catégories spécifiques de comportement sont susceptibles d'être abusives.....	31
4.1.	Introduction	31
4.2.	Comportements soumis à des tests juridiques spécifiques.....	31
4.2.1.	Accords exclusifs	31
4.2.2.	Ventes liées et ventes groupées.....	34
4.2.3.	Refus de fourniture.....	38
4.2.4.	Prix prédateurs	40
	Application d'un test prix-coût dans les affaires concernant des prix prédateurs.....	43
4.2.5.	Compression des marges.....	44
	Application d'un test prix-coût dans les affaires concernant une compression des marges	46
4.3.	Comportements non soumis à des tests juridiques spécifiques.....	48
4.3.1.	Rabais conditionnels non soumis à des exigences d'achat exclusif ou de fourniture exclusive.....	48
4.3.2.	Rabais multiproduits	52
4.3.3.	Auto-préférence.....	52
4.3.4.	Restrictions d'accès.....	54
5.	Principes généraux applicables à l'appréciation de justifications objectives.....	56

1. INTRODUCTION

1.1. Objet des lignes directrices

1. Les règles de concurrence de l'Union visent à protéger une concurrence effective et non faussée («concurrence effective») au sein du marché intérieur. Une concurrence effective incite les acteurs du marché à fournir les meilleurs produits¹ du point de vue du choix, de la qualité et de l'innovation, aux prix les plus bas pour les consommateurs². Elle garantit que les marchés restent ouverts et dynamiques et crée de nouvelles possibilités pour que les acteurs innovants, y compris les petites et moyennes entreprises (PME) et les jeunes pousses, agissent dans des conditions de concurrence équitables face aux autres acteurs. Elle stimule également l'innovation et garantit une allocation efficace des ressources, contribuant ainsi au développement durable et permettant des chaînes d'approvisionnement fortes et diversifiées, ce qui concourt à la résilience et à la prospérité à long terme de l'Union.
2. Si le fait d'occuper une position dominante dans l'Union n'est pas illégal en soi, les entreprises dominantes peuvent se comporter de manière à fausser ou à entraver une concurrence effective, au détriment de l'intérêt général, des autres acteurs du marché et des consommateurs³. L'atteinte à la concurrence qui résulte du comportement abusif des entreprises dominantes peut prendre diverses formes, telles que des prix plus élevés, une dégradation de la qualité des biens et des services⁴, une baisse de l'innovation ou une limitation du choix des consommateurs⁵.
3. C'est pour remédier à ces formes d'atteinte à la concurrence que l'article 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après le «TFUE») fait peser une responsabilité particulière sur les entreprises dominantes en leur interdisant d'abuser de leur position sur le marché.

¹ Dans les présentes lignes directrices, toute référence aux «produits» doit également s'entendre comme désignant les services.

² Dans les présentes lignes directrices, la notion de «consommateurs» englobe tous les utilisateurs directs ou indirects des produits concernés par le comportement d'une entreprise dominante, y compris les producteurs intermédiaires qui utilisent les produits comme intrant, ainsi que les distributeurs, les grossistes, les détaillants et les consommateurs finals.

³ Arrêt du 22 octobre 2002, Roquette Frères, C-94/00, EU:C:2002:603, point 42; arrêt du 17 février 2011, TeliaSonera Sverige, C-52/09, EU:C:2011:83, point 22; arrêt du 21 décembre 2023, European Superleague Company, C-333/21, EU:C:2023:1011, point 124; arrêt du 14 septembre 2022, Google et Alphabet/Commission (Google Android), T-604/18, EU:T:2022:541, point 1028; et communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions du 18 novembre 2021 – Une politique de concurrence adaptée aux nouveaux défis [COM(2021) 713 final].

⁴ Dans les présentes lignes directrices, le terme «qualité» doit s'entendre comme incluant la qualité d'un produit sous différents aspects – tels que sa durabilité, son utilisation efficace des ressources, sa durée de vie, la valeur et la diversité des utilisations offertes par le produit, la possibilité d'intégrer le produit à d'autres produits, l'image véhiculée ou la sécurité et la protection de la vie privée offertes par le produit, ainsi que sa disponibilité, y compris son délai de mise en route, la résilience des chaînes d'approvisionnement, la fiabilité de l'approvisionnement et les coûts de transport. Voir communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit de la concurrence de l'Union (JO C, C/2024/1645 du 22.2.2024, point 15).

⁵ Arrêt du 14 septembre 2022, Google et Alphabet/Commission (Google Android), T-604/18, EU:T:2022:541, point 281. Voir également arrêt du 21 décembre 2023, European Superleague Company, C-333/21, EU:C:2023:1011, point 133, dans lequel la Cour mentionne, entre autres, le fait de «*limit[er] la production, le développement de produits ou de services alternatifs*».

4. Compte tenu de la concentration croissante du marché dans divers secteurs et de la numérisation de l'économie de l'Union, qui généralise les importants effets de réseau et la dynamique voulant que le gagnant rafle toute la mise, il importe que l'article 102 du TFUE soit appliqué avec vigueur et efficacité⁶. Il est tout aussi important que l'article 102 du TFUE soit appliqué de manière prévisible et transparente afin que les entreprises puissent mener librement leurs activités au sein du marché intérieur, dans les limites fixées par la législation de l'Union, compte tenu également de l'application décentralisée de l'article 102 du TFUE⁷.
5. Conformément à la jurisprudence des juridictions de l'Union⁸, l'article 102 du TFUE s'applique à toutes les pratiques des entreprises dominantes susceptibles de causer un préjudice direct ou indirect au bien-être des consommateurs⁹, y compris les pratiques susceptibles de causer un préjudice aux consommateurs en portant atteinte à une structure de concurrence effective¹⁰.
6. En particulier, les entreprises dominantes peuvent causer préjudice aux consommateurs en faisant obstacle, par le recours à des moyens ou à des ressources différents de ceux qui gouvernent une compétition normale, au maintien du degré de concurrence existant sur le marché ou au développement de cette concurrence¹¹. Un tel comportement, s'il n'est pas objectivement justifié, est dénommé ci-après «pratique d'éviction abusive» et ses effets sont dénommés ci-après «effets d'éviction». Ces effets désignent toute entrave à la capacité ou à l'incitation de concurrents existants ou potentiels à exercer une contrainte concurrentielle sur l'entreprise dominante¹², telle que le fait d'évincer complètement ou de marginaliser des concurrents, d'augmenter les barrières à l'entrée ou à l'expansion¹³, d'entraver ou de supprimer l'accès effectif aux marchés ou à des parties de ceux-ci¹⁴ ou de contraindre le développement potentiel des concurrents¹⁵.

⁶ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions du 18 novembre 2021 – Une politique de concurrence adaptée aux nouveaux défis [COM(2021) 713 final].

⁷ Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité (devenus articles 101 et 102 du TFUE), JO L 1 du 4.1.2003, p. 1, articles 1^{er}, 3, 5 et 6.

⁸ Dans les présentes lignes directrices, le terme «juridictions de l'Union» désigne la Cour de justice et le Tribunal.

⁹ Arrêt du 12 mai 2022, Servizio Elettrico Nazionale e.a., C-377/20, EU:C:2022:379, points 44 et 46 et jurisprudence citée.

¹⁰ Arrêt du 21 février 1973, Europemballage Corporation et Continental Can Company/Commission, 6/72, EU:C:1973:22, point 26; arrêt du 17 février 2011, TeliaSonera Sverige, C-52/09, EU:C:2011:83, point 24; arrêt du 12 mai 2022, Servizio Elettrico Nazionale e.a., C-377/20, EU:C:2022:379, point 44 et jurisprudence citée.

¹¹ Arrêt du 13 février 1979, Hoffmann-La Roche/Commission, 85/76, EU:C:1979:36, point 91; arrêt du 17 février 2011, TeliaSonera Sverige, C-52/09, EU:C:2011:83, point 27; arrêt du 19 avril 2012, Tomra e.a./Commission, C-549/10 P, EU:C:2012:221, point 17; arrêt du 30 janvier 2020, Generics UK e.a., C-307/18, EU:C:2020:52, point 148; arrêt du 25 mars 2021, Deutsche Telekom/Commission, C-152/19 P, EU:C:2021:238, points 41 et 42; arrêt du 12 mai 2022, Servizio Elettrico Nazionale e.a., C-377/20, EU:C:2022:379, points 44 et 68; arrêt du 4 juillet 2023, Meta Platforms e.a. (Conditions générales d'utilisation d'un réseau social), C-252/21, EU:C:2023:537, point 47; arrêt du 21 décembre 2023, European Superleague Company, C-333/21, EU:C:2023:1011, point 131.

¹² Arrêt du 6 décembre 2012, AstraZeneca/Commission, C-457/10 P, EU:C:2012:770, point 117.

¹³ Arrêt du 6 décembre 2012, AstraZeneca/Commission, C-457/10 P, EU:C:2012:770, point 154.

¹⁴ Arrêt du 14 septembre 2022, Google et Alphabet/Commission (Google Android), T-604/18, EU:T:2022:541, point 281.

7. Dans ce contexte, les présentes lignes directrices énoncent des principes permettant d'apprécier si le comportement des entreprises dominantes constitue une pratique d'éviction abusive au titre de l'article 102 du TFUE, à la lumière de la jurisprudence des juridictions de l'Union.
8. Par la publication des présentes lignes directrices, la Commission a pour objectif de renforcer la sécurité juridique et d'aider les entreprises à apprécier elles-mêmes si leur comportement constitue une pratique d'éviction abusive au titre de l'article 102 du TFUE. Bien qu'elles ne soient pas contraignantes à leur égard, les présentes lignes directrices visent également à fournir des orientations aux juridictions nationales et aux autorités nationales de concurrence des États membres dans le cadre de l'application de l'article 102 du TFUE.
9. Les présentes lignes directrices sont fondées sur la jurisprudence existante des juridictions de l'Union au moment de leur adoption. Elles ne préjugent pas de l'interprétation que les juridictions de l'Union pourraient faire de l'article 102 du TFUE à la suite d'évolutions pertinentes de la jurisprudence.

1.2. Champ d'application et structure des lignes directrices

1.2.1. Champ d'application

10. Les principes généraux énoncés dans les présentes lignes directrices doivent être appliqués aux faits et circonstances propres à chaque cas. La liste des pratiques énumérées à l'article 102 du TFUE n'épuise pas les modes d'exploitation abusive de position dominante interdits par le droit de l'Union¹⁶. Étant donné le nombre élevé de types de pratiques d'éviction abusives possibles des entreprises dominantes, ainsi que le large éventail de conditions de marché dans lesquelles elles peuvent opérer, il n'est pas possible d'apporter des orientations adaptées à chaque scénario envisageable.
11. Bien que les présentes lignes directrices ne concernent que les pratiques d'éviction abusives, les principes pertinents pour l'appréciation d'une position dominante (section 2) et les justifications fondées sur la nécessité objective et les gains d'efficacité (section 5) sont également pertinents pour l'appréciation d'autres formes de comportement abusif, telles que l'exploitation abusive¹⁷.

¹⁵ Arrêt du 8 octobre 1996, *Compagnie maritime belge transports et Compagnie maritime belge, Dafra-Lines, Deutsche Afrika-Linien et Nedlloyd Lijnen/Commission*, affaires jointes T-24/93, T-25/93, T-26/93 et T-28/93, EU:T:1996:139, point 149; arrêt du 4 juillet 2023, *Meta Platforms e.a. (Conditions générales d'utilisation d'un réseau social)*, C-252/21, EU:C:2023:537, point 47; arrêt du 21 décembre 2023, *European Superleague Company*, C-333/21, EU:C:2023:1011, point 131.

¹⁶ Arrêt du 21 février 1973, *Europemballage Corporation et Continental Can Company/Commission*, 6/72, EU:C:1973:22, point 26; arrêt du 17 février 2011, *TeliaSonera Sverige*, C-52/09, EU:C:2011:83, point 26; et arrêt du 16 mars 2023, *Towercast*, C-449/21, EU:C:2023:207, point 46.

¹⁷ Pour éviter toute ambiguïté, un même comportement d'une entreprise dominante peut avoir à la fois des effets d'éviction et des effets d'exploitation.

12. Les présentes lignes directrices sont sans préjudice de l'application d'autres dispositions du droit de la concurrence de l'Union aux mêmes faits, en particulier l'article 101 du TFUE et les règles relatives à son application¹⁸.
13. L'article 102 du TFUE peut également s'appliquer à des comportements qui relèvent d'autres règlements, nationaux ou de l'Union, qui régissent le comportement des entreprises sur le marché¹⁹ et qui poursuivent des objectifs différents de ceux des règles de concurrence²⁰. Le fait qu'il ait été constaté que le comportement d'une entreprise dominante a enfreint une autre législation n'exclut pas que, sous certaines conditions, cette même entreprise puisse, pour le même comportement, être sanctionnée pour une infraction à l'article 102 du TFUE²¹. En outre, le fait que le comportement d'une entreprise ait été jugé conforme à une autre législation, voire encouragé par celle-ci, n'exclut pas que, sous certaines conditions, cette même entreprise puisse, pour le même comportement²², être sanctionnée pour une violation de l'article 102 du TFUE.

1.2.2. Structure

14. Pour apprécier si une entreprise a enfreint l'article 102 du TFUE, les étapes suivantes doivent être respectées. Premièrement, en règle générale, il est nécessaire de définir le ou

¹⁸ Arrêt du 13 février 1979, Hoffmann-La Roche/Commission, 85/76, EU:C:1979:36, point 116; arrêt du 21 décembre 2023, European Superleague Company, C-333/21, EU:C:2023:1011, point 119 et jurisprudence citée. En outre, en ce qui concerne l'application du règlement sur les concentrations [règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises (JO L 24 du 29.1.2004, p. 1)], la Cour a jugé que «l'article 21, paragraphe 1, du règlement n° 139/2004 doit être interprété en ce sens qu'il ne s'oppose pas à ce qu'une opération de concentration d'entreprises, dépourvue de dimension communautaire, au sens de l'article 1^{er} de ce règlement, située en dessous des seuils de contrôle ex ante obligatoire prévus par le droit national et n'ayant pas donné lieu à un renvoi à la Commission en application de l'article 22 dudit règlement, soit analysée par une autorité de concurrence d'un État membre comme étant constitutive d'un abus de position dominante prohibé à l'article 102 TFUE au regard de la structure de la concurrence sur un marché de dimension nationale» (arrêt du 16 mars 2023, Towercast, C-449/21, EU:C:2023:207, point 53).

¹⁹ Arrêt du 4 juillet 2023, Meta Platforms e.a. (Conditions générales d'utilisation d'un réseau social), C-252/21, EU:C:2023:537, points 47 à 54; et arrêt du 12 janvier 2023, Lietuvos geležinkeliai/Commission, C-42/21 P, EU:C:2023:12, point 88.

²⁰ Arrêt du 22 mars 2022, bpost, C-117/20, EU:C:2022:202, point 47; arrêt du 4 juillet 2023, Meta Platforms e.a. (Conditions générales d'utilisation d'un réseau social), C-252/21, EU:C:2023:537, point 48. Voir également arrêt du 1^{er} juillet 2010, AstraZeneca/Commission, T-321/05, EU:T:2010:266, point 366, dans lequel le Tribunal a déclaré que l'existence de voies de recours spécifiques à l'autre système réglementaire (dans cette affaire, le système des brevets) ne modifie pas les conditions d'application du régime du droit de la concurrence.

²¹ Cela n'est possible que: i) s'il existe des règles claires et précises permettant de prévoir quels actes et omissions sont susceptibles de faire l'objet d'un cumul de poursuites et de sanctions ainsi que la coordination entre les deux autorités compétentes; ii) si les deux procédures ont été menées de manière suffisamment coordonnée et rapprochée dans le temps; et iii) si l'ensemble des sanctions imposées correspond à la gravité des infractions commises. Voir arrêt du 22 mars 2022, bpost, C-117/20, EU:C:2022:202, point 58.

²² Arrêt du 14 octobre 2010, Deutsche Telekom/Commission, C-280/08 P, EU:C:2010:603, points 81 à 84; arrêt du 10 juillet 2014, Telefónica et Telefónica de España/Commission, C-295/12 P, EU:C:2014:2062, point 133; arrêt du 1^{er} juillet 2010, AstraZeneca/Commission, T-321/05, EU:T:2010:266, points 813 à 817 et 864. Si un comportement est imposé aux entreprises par la législation ou si la législation crée un cadre juridique qui élimine toute possibilité d'activité concurrentielle, l'article 102 du TFUE ne s'applique pas. Dans une telle situation, le comportement abusif n'est pas imputable à l'entreprise dominante, l'article 102 du TFUE exigeant implicitement le comportement autonome de cette entreprise. L'article 102 du TFUE peut toutefois s'appliquer s'il est constaté que la législation laisse ouverte la possibilité d'une concurrence qui peut être empêchée, restreinte ou faussée par le comportement autonome des entreprises. Arrêt du 14 octobre 2010, Deutsche Telekom/Commission, C-280/08 P, EU:C:2010:603, point 80 et jurisprudence citée.

les marchés de produits et marchés géographiques en cause²³. La communication sur la définition du marché en cause fournit des orientations sur les règles, les critères et les éléments de preuve que la Commission utilise pour définir les marchés²⁴. Deuxièmement, il est nécessaire d'apprécier si l'entreprise concernée détient une position dominante sur le ou les marchés en cause. Troisièmement, il est nécessaire d'apprécier si le comportement de l'entreprise dominante est susceptible d'être abusif, à savoir s'il s'écarte de la concurrence par les mérites et s'il est susceptible de produire des effets d'éviction²⁵. Quatrièmement, il peut être nécessaire d'apprécier si le comportement est objectivement justifié, notamment en ce qui concerne les gains d'efficience.

15. En conséquence, les présentes lignes directrices sont structurées comme suit:

- la section 2 décrit les principes généraux applicables à l'appréciation d'une position dominante;
- la section 3 décrit les principes généraux permettant de déterminer si le comportement d'entreprises dominantes est susceptible de constituer une pratique d'éviction abusive;
- la section 4 décrit les principes permettant de déterminer si certains comportements d'entreprises dominantes en particulier sont susceptibles d'être abusifs;
- la section 5 décrit les principes généraux applicables à l'appréciation des justifications objectives et des gains d'efficience qui, sous certaines conditions, peuvent justifier ou contrebalancer les effets d'un comportement susceptible d'être abusif.

16. Enfin, par souci d'exhaustivité, il convient de rappeler qu'un comportement qui n'est pas susceptible d'affecter sensiblement le commerce entre États membres ne relève pas de l'article 102 du TFUE. La Commission a fourni des orientations sur l'appréciation de l'affectation du commerce dans les lignes directrices relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du traité²⁶.

²³ La définition du marché permet d'identifier de manière systématique les contraintes concurrentielles immédiates exercées sur l'entreprise concernée lorsqu'elle propose des produits sur un territoire donné. Arrêt du 30 janvier 2020, Generics (UK) e.a., C-307/18, EU:C:2020:52, points 127 et 128.

²⁴ Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit de la concurrence de l'Union (JO C, C/2024/1645, 22.2.2024). La définition du marché n'est pas abordée en détail dans les présentes lignes directrices.

²⁵ Dans les présentes lignes directrices, les expressions «susceptible d'être abusif» ou «susceptible de constituer une pratique d'éviction abusive» désignent un comportement qui s'écarte de la concurrence par les mérites et est susceptible de produire des effets d'éviction, indépendamment de la question de savoir si le comportement peut être considéré, à une étape ultérieure de l'analyse, comme objectivement justifié ou non.

²⁶ JO C 101 du 27.4.2004, p. 81.

2. PRINCIPES GÉNÉRAUX APPLICABLES À L'APPRÉCIATION D'UNE POSITION DOMINANTE

2.1. Introduction

17. L'article 102 du TFUE n'empêche pas une entreprise de conquérir, par ses propres mérites, et notamment en raison de ses compétences et de ses capacités, une position dominante sur un marché donné²⁷. Il interdit uniquement l'abus d'une telle position dominante.
18. Une position dominante concerne une position de puissance économique détenue par une entreprise qui lui donne le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et, finalement, des consommateurs²⁸.
19. L'existence d'un certain degré de concurrence sur un marché donné n'exclut pas celle d'une position dominante dès lors que l'entreprise concernée a la capacité de se comporter dans une mesure appréciable sans avoir à tenir compte, dans sa stratégie de marché, de cette concurrence et sans, pour autant, subir des effets préjudiciables de cette attitude²⁹. En conséquence, le fait qu'il puisse y avoir un certain degré de concurrence sur un marché est une circonstance pertinente, mais pas déterminante, pour établir l'existence d'une position dominante³⁰.
20. Pour apprécier le caractère dominant d'une position, il est généralement nécessaire de définir le marché en cause³¹. La définition du marché nécessite d'identifier de manière systématique les contraintes concurrentielles exercées sur les entreprises concernées lorsqu'elles proposent des produits sur un territoire donné. Lors de la définition du marché en cause, la Commission peut devoir tenir compte du fait que les entreprises concernées exercent déjà un pouvoir de marché³². La définition du marché en cause et

²⁷ Arrêt du 19 janvier 2023, *Unilever Italia Mkt Operations*, C-680/20, EU:C:2023:33, point 37; arrêt du 12 mai 2022, *Servizio Elettrico Nazionale e.a.*, C-377/20, EU:C:2022:379, point 73.

²⁸ Arrêt du 14 février 1978, *United Brands et United Brands Continental/Commission*, 27/76, EU:C:1978:22, point 65.

²⁹ Arrêt du 13 février 1979, *Hoffmann-La Roche/Commission*, 85/76, EU:C:1979:36, point 70.

³⁰ Arrêt du 30 janvier 2007, *France Télécom/Commission*, T-340/03, EU:T:2007:22, point 101. Voir également décision de la Commission du 10 février 2021 dans l'affaire AT.40394 – *Aspen*, considérant 63.

³¹ Arrêt du 21 février 1973, *Europemballage Corporation et Continental Can Company/Commission*, 6/72, EU:C:1973:22, point 32; arrêt du 30 janvier 2020, *Generics (UK) e.a.*, C-307/18, EU:C:2020:52, point 127.

³² Dans le cadre de la définition du marché dans les affaires relevant de l'article 102 du TFUE, l'une des questions qui peut se poser est le fait que le prix facturé par l'entreprise concernée peut être supérieur au niveau qui résulterait du jeu de la concurrence. Dans un tel scénario, l'utilisation du test «SSNIP» (augmentation faible mais significative et non transitoire des prix) comme outil de définition du périmètre du marché en cause peut ne pas être appropriée, étant donné que la définition du marché doit se fonder sur une substitution à des prix concurrentiels et non à des prix qui sont déjà supérieurs au niveau qui résulterait du jeu de la concurrence. On appelle «sophisme de la cellophane» (ou «*cellophane fallacy*») le risque qu'une analyse réalisée avec le test «SSNIP» et fondée sur un prix déjà gonflé amène à conclure à tort à l'existence de vastes marchés en cause. Par conséquent, le cas échéant, le test «SSNIP» doit être appliqué avec minutie dans les affaires relevant de l'article 102 du TFUE. Voir, par exemple, décision de la Commission du 15 octobre 2014 dans l'affaire AT.39253 – *Slovak Telekom*, considérants 158 à 171. Voir également communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit de la concurrence de l'Union [JO C, C/2024/1645 du 22.2.2024, point 18 c) et note de bas de page 55].

l'appréciation de l'existence d'une position dominante des entreprises concernées sur ce marché peuvent donc être liées.

21. Une fois que l'existence d'une position dominante a été établie, l'article 102 du TFUE devient applicable et le degré de dominance n'est pas en tant que tel décisif pour définir son champ d'application. Toutefois, le degré de dominance peut être pertinent, parmi d'autres facteurs, aux fins d'analyser si le comportement de l'entreprise concernée est susceptible de produire des effets d'éviction³³.
22. Une position dominante peut être détenue par une entreprise (position dominante individuelle) ou par deux ou plusieurs entreprises (position dominante collective), comme expliqué ci-après.

2.2. Position dominante individuelle

23. Une position dominante individuelle se rapporte à une situation dans laquelle une seule entreprise³⁴ a la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et, finalement, des consommateurs sur le marché en cause³⁵.
24. L'existence d'une position dominante résulte en général de la réunion de plusieurs facteurs qui, pris isolément, ne seraient pas nécessairement déterminants³⁶. Les sections suivantes illustrent, de manière non exhaustive, certains de ces facteurs. D'autres facteurs peuvent être pertinents pour l'appréciation de la position dominante, en fonction des circonstances spécifiques de chaque espèce³⁷.

³³ Arrêt du 17 février 2011, *TeliaSonera Sverige*, C-52/09, EU:C:2011:83, points 80 et 81; arrêt du 6 septembre 2017, *Intel/Commission*, C-413/14 P, EU:C:2017:632, points 139; et arrêt du 10 novembre 2021, *Google et Alphabet/Commission (Google Shopping)*, T-612/17, EU:T:2021:763, point 183. Voir également décision de la Commission COMP/C-1/36915, *Deutsche Post AG*, considérant 103.

³⁴ Les caractéristiques spécifiques d'un marché peuvent permettre à plus d'une entreprise au sein d'un même marché d'occuper une position dominante individuelle. Voir, par exemple, décision de la Commission du 26 novembre 2008 dans l'affaire AT.39388 – *Marché de gros de l'électricité en Allemagne* et l'affaire AT.39389 – *Marché d'équilibrage de l'électricité en Allemagne*, considérant 13.

³⁵ Voir en ce sens arrêt du 14 février 1978, *United Brands et United Brands Continental/Commission*, 27/76, EU:C:1978:22, point 65.

³⁶ Arrêt du 14 février 1978, *United Brands et United Brands Continental/Commission*, 27/76, EU:C:1978:22, point 66; arrêt du 15 décembre 1994, *Gøttrup-Klim e.a. Grovwareforeninger/Dansk Landbrugs Grovvareselska*, C-250/92, EU:C:1994:413, point 47.

³⁷ Par exemple, dans le contexte des plateformes multifaces, avec deux groupes d'utilisateurs différents, les contraintes sur le pouvoir de marché de l'opérateur de plateforme vis-à-vis d'un côté de la plateforme peuvent également être exercées par le groupe d'utilisateurs de l'autre côté de la plateforme; voir décision de la Commission du 4 mars 2024 dans l'affaire AT.40437 – *Apple – Pratiques concernant l'App Store (musique en continu)*, considérant 335 et section 8.2.2.5. En outre, en présence de marchés de l'après-vente, une concurrence effective sur les marchés primaires peut restreindre le pouvoir de marché d'une entreprise sur le marché secondaire; voir décision de la Commission du 20 mai 2009 rejetant la plainte dans l'affaire C-3/39.391 – *EFIM*, confirmée dans l'affaire T-296/09, *European Federation of Ink et Ink Cartridge Manufacturers (EFIM)/Commission*, EU:T:2011:693, points 60, 90 et 91 et l'affaire C-56/12, EU:C:2013:575, points 12 et 36 et suivants.

2.2.1. Position sur le marché de l'entreprise concernée et de ses concurrents

25. L'analyse de la position sur le marché de l'entreprise concernée et de ses concurrents au cours de la période considérée³⁸ fournit un aperçu des contraintes auxquelles ces entreprises sont confrontées du fait d'une concurrence effective sur le marché de produits et le marché géographique en cause.
26. L'existence de parts de marché d'une grande ampleur est un élément important car elles constituent en elles-mêmes, sauf circonstances exceptionnelles, la preuve de l'existence d'une position dominante³⁹. Tel est notamment le cas lorsqu'une entreprise détient une part de marché égale ou supérieure à 50 %⁴⁰. Une position dominante peut également être constatée lorsqu'une entreprise détient une part de marché inférieure à 50 %⁴¹. En général, tant les valeurs des ventes ou des achats que le volume des ventes ou des achats fournissent des informations utiles pour apprécier le pouvoir de marché. Généralement, les parts de marché fondées sur la valeur des ventes sont l'indicateur le plus approprié, mais dans d'autres cas, les volumes de ventes ou d'autres indicateurs peuvent mieux refléter la capacité concurrentielle des entreprises⁴².
27. Une comparaison entre les parts de marché de l'entreprise concernée et celles de ses concurrents est également importante⁴³. Par exemple, lorsqu'une entreprise détient une part de marché beaucoup plus importante que celle de ses concurrents, il s'agit d'un facteur pertinent pour apprécier si l'entreprise concernée détient une position dominante⁴⁴.
28. Il convient d'interpréter 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

³⁸ Voir également communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit de la concurrence de l'Union [JO C, C/2024/1645 du 22.2.2024, point 18 b)].

³⁹ Arrêt du 13 février 1979, Hoffmann-La Roche/Commission, 85/76, EU:C:1979:36, point 41.

⁴⁰ Arrêt du 3 juillet 1991, AKZO/Commission, C-62/86, EU:C:1991:286, point 60. Par exemple, au point 92 de l'arrêt du 12 décembre 1991, Hilti/Commission, T-30/89, EU:T:1991:70, une part de marché s'élevant entre 70 % à 80 % a été considérée comme un indice clair de l'existence d'une position dominante sur un marché en cause.

⁴¹ Arrêt du 14 février 1978, United Brands et United Brands Continental/Commission, 27/76, EU:C:1978:22, points 108 et 109, dans lequel l'existence d'une position dominante a été constatée avec une part de marché s'élevant entre 40 % à 45 %. Dans un tel scénario, des facteurs autres que la part de marché de l'entreprise concernée, tels que la puissance et le nombre de concurrents, doivent être pris en considération; voir également arrêt du 17 décembre 2003, British Airways/Commission, T-219/99, EU:T:2003:343, points 211 et 224; et arrêt du 15 décembre 1994, Gøttrup-Klim e.a. Grovwareforeninger/Dansk Landbrugs Grovvareselska, C-250/92, EU:C:1994:413, point 48. Les parts de marché inférieures à 10 % excluent l'existence d'une position dominante, sauf circonstances exceptionnelles; voir arrêt du 22 octobre 1986, Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG/Commission, 75/84, EU:C:1986:399, points 85 et 86.

⁴² Pour de plus amples informations, voir communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit de la concurrence de l'Union (JO C, C/2024/1645 du 22.2.2024, point 111). Dans le contexte des marchés à prix zéro, d'autres mesures telles que le nombre d'utilisateurs, les transactions ou les indicateurs de l'intensité de l'utilisation peuvent constituer une meilleure base pour analyser la position dominante; voir, par exemple, décision de la Commission du 27 juin 2017 dans l'affaire AT.39740 – Google Shopping, considérants 275 et suivants.

⁴³ Arrêt du 17 décembre 2003, British Airways/Commission, T-219/99, EU:T:2003:343, point 211. Voir, par exemple, décision de la Commission du 15 octobre 2014 dans l'affaire AT.39523 – Slovak Telekom, considérant 312.

⁴⁴ Arrêt du 14 février 1978, United Brands et United Brands Continental/Commission, 27/76, EU:C:1978:22, point 112.

différenciés. En particulier, il y a souvent lieu de tenir compte de l'évolution des parts de marché au fil du temps⁴⁵. Sur les marchés à croissance rapide caractérisés par des cycles d'innovation courts, des parts de marché élevées peuvent être un indicateur moins utile du pouvoir de marché, étant donné que ces parts peuvent s'avérer éphémères⁴⁶. Toutefois, les parts de marché qui restent stables au fil du temps peuvent encore constituer un indicateur fiable de la position dominante sur ces marchés⁴⁷.

2.2.2. Barrières à l'expansion et à l'entrée

29. Le deuxième facteur pertinent pour établir l'existence d'une position dominante est l'existence de barrières à l'expansion et à l'entrée sur le marché qui empêchent les concurrents existants d'étendre leurs activités sur le marché ou qui empêchent les concurrents potentiels d'accéder au marché⁴⁸. La facilité d'expansion et d'entrée sur un marché limite la possibilité de comportements indépendants d'une entreprise sur ce marché, étant donné que l'application de prix ou d'autres conditions au-delà du niveau concurrentiel susciterait l'expansion ou l'entrée de concurrents. À l'inverse, l'existence de barrières à l'expansion et à l'entrée accroît la possibilité de comportements indépendants de l'entreprise concernée et la capacité de celle-ci à exercer un pouvoir de marché.
30. Les barrières à l'expansion et à l'entrée peuvent résulter de divers facteurs. Il a été constaté que les barrières juridiques et réglementaires comprenaient, par exemple, les tarifs douaniers ou les contingents, les règlements en matière d'aménagement du territoire⁴⁹, les conditions d'octroi de licences et d'autorisations⁵⁰, les monopoles légaux⁵¹ et les droits de propriété intellectuelle⁵². D'autres barrières à l'expansion et à

⁴⁵ Arrêt du 14 décembre 2005, *General Electric/Commission*, T-210/01, EU:T:2005:456, point 151; voir également décision de la Commission du 13 mai 2019 dans l'affaire AT.40134 – *AB InBev – Restrictions commerciales dans le secteur de la bière*, considérants 69 et 70.

⁴⁶ Arrêt du 11 décembre 2013, *Cisco Systems et Messagenet/Commission*, T-79/12, EU:T:2013:635, point 69.

⁴⁷ Arrêt du 30 janvier 2007, *France Télécom/Commission*, T-340/03, EU:T:2007:22, points 107 et 108.

⁴⁸ Arrêt du 14 février 1978, *United Brands et United Brands Continental/Commission*, 27/76, EU:C:1978:22, points 122 et 124; arrêt du 13 février 1979, *Hoffmann-La Roche/Commission*, 85/76, EU:C:1979:36, point 48.

⁴⁹ Règlements visant à contrôler ou réglementer la construction, la démolition, la modification ou l'utilisation de terrains ou de bâtiments.

⁵⁰ Sur les marchés pharmaceutiques, les entrants potentiels sur le marché doivent généralement obtenir des autorisations de mise sur le marché et négocier des conditions de tarification et de remboursement avec les autorités nationales; voir décision de la Commission du 10 février 2021 dans l'affaire AT.40394 – *Aspen*, considérant 67. Voir également décision de la Commission du 4 mars 2024 dans l'affaire AT.40437 – *Apple – Pratiques concernant l'App Store (musique en continu)*, considérants 341 et 342. Il s'agit également, par exemple, des règlements qui ne permettent d'exercer certaines activités qu'après l'obtention d'une qualification professionnelle.

⁵¹ Voir, par exemple, arrêt du 23 avril 1991, *Höfner/Macrotron*, C-41/90, EU:C:1991:161, point 28; voir également décision de la Commission du 2 octobre 2017 dans l'affaire AT.39813 – *Baltic Rail*, considérant 162.

⁵² La seule possession de droits de propriété intellectuelle ne saurait en tant que telle être considérée comme conférant une position dominante, mais celle-ci est susceptible, dans certaines circonstances, de créer une position dominante en donnant à une entreprise la possibilité de faire obstacle à l'existence d'une concurrence effective sur le marché; voir arrêt du 6 décembre 2012, *AstraZeneca/Commission*, C-457/10 P, EU:C:2012:770, points 186 et suivants. Si la propriété d'un brevet essentiel à une norme (BEN) n'équivaut pas en soi à une position dominante, il peut néanmoins être établi, sur la base de tous les facteurs pertinents, qu'un BEN confère une position dominante par rapport aux acteurs du marché. Voir, en ce sens, décision de la Commission du 29 avril 2014 dans l'affaire AT.39985 – *Motorola*, considérants 223 et 241; et décision de la Commission du 29 avril 2014 dans l'affaire AT.39939 – *Samsung*, considérant 46.

l'entrée découlant de certains avantages ont été relevées dans le passé, parmi lesquelles: i) un réseau de distribution et de vente bien établi⁵³, ii) les économies d'échelle⁵⁴ et de gamme⁵⁵, iii) une intégration verticale et un accès exclusif ou préférentiel aux intrants ou aux clients⁵⁶, iv) l'accès aux matières premières critiques⁵⁷, v) l'inertie des médecins dans leurs habitudes de prescription⁵⁸, vi) l'image de marque et les effets de marque⁵⁹, vii) les avantages tirés des données⁶⁰, et viii) l'existence de l'avantage dit du «premier arrivant»⁶¹. D'autres facteurs susceptibles de créer des barrières à l'expansion et à l'entrée sont les investissements initiaux importants et les coûts irrécupérables élevés⁶², ainsi que les coûts et autres entraves lors du passage à un concurrent⁶³, y compris les biais comportementaux⁶⁴.

31. Sur les marchés des plateformes en particulier, les effets de réseau peuvent également créer des barrières à l'entrée et à l'expansion. En effet, une plateforme concurrente qui

⁵³ Arrêt du 13 février 1979, Hoffmann-La Roche/Commission, 85/76, EU:C:1979:36, point 48; et décision de la Commission du 13 mai 2019 dans l'affaire AT.40134 – *AB InBev – Restrictions commerciales dans le secteur de la bière*, considérant 74.

⁵⁴ Arrêt du 14 février 1978, United Brands et United Brands Continental/Commission, 27/76, EU:C:1978:22, point 122; décision de la Commission du 22 juin 2011 dans l'affaire COMP/39.525 – *Telekomunikacja Polska*, considérant 656.

⁵⁵ Décision de la Commission du 15 octobre 2014 dans l'affaire AT.39523 – *Slovak Telekom*, considérant 332.

⁵⁶ Arrêt du 14 février 1978, United Brands et United Brands Continental/Commission, 27/76, EU:C:1978:22, points 70 et suivants; décision de la Commission du 15 octobre 2014 dans l'affaire AT.39523 – *Slovak Telekom*, considérant 291. Lorsque la plupart des entreprises d'un secteur sont intégrées verticalement, les entrants potentiels sur le marché peuvent avoir besoin d'entrer sur le marché à tous les niveaux pour être compétitifs, ce qui augmente les ressources financières et de gestion nécessaires pour entrer sur le marché et y livrer concurrence. L'intégration verticale peut également permettre à l'entreprise concernée de rendre l'entrée plus difficile en lui accordant certains avantages qui ne peuvent être reproduits que par d'autres entreprises intégrées de la même manière.

⁵⁷ Décision de la Commission du 24 mai 2018 dans l'affaire AT.39816 – *Approvisionnement en gaz en amont en Europe centrale et orientale*, considérant 34.

⁵⁸ Arrêt du 1^{er} juillet 2010, AstraZeneca/Commission, T-321/05, EU:T:2010:266, point 105; voir également arrêt du 6 décembre 2012, AstraZeneca/Commission, C-457/10 P, EU:C:2012:770, point 50.

⁵⁹ Arrêt du 14 février 1978, United Brands et United Brands Continental/Commission, 27/76, EU:C:1978:22, points 91 à 94. Voir également décision de la Commission du 18 juillet 2018 dans l'affaire AT.40099 – *Google Android*, considérants 709 et suivants, confirmée dans l'arrêt du 14 septembre 2022, *Google Android*, T-604/18, EU:T:2022:541, point 489; décision de la Commission du 13 mai 2019 dans l'affaire AT.40134 – *AB InBev – Restrictions commerciales dans le secteur de la bière*, considérant 74; et décision de la Commission du 20 décembre 2022 dans les affaires AT.40462 – *Amazon Marketplace* et AT.40703 – *Amazon Buy Box*, considérant 89.

⁶⁰ Arrêt du 14 septembre 2022, *Google Android*, T-604/18, EU:T:2022:541, point 115; décision de la Commission du 27 juin 2017 dans l'affaire AT.39740 – *Google Search (Shopping)*, considérants 287 et suivants. Les avantages tirés des données susceptibles de créer des barrières à l'entrée comprennent, par exemple, l'accès à des données uniques, les économies d'échelle et de gamme liées aux données ou les effets de réseau fondés sur les données.

⁶¹ Arrêt du 1^{er} juillet 2010, AstraZeneca/Commission, T-321/05, EU:T:2010:266, point 278; décision de la Commission du 18 juillet 2018 dans l'affaire AT.40099 – *Google Android*, considérant 637.

⁶² Décision de la Commission du 22 juin 2011 dans l'affaire COMP/39.525 – *Telekomunikacja Polska*, considérants 648 et suivants; décision de la Commission du 20 mars 2019 dans l'affaire AT.40411 – *Google Search (AdSense)*, considérant 242; et décision de la Commission du 20 décembre 2022 dans les affaires AT.40462 – *Amazon Marketplace* et AT.40703 – *Amazon Buy Box*, considérant 89.

⁶³ Arrêt du 11 décembre 2013, Cisco Systems et Messagenet/Commission, T-79/12, EU:T:2013:635, point 73; arrêt du 14 septembre 2022, *Google Android*, T-604/18, EU:T:2022:541, points 115 et 202 et suivants. Voir également décision de la Commission du 4 mai 2017 dans l'affaire AT.40153 – *Clauses de la nation la plus favorisée relatives aux livres numériques et questions connexes (Amazon)*, considérant 65.

⁶⁴ Arrêt du 14 septembre 2022, *Google Android*, T-604/18, EU:T:2022:541, points 115 et 184 et suivants.

souhaite entrer sur le marché peut avoir à persuader une masse critique d'utilisateurs de changer de plateforme. En cas d'effets de réseau directs, la volonté des utilisateurs de passer à une nouvelle plateforme dépend de la volonté des utilisateurs du même côté de la plateforme de changer de plateforme, tandis que dans le cas d'effets de réseau indirects, la volonté d'un groupe d'utilisateurs de passer à une nouvelle plateforme dépend de la volonté du groupe d'utilisateurs de l'autre côté de la plateforme de changer de plateforme. Un entrant sur le marché peut donc être confronté à la difficulté d'attirer simultanément un nombre suffisant d'utilisateurs des deux côtés de la plateforme⁶⁵. Les barrières à l'entrée résultant des effets de réseau peuvent être encore plus élevées lorsque les utilisateurs ont recours à un hébergement simple⁶⁶.

32. Des parts de marché des entreprises concernées qui se maintiennent à un niveau élevé pendant une période prolongée peuvent en elles-mêmes être des indices de l'existence de barrières à l'expansion et à l'entrée⁶⁷.

2.2.3. *Puissance d'achat compensatrice*

33. Des pressions concurrentielles peuvent être exercées par des concurrents existants ou potentiels de l'entreprise concernée mais aussi par des clients disposant d'une puissance d'achat compensatrice. Une puissance d'achat compensatrice peut empêcher même une entreprise détenant une part de marché élevée d'agir dans une mesure appréciable indépendamment de ses clients⁶⁸. Une telle puissance d'achat peut résulter de la taille des clients ou de leur importance commerciale pour l'entreprise concernée. La puissance d'achat compensatrice diffère du pouvoir général de négociation, qui désigne la capacité d'influencer favorablement le résultat d'une négociation⁶⁹. La puissance d'achat compensatrice désigne la capacité des clients de changer rapidement de fournisseur, de favoriser de nouvelles entrées ou de s'intégrer verticalement, ou de menacer de manière crédible de le faire. Si la puissance d'achat compensatrice est d'une ampleur suffisante, elle peut dissuader ou empêcher toute tentative de l'entreprise concernée d'exercer un pouvoir de marché. Toutefois, la puissance d'achat qui se limite à protéger un segment particulier ou restreint de la clientèle du pouvoir de marché de l'entreprise concernée ne saurait être considérée comme une pression effective suffisante pour exclure l'existence

⁶⁵ Décision de la Commission du 4 mars 2024 dans l'affaire AT.40437 – *Apple – Pratiques concernant l'App Store (musique en continu)*, considérants 344 et 345; décision de la Commission du 20 mars 2019 dans l'affaire AT.40411 – *Google Search (AdSense)*, considérants 249, 250 et 251; décision de la Commission du 20 décembre 2022 dans les affaires AT.40462 – *Amazon Marketplace* et AT.40703 – *Amazon Buy Box*, considérant 90. Voir, en ce sens, arrêt du 10 novembre 2021, *Google et Alphabet/Commission (Google Shopping)*, T-612/17, EU:T:2021:763, point 171.

⁶⁶ L'«hébergement simple» désigne le fait que des utilisateurs utilisent une seule plateforme pour un produit donné, par opposition au fait d'utiliser des plateformes multiples en parallèle pour le même produit («multihébergement»). Voir communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit de la concurrence de l'Union (JO C, C/2024/1645 du 22.2.2024, note de bas de page 131).

⁶⁷ Décision de la Commission du 27 juin 2017 dans l'affaire AT.39740 – *Google Search (Shopping)*, considérant 300.

⁶⁸ Arrêt du 7 octobre 1999, *Irish Sugar/Commission*, T-228/97, EU:T:1999:246, points 97 à 104, dans lequel le Tribunal a examiné si le manque d'indépendance présumé de l'entreprise par rapport à ses clients devait être considéré comme une circonstance exceptionnelle empêchant de conclure à l'existence d'une position dominante, en dépit du fait que l'entreprise était responsable d'une très large part des ventes sur le marché du sucre industriel en Irlande. Voir également décision de la Commission du 17 octobre 2013 dans l'affaire COMP/39.866 – *Ryanair/DAA-Aer Lingus*, considérant 78.

⁶⁹ Décision de la Commission du 29 avril 2014 dans l'affaire AT.39985 – *Motorola*, considérants 242, 243 et 257.

d'une position dominante⁷⁰. La puissance d'achat compensatrice est moins susceptible d'être présente lorsque l'entreprise concernée est confrontée à un grand nombre d'acheteurs dispersés⁷¹ ou lorsque le passage à un concurrent pose d'importantes difficultés⁷².

2.3. Position dominante collective

34. Pour conclure à l'existence d'une position dominante collective, il faut que deux ou plusieurs entités économiques juridiquement indépendantes l'une de l'autre se présentent ou agissent ensemble sur un marché spécifique comme une entité collective du point de vue économique⁷³. Une fois cette circonstance établie, l'appréciation de la position dominante repose essentiellement sur les mêmes facteurs que ceux qui sont pertinents pour établir l'existence d'une position dominante individuelle⁷⁴. Il peut y avoir position dominante collective sans que la concurrence entre les entreprises concernées soit totalement éliminée, que les entreprises concernées adoptent un comportement identique sur le marché à tous égards ou que l'abus soit le fait de toutes les entreprises concernées⁷⁵. Il suffit que l'action constitutive d'un abus puisse être identifiée comme l'une des manifestations de la détention d'une telle position dominante collective⁷⁶.
35. Pour établir l'existence d'une position dominante collective, il y a lieu d'examiner les liens ou facteurs économiques qui créent un lien entre les entreprises concernées⁷⁷ et leur permettent d'agir ensemble indépendamment de leurs concurrents, de leurs clients et des

⁷⁰ Décision de la Commission du 29 avril 2014 dans l'affaire AT.39985 – *Motorola*, considérant 244; décision de la Commission du 18 juillet 2019 dans l'affaire AT.39711 – *Qualcomm (prix d'éviction)*, considérant 322.

⁷¹ Décision de la Commission du 4 mars 2024 dans l'affaire AT.40437 – *Apple – Pratiques concernant l'App Store (musique en continu)*, considérant 353; décision de la Commission du 20 décembre 2012 dans l'affaire AT.39230 – *Rio Tinto Alcan*, considérant 48.

⁷² Décision de la Commission du 20 décembre 2012 dans l'affaire AT.39654 – *Reuters Instrument Codes*, considérant 36; décision de la Commission du 18 juillet 2018 dans l'affaire AT.40099 – *Google Android*, considérants 644 et suivants; et décision de la Commission du 10 février 2021 dans l'affaire AT.40394 – *Aspen*, considérant 70.

⁷³ Arrêt du 16 mars 2000, *Compagnie Maritime Belge Transports e.a./Commission*, affaires jointes C-395/96 P et C-396/96 P, EU:C:2000:132, point 36.

⁷⁴ Une part de marché collective supérieure à 50 % est, en l'absence de preuve du contraire, un indice fort de la capacité de l'entité collective d'avoir des comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et finalement des consommateurs; voir arrêts du 30 septembre 2003, *Atlantic Container Line e.a./Commission*, affaires jointes T-191/98 et T-212/98 à T-214/98, EU:T:2003:245, points 932 et suivants; et arrêt du 25 mars 1999, *Gencor/Commission*, T-102/96, EU:T:1999:65, point 206. Il convient de noter que la notion de position dominante collective s'est développée parallèlement dans la jurisprudence relative à l'article 102 du TFUE et dans la jurisprudence sur les concentrations relevant du règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil, et que ladite notion est appliquée de manière similaire dans le cadre des deux instruments; voir arrêt du 26 janvier 2005, *Laurent Piau/Commission*, T-193/02, EU:T:2005:22, points 109, 110 et 111.

⁷⁵ Arrêts du 30 septembre 2003, *Atlantic Container Line e.a./Commission*, affaires jointes T-191/98 et T-212/98 à T-214/98, EU:T:2003:245, points 632, 633 et 653 et suivants.

⁷⁶ Arrêt du 7 octobre 1999, *Irish Sugar/Commission*, T-228/97, EU:T:1999:246, point 66. Voir également décision de la Commission du 26 novembre 2008 dans l'affaire COMP/39388 – *Marché de gros de l'électricité en Allemagne* et l'affaire COMP/39389 – *Marché d'équilibrage de l'électricité en Allemagne*, considérant 27.

⁷⁷ Arrêt du 16 mars 2000, *Compagnie Maritime Belge Transports e.a./Commission*, affaires jointes C-395/96 P et C-396/96 P, EU:C:2000:132, point 41.

consommateurs⁷⁸. Un tel lien peut résulter de la nature et des termes d'un accord entre les entreprises concernées ou de sa mise en œuvre, ou il peut résulter de liens structurels ou d'une autre nature (par exemple, des liens personnels), à condition que ces liens conduisent les entreprises à se présenter ou à agir ensemble comme une entité collective⁷⁹. Tel pourrait être le cas si des entreprises ont conclu des accords de coopération les conduisant à coordonner leurs activités sur le marché, ou si des participations croisées, des participations dans des entreprises communes, des interpénétrations au niveau des conseils d'administration⁸⁰ ou d'autres liens juridiques conduisent les entreprises concernées à se coordonner.

36. Toutefois, l'existence d'un accord ou de liens structurels entre les entreprises n'est pas indispensable pour établir l'existence d'une position dominante collective⁸¹. On peut aussi conclure à l'existence d'une position dominante collective sur la base d'autres facteurs de corrélation ou d'une appréciation économique de la structure du marché en cause⁸² et de la manière dont les entreprises en question interagissent sur le marché. Lorsque les caractéristiques du marché facilitent l'adoption d'une même ligne d'action par les entreprises concernées, on peut aussi conclure à l'existence d'une position dominante collective en l'absence d'accord ou de liens structurels⁸³.
37. Les sous-sections qui suivent décrivent les éléments pertinents pour établir l'existence d'une position dominante collective sur la base d'une coordination (tacite) entre les entreprises en question⁸⁴. La première sous-section porte sur la possibilité pour les entreprises de s'accorder sur des modalités de coordination, tandis que les trois autres sous-sections portent sur la question de savoir si cette coordination se maintient dans la durée.

2.3.1. Accord sur les modalités de la coordination

38. La probabilité d'une coordination tacite est plus forte si les concurrents peuvent facilement parvenir à une perception commune de la manière dont doit fonctionner la coordination, notamment des paramètres susceptibles de faire l'objet de la coordination envisagée⁸⁵. Moins le cadre économique est complexe et instable, plus il est facile pour les entreprises de parvenir à une compréhension commune des modalités de la coordination car elles sont en mesure de coordonner leur comportement sur le marché en

⁷⁸ Arrêt du 16 mars 2000, *Compagnie Maritime Belge Transports e.a./Commission*, affaires jointes C-395/96 P et C-396/96 P, EU:C:2000:132, point 42.

⁷⁹ Arrêt du 16 mars 2000, *Compagnie Maritime Belge Transports e.a./Commission*, affaires jointes C-395/96 P et C-396/96 P, EU:C:2000:132, points 44 et 45.

⁸⁰ On parle d'interpénétration au niveau des conseils d'administration lorsque deux ou plusieurs entreprises ont en commun un ou plusieurs membres de leur conseil d'administration.

⁸¹ Arrêt du 16 mars 2000, *Compagnie Maritime Belge Transports e.a./Commission*, affaires jointes C-395/96 P et C-396/96 P, EU:C:2000:132, point 45; et arrêt du 25 mars 1999, *Gencor/Commission*, T-102/96, EU:T:1999:65, points 273 et suivants.

⁸² Arrêt du 16 mars 2000, *Compagnie Maritime Belge Transports e.a./Commission*, affaires jointes C-395/96 P et C-396/96 P, EU:C:2000:132, point 45.

⁸³ Arrêt du 25 mars 1999, *Gencor/Commission*, T-102/96, EU:T:1999:65, points 273 et 276.

⁸⁴ Voir également arrêt du 6 juin 2002, *Airtours/Commission*, T-342/99, EU:T:2002:146, points 61 et suivants; et arrêt du 26 janvier 2005, *Laurent Piau/Commission*, T-193/02, EU:T:2005:22, point 111.

⁸⁵ Arrêt du 10 juillet 2008, *Bertelsmann et Sony Corporation of America/Independent Music Publishers et Labels Association (Impala)*, C-413/06 P, EU:C:2008:392, point 123.

ne faisant qu'observer leur comportement respectif et réagir à celui-ci⁸⁶. La question de savoir si un marché est propice à la coordination dépend des caractéristiques du marché en cause. La coordination est généralement plus facile lorsqu'un petit nombre d'entreprises opèrent sur le marché, et elle devient plus difficile lorsque de nombreux concurrents y opèrent⁸⁷. La coordination peut également être facilitée entre les entreprises présentant un degré élevé de symétrie en ce qui concerne, par exemple, les parts de marché⁸⁸, les structures de coûts, les capacités de production, l'offre de produits (du point de vue des prix ou de la qualité, par exemple), le positionnement sur le marché (le degré de reconnaissance de la marque, par exemple) et le niveau d'intégration verticale⁸⁹.

2.3.2. Capacité de contrôler le respect des modalités de la coordination

39. Chacune des entreprises doit avoir les moyens de savoir si les autres entreprises adoptent et maintiennent la même stratégie⁹⁰. La transparence sur le marché devrait, dès lors, être suffisante pour permettre aux entreprises participant à la coordination de connaître, de manière suffisamment précise et immédiate, l'évolution du comportement sur le marché de chacun des autres participants. Il est plus facile de maintenir la coordination lorsque les entreprises peuvent observer leur comportement respectif sur le marché par rapport aux paramètres de la coordination ou lorsque les entreprises peuvent facilement obtenir ces informations⁹¹. Cela permet aux autres entreprises de repérer facilement tout écart par rapport au point de convergence et d'y réagir.

2.3.3. Existence d'un mécanisme de dissuasion crédible

40. Pour que la ligne d'action commune se maintienne dans la durée, il doit exister une incitation pour chaque entreprise concernée à ne pas s'écarter de celle-ci sur le marché⁹². Tel peut être le cas lorsque chaque entreprise sait qu'une action concurrentielle de sa part destinée à accroître sa part de marché provoquerait une action identique de la part des autres, de sorte qu'elle ne retirerait aucun avantage de son initiative⁹³. La coordination ne se maintiendra que si les conséquences d'un écart sont suffisamment graves et opportunes pour convaincre les entreprises qui prennent part à la coordination qu'il est dans leur intérêt de se conformer à la ligne d'action commune. Dans ce cas, c'est la menace de futures représailles qui rend durable la coordination. La simple existence d'un

⁸⁶ Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises (ci-après les «lignes directrices sur les concentrations horizontales») (JO C 31 du 5.2.2004, point 45).

⁸⁷ Lignes directrices sur les concentrations horizontales, point 45.

⁸⁸ Arrêt du 25 mars 1999, Gencor/Commission, T-102/96, EU:T:1999:65, point 134.

⁸⁹ Lignes directrices sur les concentrations horizontales, point 48. Les liens entre les entreprises, tels que des participations croisées ou des participations dans des entreprises communes, peuvent également contribuer à un alignement des incitations et favoriser des comportements parallèles; voir décision de la Commission du 13 juin 2000 dans l'affaire COMP/M.1673 – VEBA/VIAG, considérant 226; et décision de la Commission du 8 novembre 2011 dans l'affaire COMP/M.2567 – Nordbanken/Postgirot, considérant 54.

⁹⁰ Voir arrêt du 6 juin 2002, Airtours/Commission, T-342/99, EU:T:2002:146, point 62, premier tiret.

⁹¹ La transparence du marché dépend de la disponibilité des données mais aussi des caractéristiques des données, à savoir l'âge, la fluctuation et le degré d'agrégation, ainsi que d'éventuels retards dans l'obtention des données.

⁹² Arrêt du 6 juin 2002, Airtours/Commission, T-342/99, EU:T:2002:146, point 62, deuxième tiret.

⁹³ Arrêt du 25 mars 1999, Gencor/Commission, T-102/96, EU:T:1999:65, point 134.

mécanisme de dissuasion crédible suffit, sans qu'il soit nécessaire d'apporter la preuve d'une menace ou d'un recours effectif à un mécanisme de représailles⁹⁴.

2.3.4. Stabilité externe – absence de contraintes exercées par des concurrents existants ou potentiels et absence de puissance d'achat compensatrice des clients

41. Pour que la coordination réussisse, il ne faut pas que la réaction de concurrents existants ou potentiels ou de clients puisse compromettre les résultats attendus de la coordination⁹⁵. En d'autres termes, la pression concurrentielle exercée par les concurrents ou la puissance d'achat compensatrice exercée par les clients ne doivent pas être d'une ampleur telle qu'elles feraient échouer la coordination mise en place par les entreprises concernées. Cela exige d'analyser la position sur le marché et la puissance des concurrents qui ne font pas partie de l'entité collective, la position sur le marché et la puissance des acheteurs, ainsi que la possibilité que de nouveaux arrivants entrent sur le marché, telle qu'indiquée par l'ampleur des barrières à l'entrée (voir section 2).
42. L'analyse des quatre éléments énoncés aux sous-sections 2.3.1 à 2.3.4 ne doit pas être effectuée mécaniquement et de manière isolée et abstraite, mais doit tenir compte du mécanisme global d'une hypothétique coordination tacite⁹⁶.

3. PRINCIPES GÉNÉRAUX PERMETTANT DE DÉTERMINER SI LE COMPORTEMENT D'UNE ENTREPRISE DOMINANTE EST SUSCEPTIBLE D'ÊTRE ABUSIF

3.1. Introduction

43. La présente section fournit des indications sur les principes généraux applicables pour apprécier si le comportement d'entreprises dominantes est susceptible d'être abusif⁹⁷.
44. Il incombe aux entreprises qui détiennent une position dominante une responsabilité particulière de ne pas se livrer à des comportements qui entravent l'exercice d'une concurrence effective⁹⁸. Cela s'applique que les entreprises dominantes se livrent à un tel comportement directement ou par l'intermédiaire des agissements de tiers⁹⁹. La notion d'abus étant de nature objective, il n'est généralement pas nécessaire de démontrer

⁹⁴ Arrêt du 6 juin 2002, *Airtours/Commission*, T-342/99, EU:T:2002:146, point 195; arrêt du 13 juillet 2006, *Independent Music Publishers et Labels Association (Impala)/Commission*, T-464/04, EU:C:2006:216, point 466.

⁹⁵ Voir également lignes directrices sur les concentrations horizontales, point 56.

⁹⁶ Arrêt du 10 juillet 2008, *Bertelsmann et Sony Corporation of America/Independent Music Publishers et Labels Association (Impala)*, C-413/06, EU:C:2008:392, points 125 et suivants.

⁹⁷ Si les sections 3, 4 et 5 des présentes lignes directrices font référence de manière générale au comportement d'une entreprise occupant une position dominante individuelle, toutes les considérations s'appliquent mutatis mutandis au comportement d'entreprises occupant une position dominante collective.

⁹⁸ Arrêt du 6 septembre 2017, *Intel/Commission*, C-413/14 P, EU:C:2017:632, point 135. Le champ d'application matériel de la responsabilité particulière doit être apprécié au regard des circonstances spécifiques de chaque espèce. Voir arrêt du 14 novembre 1996, *Tetra Pak/Commission*, C-333/94 P, EU:C:1996:436, point 24.

⁹⁹ Les agissements de tiers (par exemple, les distributeurs d'une entreprise dominante) peuvent être imputés à une entreprise dominante s'il est établi que ces agissements n'ont pas été adoptés de manière indépendante par lesdits tiers, mais qu'ils font partie d'une politique décidée unilatéralement par l'entreprise dominante (arrêt du 19 janvier 2023, *Unilever Italia Mkt Operations*, C-680/20, EU:C:2023:33, point 33).

qu'une entreprise avait l'intention d'entraver l'exercice d'une concurrence effective pour établir l'existence d'un abus de position dominante¹⁰⁰.

45. Pour déterminer si le comportement d'entreprises dominantes est susceptible de constituer une pratique d'éviction abusive, il est généralement nécessaire d'établir si le comportement s'écarte de la concurrence par les mérites (voir section 3.2 ci-après) et si ce comportement est susceptible de produire des effets d'éviction (voir section 3.3 ci-après)¹⁰¹.
46. Bien que l'appréciation visant à déterminer si le comportement s'écarte de la concurrence par les mérites soit différente sur le plan conceptuel de celle visant à déterminer si le comportement est susceptible de produire des effets d'éviction, certains éléments factuels peuvent être pertinents pour l'appréciation de ces deux aspects. En fonction des circonstances de l'espèce, il peut être nécessaire de procéder à une appréciation relativement plus détaillée de la question de savoir si le comportement s'écarte de la concurrence par les mérites ou de celle de savoir si le comportement est susceptible de produire des effets d'éviction.
47. La jurisprudence des juridictions de l'Union a élaboré des cadres d'analyse spécifiques (ci-après dénommés «tests juridiques spécifiques») pour établir si certains types de comportement par des entreprises dominantes enfreignent l'article 102 du TFUE¹⁰². Ces tests juridiques spécifiques sont l'expression de l'application des principes généraux examinés dans la présente section au comportement spécifique en question. Par conséquent, lorsqu'un comportement donné remplit les conditions énoncées dans un test juridique spécifique, ce comportement est considéré comme étant susceptible d'être abusif parce qu'il ne relève pas de la concurrence par les mérites et qu'il est susceptible de produire des effets d'éviction. Les tests juridiques spécifiques relatifs à cinq types de comportements sont décrits à la section 4.2 ci-après.
48. Enfin, lorsqu'il est démontré que la pratique d'une entreprise en position dominante est susceptible d'être abusive, il demeure possible pour cette entreprise de démontrer que cette pratique est soit objectivement justifiée et proportionnée à cette justification, soit contrebalancée, voire surpassée, par des avantages en termes d'efficacité qui profitent également aux consommateurs¹⁰³. Le cadre utilisé aux fins de cette appréciation est décrit à la section 5.

¹⁰⁰ Voir arrêt du 19 avril 2012, *Tomra e.a./Commission*, C-549/10 P, EU:C:2012:221, point 21; arrêt du 12 mai 2022, *Servizio Elettrico Nazionale e.a.*, C-377/20, EU:C:2022:379, points 60 à 62 et jurisprudence citée; arrêt du 19 janvier 2023, *Unilever Italia Mkt Operations*, C-680/20, EU:C:2023:33, point 45; arrêt du 10 novembre 2021, *Google et Alphabet/Commission* (Google Shopping), T-612/17, EU:T:2021:763, points 254 à 257; arrêt du 1^{er} juillet 2010, *AstraZeneca/Commission*, T-321/05, EU:T:2010:266, point 359. La preuve de l'intention peut toutefois constituer un élément pertinent à prendre en considération dans l'appréciation de l'abus, voir point 70 f) des présentes lignes directrices.

¹⁰¹ Arrêt du 12 mai 2022, *Servizio Elettrico Nazionale e.a.*, C-377/20, EU:C:2022:379, points 68 et 103; et arrêt du 21 décembre 2023, *European Superleague Company*, C-333/21, EU:C:2023:1011, points 129 à 131.

¹⁰² Arrêt du 21 décembre 2023, *European Superleague Company*, C-333/21, EU:C:2023:1011, point 130.

¹⁰³ Arrêt du 12 mai 2022, *Servizio Elettrico Nazionale e.a.*, C-377/20, EU:C:2022:379, point 103.

3.2. Comportement qui s'écarte de la concurrence par les mérites

3.2.1. Notion de comportement qui s'écarte de la concurrence par les mérites

49. Il incombe aux entreprises qui détiennent une position dominante une responsabilité particulière de ne pas porter atteinte, par leur comportement, à l'exercice d'une concurrence effective dans le marché intérieur. Dans le même temps, l'existence d'une position dominante ne prive pas une entreprise placée dans cette position du droit de préserver ses propres intérêts commerciaux, lorsque ceux-ci sont attaqués. Une telle entreprise peut prendre les mesures raisonnables et proportionnées qu'elle juge appropriées pour protéger ses intérêts commerciaux, à condition toutefois qu'elles n'aient pas pour objet de renforcer sa position dominante ou d'en abuser¹⁰⁴.
50. Par conséquent, si les entreprises en position dominante peuvent se défendre contre leurs concurrents, elles doivent le faire en recourant à des moyens relevant d'une concurrence fondée sur les mérites¹⁰⁵. Pour cette raison, les juridictions de l'Union ont établi que seul un comportement qui s'écarte de la concurrence par les mérites peut constituer une pratique d'éviction abusive au sens de l'article 102 du TFUE¹⁰⁶.
51. La notion de concurrence par les mérites couvre un comportement relevant d'une concurrence normale fondée sur les performances des opérateurs économiques¹⁰⁷ et se réfère, en principe, à une situation de concurrence dont les consommateurs tirent profit par des prix moins élevés, une qualité meilleure et un choix plus vaste de biens et de services nouveaux ou plus performants¹⁰⁸. L'article 102 du TFUE n'exclut pas que, du fait d'une concurrence par les mérites, des concurrents moins efficaces que l'entreprise dominante, et donc moins attrayants pour les consommateurs du point de vue notamment des prix, du choix, de la qualité ou de l'innovation, disparaissent du marché ou soient marginalisés¹⁰⁹.
52. Par ailleurs, les juridictions de l'Union ont souligné que l'intention d'une entreprise dominante d'exercer une concurrence fondée sur les mérites, à la supposer établie, ne suffit pas à démontrer l'absence d'un abus¹¹⁰. De surcroît, une entreprise dominante peut

¹⁰⁴ Arrêt du 14 février 1978, *United Brands et United Brands Continental/Commission*, 27/76, EU:C:1978:22, point 189; arrêt du 2 avril 2009, *France Télécom/Commission*, C-202/07 P, EU:C:2009:214, point 46; arrêt du 30 janvier 2020, *Generics (UK) e.a.*, C-307/18, EU:C:2020:52, points 149 à 151; et arrêt du 30 septembre 2003, *Atlantic Container Line e.a./Commission*, affaires jointes T-191/98 et T-212/98 à T-214/98, EU:T:2003:245, point 1120.

¹⁰⁵ Arrêt du 12 mai 2022, *Servizio Elettrico Nazionale e.a.*, C-377/20, EU:C:2022:379, points 74 et 75.

¹⁰⁶ Arrêt du 12 mai 2022, *Servizio Elettrico Nazionale e.a.*, C-377/20, EU:C:2022:379, point 103.

¹⁰⁷ Arrêt du 17 juillet 1998, *ITT Promedia/Commission*, T-111/96, EU:T:1998:183, point 138; arrêt du 12 mai 2022, *Servizio Elettrico Nazionale e.a.*, C-377/20, EU:C:2022:379, point 75; arrêt du 27 mars 2012, *Post Danmark*, C-209/10, EU:C:2012:172, point 24 et jurisprudence citée; arrêt du 12 janvier 2023, *Lietuvos geležinkeliai/Commission*, C-42/21 P, EU:C:2023:12, point 107. Voir également arrêt du 3 juillet 1991, *AKZO/Commission*, C-62/86, EU:C:1991:286, point 70; et arrêt du 2 avril 2009, *France Télécom/Commission*, C-202/07 P, EU:C:2009:214, point 106, qui font référence à la notion de «concurrence par les mérites».

¹⁰⁸ Arrêt du 12 mai 2022, *Servizio Elettrico Nazionale e.a.*, C-377/20, EU:C:2022:379, point 85.

¹⁰⁹ Arrêt du 19 janvier 2023, *Unilever Italia Mkt Operations*, C-680/20, EU:C:2023:33, point 37; arrêt du 12 mai 2022, *Servizio Elettrico Nazionale e.a.*, C-377/20, EU:C:2022:379, points 45 et 73; arrêt du 6 septembre 2017, *Intel/Commission*, C-413/14 P, EU:C:2017:632, point 134; arrêt du 27 mars 2012, *Post Danmark*, C-209/10, EU:C:2012:172, points 21 et 22.

¹¹⁰ Voir arrêt du 19 avril 2012, *Tomra e.a./Commission*, C-549/10 P, EU:C:2012:221, point 22.

être tenue de s'abstenir de se livrer à certaines pratiques qui ne sont pas condamnables pour des entreprises qui ne détiennent pas une position dominante. La simple circonstance que le comportement est également mis en œuvre par des entreprises non dominantes sur le marché ne suffit pas à exclure qu'il s'écarte de la concurrence par les mérites¹¹¹.

3.2.2. *Facteurs pertinents pour établir que le comportement s'écarte de la concurrence par les mérites*

53. Comme indiqué au point 47, un comportement satisfaisant aux exigences d'un test juridique spécifique est considéré comme ne relevant pas de la concurrence par les mérites. Tel est notamment le cas pour les types de comportement examinés à la section 4.2 ci-après, à savoir les accords exclusifs¹¹², les ventes liées et les ventes groupées¹¹³, le refus de fourniture¹¹⁴, les prix prédateurs¹¹⁵ et la compression des marges¹¹⁶, qui satisfont au test juridique spécifique applicable.
54. De même, un comportement pour lequel une entreprise dominante n'a pas d'intérêt économique si ce n'est celui de restreindre la concurrence [les «restrictions non déguisées», voir point 60 c) ci-après] est également considéré comme ne relevant pas de la concurrence par les mérites¹¹⁷.
55. En ce qui concerne les autres comportements, il convient de démontrer que le comportement s'écarte de la concurrence par les mérites en fonction des circonstances spécifiques de l'espèce. Les juridictions de l'Union ont jugé que les facteurs suivants sont pertinents aux fins de cette appréciation¹¹⁸:

¹¹¹ Arrêt du 17 juillet 1998, ITT Promedia/Commission, T-111/96, EU:T:1998:183, point 139; arrêt du 23 octobre 2003, Van den Bergh Foods/Commission, T-65/98, EU:T:2003:281, point 159; arrêt du 9 septembre 2009, Clearstream Banking et Clearstream International/Commission, T-301/04, EU:T:2009:317, point 133; arrêt du 30 septembre 2003, Atlantic Container Line e.a./Commission, T-191/98 et T-212/98 à T-214/98, EU:T:2003:245, points 1124 et 1460.

¹¹² Arrêt du 13 février 1979, Hoffmann-La Roche/Commission, C-85/76, EU:C:1979:36, points 89 à 91; arrêt du 23 octobre 2003, Van den Bergh Foods/Commission, T-65/98, EU:T:2003:281, points 157 à 159. Voir section 4.2.1 des présentes lignes directrices.

¹¹³ Arrêt du 17 septembre 2007, Microsoft/Commission, T-201/04, EU:T:2007:289, points 1046, 1047, 1069 et 1070. Voir section 4.2.2 des présentes lignes directrices.

¹¹⁴ Arrêt du 12 mai 2022, Servizio Elettrico Nazionale e.a., C-377/20, EU:C:2022:379, points 79 et 83. Voir section 4.2.3 des présentes lignes directrices.

¹¹⁵ Arrêt du 3 juillet 1991, AKZO/Commission, C-62/86, EU:C:1991:286, points 70 à 72. Voir section 4.2.4 et point 56 des présentes lignes directrices.

¹¹⁶ Arrêt du 17 février 2011, TeliaSonera Sverige, C-52/09, EU:C:2011:83, point 43. Voir section 4.2.5 et point 5656 des présentes lignes directrices.

¹¹⁷ Arrêt du 12 mai 2022, Servizio Elettrico Nazionale e.a., C-377/20, EU:C:2022:379, point 77; arrêt du 26 janvier 2022, Intel Corp./Commission, T-286/09 RENV, EU:T:2022:19, point 96, qui reprend la constatation formulée dans l'arrêt du 12 juin 2014, Intel/Commission, T-286/09, EU:T:2014:547, point 210; arrêt du 21 décembre 2023, European Superleague Company, C-333/21, EU:C:2023:1011, point 131.

¹¹⁸ Il convient de ne pas considérer cette énumération comme une liste exhaustive de tous les facteurs susceptibles d'être pertinents pour établir qu'un comportement donné s'écarte de la concurrence par les mérites. En outre, un élément peut suffire pour conclure qu'un comportement donné s'écarte de la concurrence par les mérites à la lumière des circonstances spécifiques de l'espèce.

- a) si l'entreprise dominante empêche les consommateurs d'exercer leur choix en fonction des mérites des produits, y compris leur qualité¹¹⁹;
 - b) si l'entreprise dominante fournit des informations trompeuses aux autorités administratives ou judiciaires ou à d'autres instances¹²⁰, ou fait un usage abusif des procédures réglementaires de façon à empêcher ou à rendre plus difficile l'entrée de concurrents sur le marché¹²¹;
 - c) si l'entreprise dominante enfreint les règles dans d'autres domaines du droit (par exemple, 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'innovation¹²²;
 - d) si le comportement de l'entreprise dominante consiste en, ou permet, un traitement biaisé ou discriminatoire qui la favorise par rapport à ses concurrents¹²³;
 - e) 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 existante¹²⁴; et
 - f) si un concurrent hypothétique aussi efficace que l'entreprise dominante ne serait pas en mesure d'adopter le même comportement, notamment parce que ce comportement repose sur l'exploitation de ressources ou de moyens propres à la détention de la position dominante, en particulier pour exploiter ou renforcer cette position sur le même marché ou sur un autre marché¹²⁵.
56. Dans le cas de certaines pratiques tarifaires, à savoir les prix prédateurs (section 4.2.4) et la compression des marges (section 4.2.5), un test prix-coût est nécessaire pour déterminer si le comportement d'une entreprise dominante s'écarte de la concurrence par les mérites¹²⁶. Chaque fois qu'un test prix-coût est appliqué pour déterminer si un comportement s'écarte de la concurrence par les mérites, le résultat de cette application peut également être pertinent pour apprécier la capacité de ce comportement de produire

¹¹⁹ Voir arrêt du 17 septembre 2007, Microsoft/Commission, T-201/04, EU:T:2007:289, en particulier points 1046, 1047, 1057, 1058, 1069 et 1070. Voir également arrêt du 23 octobre 2023, Van den Bergh Foods/Commission, T-65/98, EU:T:2003:281, points 148, 152 et 157.

¹²⁰ Arrêt du 6 décembre 2012, AstraZeneca/Commission, C-457/10 P, EU:C:2012:770, point 98.

¹²¹ Arrêt du 6 décembre 2012, AstraZeneca/Commission, C-457/10 P, EU:C:2012:770, point 134; arrêt du 17 juillet 1998, ITT Promedia/Commission, T-111/96, EU:T:1998:183, point 72.

¹²² Arrêt du 4 juillet 2023, Meta Platforms e.a. (Conditions générales d'utilisation d'un réseau social), C-252/21, EU:C:2023:537, points 47 et 51.

¹²³ Arrêt du 12 mai 2022, Servizio Elettrico Nazionale e.a., C-377/20, EU:C:2022:379, points 96 à 99; arrêt du 21 décembre 2023, European Superleague Company, C-333/21, EU:C:2023:1011, points 131 et 135.

¹²⁴ Arrêt du 6 mars 1974, Istituto Chemioterapico Italiano et Commercial Solvents/Commission, affaires jointes C-6/73 et C-7/73, EU:C:1974:18, point 25; arrêt du 10 novembre 2021, Google et Alphabet/Commission (Google Shopping), T-612/17, EU:T:2021:763, points 179 et 616.

¹²⁵ Arrêt du 12 mai 2022, Servizio Elettrico Nazionale e.a., C-377/20, EU:C:2022:379, points 78, 91 et 92.

¹²⁶ Arrêt du 6 octobre 2015, Post Danmark, C-23/14, EU:C:2015:651, point 55; arrêt du 12 mai 2022, Servizio Elettrico Nazionale e.a., C-377/20, EU:C:2022:379, points 80 à 82.

des effets d'éviction¹²⁷. À l'inverse, un test prix-coût est généralement inapproprié pour apprécier si des pratiques non tarifaires s'écartent de la concurrence par les mérites¹²⁸.

57. Un comportement qui, à première vue, ne s'écarte pas de la concurrence par les mérites (par exemple, la fixation de prix supérieurs au coût total moyen ou «CTM») et, dès lors, n'enfreint normalement pas l'article 102 du TFUE peut, dans des circonstances spécifiques, être considéré comme s'écartant de la concurrence par les mérites, sur la base d'une analyse de tous les éléments de droit et de fait, notamment: i) la dynamique du marché; ii) l'étendue de la position dominante; et iii) les caractéristiques spécifiques du comportement en cause.
58. Si une entreprise dominante fait valoir que son comportement équivaut à une concurrence par les mérites parce que, dans le cas d'espèce, les effets d'éviction concrets ou potentiels produits par le comportement sont contrebalancés, voire surpassés, par des avantages en termes de gains d'efficacité qui profitent aux consommateurs, cet argument est évalué dans le cadre de l'appréciation des justifications objectives (voir section 5 ci-après)¹²⁹.

3.3. Capacité de produire des effets d'éviction

3.3.1. Charge de la preuve pour démontrer la capacité d'un comportement de produire des effets d'éviction

59. Les juridictions de l'Union ont établi des règles relatives à la charge de la preuve lorsqu'il s'agit de démontrer qu'un comportement est susceptible de produire des effets d'éviction, qui dépendent du type de comportement, de la probabilité qu'il entraîne des effets d'éviction et des circonstances pertinentes.
60. En particulier, on peut distinguer les catégories de comportement suivantes:
 - a) *les comportements pour lesquels il est nécessaire de démontrer leur capacité de produire des effets d'éviction*: en règle générale, pour conclure qu'un comportement est susceptible d'être abusif, il y a lieu de démontrer, en se fondant sur des éléments d'analyse et de preuve précis et concrets, qu'un tel comportement a la capacité de produire des effets d'éviction¹³⁰. Une entreprise

¹²⁷ En particulier, le fait que le test prix-coût soit rempli peut faire présumer que le comportement est susceptible de produire des effets d'éviction en cas de prix prédateurs (voir points 111 et 112 ci-après) et de compression des marges en présence d'un écart négatif (voir point 128 ci-après). En matière de rabais et de compression des marges en présence d'un écart positif, un test prix-coût démontrant que même un concurrent hypothétique aussi efficace ne serait pas en mesure d'adopter le même comportement que l'entreprise dominante est un facteur pertinent pour analyser la capacité du comportement de produire des effets d'éviction [voir, en particulier, points 129 et 145 f) ci-après].

¹²⁸ Arrêt du 19 janvier 2023, Unilever Italia Mkt Operations, C-680/20, EU:C:2023:33, point 57; arrêt du 10 novembre 2021, Google et Alphabet/Commission (Google Shopping), T-612/17, EU:T:2021:763, point 539. Néanmoins, la pertinence d'un test prix-coût ne saurait être automatiquement exclue dès lors que les éléments du comportement autres que le prix peuvent être quantifiés de manière fiable, voir arrêt du 19 janvier 2023, Unilever Italia Mkt Operations, C-680/20, EU:C:2023:33, point 59.

¹²⁹ Arrêt du 12 mai 2022, Servizio Elettrico Nazionale e.a., C-377/20, EU:C:2022:379, points 85 et 86; arrêt du 10 novembre 2021, Google et Alphabet/Commission (Google Shopping), T-612/17, EU:T:2021:763, points 188 et 266. Voir également section 5 des présentes lignes directrices.

¹³⁰ Arrêt du 19 janvier 2023, Unilever Italia Mkt Operations, C-680/20, EU:C:2023:33, points 41 et 42; et arrêt du 21 décembre 2023, European Superleague Company, C-333/21, EU:C:2023:1011, point 130.

dominante peut également démontrer à suffisance de droit que le comportement est justifié sur la base d'une justification objective (voir section 5 ci-après);

- b) *les comportements présumés entraîner des effets d'éviction*: certains types de comportement sont généralement reconnus comme étant fortement susceptibles de produire des effets d'éviction. Il pèse donc sur ceux-ci une présomption quant à leur capacité de produire des effets d'éviction¹³¹. Comme expliqué plus en détail à la section 4.2, cette présomption s'applique: i) aux accords de fourniture ou d'achat exclusifs¹³²; ii) aux rabais subordonnés à une exclusivité¹³³; iii) aux prix prédateurs¹³⁴; iv) à une compression des marges en présence d'un écart négatif¹³⁵; et v) à certaines formes de vente liée¹³⁶. Une fois que l'existence factuelle du comportement en cause est établie, le cas échéant dans les conditions établies dans le test juridique spécifique, ses effets d'éviction peuvent être présumés.

Une entreprise dominante peut chercher à réfuter la valeur probante de la présomption dans les circonstances spécifiques de l'espèce en faisant valoir, éléments de preuve à l'appui, que son comportement n'est pas susceptible de produire des effets d'éviction¹³⁷. En fonction des circonstances de l'espèce, il y a différentes manières de démontrer que le comportement n'est pas susceptible de produire des effets d'éviction. L'entreprise peut, par exemple, tenter de renverser la présomption en présentant des éléments de preuve démontrant que les circonstances de l'espèce sont substantiellement différentes des hypothèses de base sur lesquelles se fonde la présomption, de telle sorte que tout effet potentiel devient purement hypothétique.

Les moyens invoqués par l'entreprise dominante au cours de la procédure administrative déterminent la portée de l'obligation d'examen qui incombe à la Commission, ce qui signifie que cette dernière examinera si la présomption est renversée sur la base des arguments et des éléments de preuve présentés par l'entreprise dominante au cours de ladite procédure.

La capacité de produire des effets d'éviction est établie si la Commission:

- i) démontre que les arguments et les éléments de preuve présentés par l'entreprise dominante ne suffisent pas à remettre en cause la présomption, par exemple en raison de la valeur probante insuffisante des éléments de

¹³¹ Bien que les juridictions de l'Union n'aient pas toujours utilisé explicitement le terme «présomption» pour chacune de ces pratiques, la Commission considère que la jurisprudence a mis au point des outils qui peuvent être décrits et conceptualisés de manière large, aux fins des présentes lignes directrices, comme des «présomptions». Par conséquent, le terme «présomption» [ou «présumé(e)»] est employé dans les présentes lignes directrices pour répartir la charge de la preuve résultant de l'application des tests juridiques spécifiques définis par les juridictions de l'Union.

¹³² Voir section 4.2.1 des présentes lignes directrices.

¹³³ Voir section 4.2.1 des présentes lignes directrices.

¹³⁴ Voir section 4.2.4 des présentes lignes directrices.

¹³⁵ Voir section 4.2.5 des présentes lignes directrices.

¹³⁶ Une présomption peut exister en fonction des caractéristiques spécifiques des marchés et des produits en cause. Voir point 95 et note de bas de page 233 ci-après.

¹³⁷ Arrêt du 6 septembre 2017, Intel/Commission, C-413/14 P, EU:C:2017:632, point 138; arrêt du 19 janvier 2023, Unilever Italia Mkt Operations, C-680/20, EU:C:2023:33, points 47 et 48.

preuve ou du fait que les arguments se réfèrent à des hypothèses théoriques plutôt qu'à la réalité pratique de la concurrence sur le marché¹³⁸; ou

- ii) fournit des éléments de preuve démontrant la capacité du comportement de produire des effets d'éviction. La portée et la nature de l'analyse dépendront nécessairement de la portée et de la nature des arguments et des éléments de preuve présentés par l'entreprise dominante.

Même dans le scénario exposé au point ii), l'appréciation des éléments de preuve doit tenir dûment compte de la valeur probante d'une présomption et refléter le fait que le comportement en cause est fortement susceptible de produire des effets d'éviction, dans le cadre de l'appréciation globale du faisceau d'indices menée à la lumière de toutes les circonstances juridiques et économiques pertinentes.

Une entreprise dominante peut également tendre à démontrer que le comportement est justifié sur la base d'une justification objective. Le fait que le comportement soit fortement susceptible d'entraîner des effets d'éviction doit être dûment pris en considération dans la mise en balance à effectuer dans ce contexte (voir section 5 ci-après);

- c) *les restrictions «non déguisées»*: certains types de comportement n'ont, pour une entreprise dominante, pas d'intérêt économique si ce n'est celui de restreindre la concurrence. Ces types de comportement peuvent, par leur nature même, restreindre la concurrence¹³⁹. Ce n'est que dans des cas très exceptionnels qu'une entreprise dominante sera en mesure de prouver que, dans les circonstances spécifiques de l'espèce, le comportement n'était pas susceptible de produire des effets d'éviction. Des exemples de restrictions non déguisées sont notamment:
 - i) le fait que l'entreprise dominante effectue des paiements à des clients qui sont subordonnés au report ou à l'annulation par ces clients du lancement de produits basés sur des produits proposés par des concurrents de l'entreprise dominante¹⁴⁰;
 - ii) le fait que l'entreprise dominante convienne avec ses distributeurs qu'ils échangeront un produit concurrent contre le sien, sous la menace d'un retrait des remises qui leur sont accordées¹⁴¹; ou
 - iii) le fait que l'entreprise dominante démantèle activement une infrastructure utilisée par un concurrent¹⁴².

¹³⁸ Voir, en ce sens, arrêt du 14 septembre 2022, *Google et Alphabet/Commission (Google Shopping)*, T-604/18, EU:T:2022:541, point 428.

¹³⁹ Voir, en ce sens, arrêt du 21 décembre 2023, *European Superleague Company*, C-333/21, EU:C:2023:1011, points 131, 148 et 185; décision de la Commission du 22 septembre 2009 dans l'affaire AT.37990 – *Intel*, considérant 10; et arrêt du 26 janvier 2022, *Intel Corp./Commission*, T-286/09 RENV, EU:T:2022:19, point 96, qui reprend la constatation formulée dans l'arrêt du 12 juin 2014, *Intel/Commission*, T-286/09, EU:T:2014:547, point 210.

¹⁴⁰ Arrêt du 26 janvier 2022, *Intel Corp./Commission*, T-286/09 RENV, EU:T:2022:19, point 96. Les constatations du Tribunal relatives au caractère illégal des restrictions non déguisées ont acquis l'autorité de la chose jugée. Voir arrêt du 26 janvier 2022, *Intel Corp./Commission*, T-286/09 RENV, EU:T:2022:19, point 531; et décision de la Commission du 22 septembre 2009 dans l'affaire AT.37990 – *Intel*, considérant 6.

¹⁴¹ Voir, en ce sens, arrêt du 7 octobre 1999, *Irish Sugar/Commission*, T-228/97, EU:T:1999:246, points 228 à 234.

¹⁴² Voir, en ce sens, arrêt du 12 janvier 2023, *Lietuvos geležinkeliai/Commission*, C-42/21 P, EU:C:2023:12, points 83, 84 et 89 à 91.

S'il est en principe loisible à l'entreprise dominante de chercher à démontrer que la restriction non déguisée est justifiée sur la base d'une justification objective, il est très peu probable qu'un tel comportement puisse être justifié de cette manière (voir section 5 ci-après).

3.3.2. *Test juridique matériel pour établir la capacité d'un comportement de produire des effets d'éviction*

61. En vertu du test juridique applicable lorsque la charge de la preuve ne peut être initialement acquittée dans les conditions énumérées au point 60 b) et c) ci-dessus, la Commission doit démontrer qu'un comportement est au moins susceptible de produire des effets d'éviction¹⁴³. Si les effets en cause doivent être plus qu'hypothétiques¹⁴⁴, établir qu'un comportement est susceptible d'être abusif n'exige pas de prouver que le comportement en cause a effectivement produit des effets d'éviction¹⁴⁵.
62. L'appréciation de la capacité d'un comportement de produire des effets d'éviction se fonde sur les faits et circonstances existant au moment de la mise en œuvre du comportement¹⁴⁶. À cet égard, il suffit de démontrer que le comportement était de nature à éliminer l'incertitude commerciale relative à l'entrée ou à l'expansion de concurrents qui avait cours au moment de la mise en œuvre du comportement¹⁴⁷. De surcroît, lorsqu'il est établi qu'un comportement est objectivement susceptible de restreindre la concurrence¹⁴⁸, cela ne saurait être remis en cause par les réactions concrètes de tiers¹⁴⁹.
63. Si un comportement est suffisamment ancien, il peut être possible de démontrer, en recensant les évolutions du marché qui ont suivi la mise en œuvre du comportement, qu'il a effectivement produit des effets d'éviction. Une telle démonstration peut confirmer que le comportement était en effet susceptible de produire des effets d'éviction.
64. Toutefois, le fait qu'un comportement n'ait pas produit d'effets d'éviction *concrets* ne saurait en soi infirmer sa *capacité* de produire des effets d'éviction. L'absence d'effets d'éviction concrets pourrait être due à diverses causes: par exemple, les changements intervenus sur le marché en cause depuis le début du comportement mais sans rapport avec le comportement, le fait que l'entreprise en position dominante n'a pas été en

¹⁴³ Pour la notion d'effets d'éviction, voir point 6 des présentes lignes directrices et arrêt du 12 mai 2022, Servizio Elettrico Nazionale e.a., C-377/20, EU:C:2022:379, point 50. Voir également arrêt du 17 février 2011, TeliaSonera Sverige, C-52/09, EU:C:2011:83, point 77; et arrêt du 19 avril 2012, Tomra e.a./Commission, C-549/10 P, EU:C:2012:221, point 68.

¹⁴⁴ Arrêt du 6 octobre 2015, Post Danmark, C-23/14, EU:C:2015:651, point 65; arrêt du 12 mai 2022, Servizio Elettrico Nazionale e.a., C-377/20, EU:C:2022:379, point 98; arrêt du 19 janvier 2023, Unilever Italia Mkt Operations, C-680/20, EU:C:2023:33, point 42. Une pratique ne saurait être qualifiée d'abusives si elle est restée à l'état de projet (voir arrêt du 19 janvier 2023, Unilever Italia Mkt Operations, C-680/20, EU:C:2023:33, point 43).

¹⁴⁵ Arrêt du 19 janvier 2023, Unilever Italia Mkt Operations, C-680/20, EU:C:2023:33, point 41 et jurisprudence citée.

¹⁴⁶ Arrêt du 6 décembre 2012, AstraZeneca/Commission, C-457/10 P, EU:C:2012:770, point 110.

¹⁴⁷ Voir, dans le contexte de l'article 101 du TFUE, arrêt du 8 septembre 2016, Lundbeck/Commission, T-472/13, EU:T:2016:449, point 363.

¹⁴⁸ La Cour de justice parle également de la «capacité inhérente» du comportement de produire des effets: voir arrêt du 6 septembre 2017, Intel/Commission, C-413/14 P, EU:C:2017:632, point 140; arrêt du 14 septembre 2022, Google et Alphabet/Commission (Google Android), T-604/18, EU:T:2022:541, points 640 et 641.

¹⁴⁹ Arrêt du 1^{er} juillet 2010, AstraZeneca/Commission, T-321/05, EU:T:2010:266, point 360.

mesure de mettre pleinement en œuvre la stratégie à l'origine du comportement¹⁵⁰ ou le fait que des tiers n'ont pas réagi de la manière attendue¹⁵¹. L'absence d'effets d'éviction concrets ne suffit pas à exclure l'application de l'article 102 du TFUE et ne peut constituer qu'un indice de ce que le comportement en cause n'était pas susceptible de produire les effets d'éviction allégués¹⁵². L'entreprise concernée doit compléter un tel indice par des éléments de preuve démontrant que cette absence d'effets concrets était bien la conséquence de l'incapacité dudit comportement à produire de tels effets¹⁵³.

65. Les effets d'éviction concrets ou potentiels recensés dans l'analyse doivent être imputables au comportement en cause¹⁵⁴. Toutefois, le comportement ne doit pas nécessairement être la seule cause de ces effets d'éviction¹⁵⁵. Il suffit d'établir que le comportement contribue à accroître la probabilité que les effets d'éviction se concrétisent sur le marché¹⁵⁶.
66. D'un point de vue conceptuel, l'analyse de la capacité du comportement de produire des effets d'éviction nécessite de comparer la situation dans laquelle le comportement a été mis en œuvre et la situation en l'absence du comportement. Pour ce faire, il est généralement possible de comparer la situation du marché avant la mise en œuvre du comportement et la situation du marché après la mise en œuvre de celui-ci¹⁵⁷.
67. Dans certains cas, il peut être approprié d'utiliser comme base de comparaison un autre scénario hypothétique dans lequel le comportement n'a pas eu lieu mais où certaines évolutions probables du marché sont également prises en considération¹⁵⁸. Compte tenu de la difficulté d'élaborer des hypothèses crédibles, il n'est pas nécessaire de tenir compte de tous les changements et combinaisons possibles de résultats et de circonstances qui auraient pu survenir en l'absence du comportement. Il suffit d'établir un résultat plausible parmi les différentes issues possibles¹⁵⁹. En tout état de cause, une telle comparaison peut ne pas être nécessaire, en particulier lorsque, du fait du comportement de l'entreprise, il est très difficile, voire impossible, de déterminer les causes objectives de l'évolution observée du marché¹⁶⁰.

¹⁵⁰ Arrêt du 17 février 2011, *TeliaSonera Sverige*, C-52/09, EU:C:2011:83, point 65; arrêt du 12 mai 2022, *Servizio Elettrico Nazionale e.a.*, C-377/20, EU:C:2022:379, points 54 et 55.

¹⁵¹ Arrêt du 1^{er} juillet 2010, *AstraZeneca/Commission*, T-321/05, EU:T:2010:266, point 602.

¹⁵² Arrêt du 12 mai 2022, *Servizio Elettrico Nazionale e.a.*, C-377/20, EU:C:2022:379, point 56.

¹⁵³ Arrêt du 12 mai 2022, *Servizio Elettrico Nazionale e.a.*, C-377/20, EU:C:2022:379, point 56.

¹⁵⁴ Arrêt du 10 novembre 2021, *Google et Alphabet/Commission (Google Shopping)*, T-612/17, EU:T:2021:763, point 441.

¹⁵⁵ Arrêt du 10 novembre 2021, *Google et Alphabet/Commission (Google Shopping)*, T-612/17, EU:T:2021:763, point 412.

¹⁵⁶ Voir, en ce sens, arrêt du 10 novembre 2021, *Google et Alphabet/Commission (Google Shopping)*, T-612/17, EU:T:2021:763, point 412. L'existence d'autres faits ou comportements également susceptibles d'accroître la probabilité des effets d'éviction en cause n'empêche pas de constater la nature abusive d'un comportement donné.

¹⁵⁷ Voir, en ce sens, arrêt du 10 novembre 2021, *Google et Alphabet/Commission (Google Shopping)*, T-612/17, EU:T:2021:763, points 377 et 452 à 454.

¹⁵⁸ Il sera approprié de procéder de la sorte, par exemple, lorsqu'il est considéré avec une probabilité suffisante que des évolutions se seraient produites indépendamment du comportement.

¹⁵⁹ Arrêt du 10 novembre 2021, *Google et Alphabet/Commission (Google Shopping)*, T-612/17, EU:T:2021:763, points 377 et 378.

¹⁶⁰ Arrêt du 12 mai 2022, *Servizio Elettrico Nazionale e.a.*, C-377/20, EU:C:2022:379, points 98 et 99. Voir également arrêt du 14 septembre 2022, *Google et Alphabet/Commission (Google Android)*, T-604/18,

3.3.3. *Éléments susceptibles d'être pertinents pour l'appréciation de la capacité d'un comportement de produire des effets d'éviction*

68. Un comportement peut avoir lieu et produire des effets d'éviction sur le ou les marchés dominés ou sur des marchés non dominés¹⁶¹. Toutefois, le test juridique matériel pour prouver les effets d'éviction d'un comportement est le même, que les effets se produisent sur le marché dominé ou sur un marché autre que le marché dominé mais lié à celui-ci¹⁶². Dans le même temps, lors de l'appréciation des effets sur un marché dominé, il peut être tenu compte du fait que, sur ledit marché, la concurrence est déjà affaiblie en raison de la présence même de l'entreprise dominante.
69. L'appréciation de la capacité d'un comportement de produire des effets d'éviction doit tenir compte de tous les faits et circonstances pertinents pour le comportement en cause¹⁶³. Cette appréciation devrait viser à démontrer, en se fondant sur des éléments d'analyse et de preuve précis et concrets, que le comportement a à tout le moins la capacité de produire des effets d'éviction¹⁶⁴.
70. Les faits et circonstances pertinents à prendre en considération dans l'analyse et leur importance relative peuvent varier en fonction du cas d'espèce. Ils peuvent comprendre, entre autres, un ou plusieurs des éléments décrits ci-après.
- a) *La position de l'entreprise dominante.* En règle générale, le comportement d'une entreprise occupant une position dominante est d'autant plus susceptible de produire des effets d'éviction que cette position est forte¹⁶⁵.
 - b) *Les conditions régnant sur le marché en cause.* Ce facteur comprend les conditions d'entrée et d'expansion, telles que l'existence d'économies d'échelle ou de gamme et les effets de réseau¹⁶⁶. Les économies d'échelle signifient que les concurrents ont moins de chances d'entrer ou de rester sur le marché si l'entreprise dominante occupe une part significative du marché en cause. De la même manière, par son comportement, l'entreprise dominante peut faire

EU:T:2022:541, points 893, dans lequel le Tribunal a considéré qu'une analyse contrefactuelle «destinée à évaluer les conséquences hypothétiques qui auraient pu être observées, en l'absence [de l']abus» peut ne pas être nécessaire lorsque les effets ont été prouvés à l'aide de différents outils et éléments de preuve.

¹⁶¹ Voir, en ce sens, arrêt du 10 novembre 2021, Google et Alphabet/Commission (Google Shopping), T-612/17, EU:T:2021:763, points 163 et 164; arrêt du 17 février 2011, TeliaSonera Sverige, C-52/09, EU:C:2011:83, points 84 à 87.

¹⁶² Arrêt du 10 novembre 2021, Google et Alphabet/Commission (Google Shopping), T-612/17, EU:T:2021:763, point 437.

¹⁶³ Arrêt du 12 mai 2022, Servizio Elettrico Nazionale e.a., C-377/20, EU:C:2022:379, points 51 et 72; arrêt du 19 janvier 2023, Unilever Italia Mkt Operations, C-680/20, EU:C:2023:33, point 40; arrêt du 30 janvier 2020, Generics (UK) e.a., C-307/18, EU:T:2020:52, point 154; arrêt du 25 mars 2021, Slovak Telekom/Commission, C-165/19 P, EU:C:2021:239, point 42.

¹⁶⁴ Arrêt du 19 janvier 2023, Unilever Italia Mkt Operations, C-680/20, EU:C:2023:33, points 42, 51 et 52; et arrêt du 21 décembre 2023, European Superleague Company, C-333/21, EU:C:2023:1011, point 130.

¹⁶⁵ Arrêt du 10 novembre 2021, Google et Alphabet/Commission (Google Shopping), T-612/17, EU:T:2021:763, point 183; arrêt du 19 avril 2012, Tomra e.a./Commission, C-549/10 P, EU:C:2012:221, point 39; arrêt du 17 février 2011, TeliaSonera Sverige, C-52/09, EU:C:2011:83, point 81.

¹⁶⁶ Arrêt du 10 novembre 2021, Google et Alphabet/Commission (Google Shopping), T-612/17, EU:T:2021:763, point 226; arrêt du 17 septembre 2007, Microsoft/Commission, T-201/04, EU:T:2007:289, points 562, 1061 et 1062.

«basculer» un marché caractérisé par des effets de réseau en sa faveur ou consolider encore davantage sa position sur ce marché¹⁶⁷.

- c) *La position des concurrents de l'entreprise dominante.* Ce facteur comprend l'importance des concurrents existants ou potentiels pour le maintien d'une concurrence effective. Un concurrent bien précis peut jouer un rôle concurrentiel substantiel, même s'il ne détient qu'une part de marché réduite par rapport à d'autres concurrents. Malgré des parts de marché plus faibles, un concurrent peut, par exemple: i) être un concurrent proche de l'entreprise dominante; ii) être un concurrent particulièrement innovateur; ou iii) avoir la réputation de réduire systématiquement les prix. Si la position des concurrents est pertinente dans l'appréciation, la constatation de la capacité de produire des effets d'éviction ne saurait être remise en cause par les diligences que les concurrents ont pu, ou auraient pu, mettre en œuvre pour limiter les effets du comportement de l'entreprise dominante¹⁶⁸.
- d) *La portée du comportement abusif présumé.* En règle générale, la capacité d'un comportement de produire des effets d'éviction est d'autant plus élevée que la part des ventes totales sur le marché en cause qui sont affectées par le comportement est élevée, que ce comportement est de longue durée et qu'il est appliqué avec régularité¹⁶⁹. Dans le même temps, même un comportement affectant une faible part des ventes totales sur le marché en cause peut être susceptible de produire des effets d'éviction, par exemple lorsque les clients ou le segment de marché visé par le comportement revêtent une importance stratégique pour l'entrée ou l'expansion [voir point e) ci-après]¹⁷⁰.
- e) *La position des clients ou des fournisseurs d'intrants.* Il est possible que l'entreprise dominante n'applique le comportement qu'à certains clients ou fournisseurs d'intrants revêtant une importance particulière pour l'entrée ou l'expansion de concurrents¹⁷¹. Il peut s'agir des clients ou fournisseurs: i) qui représentent un mode particulier de distribution du produit qui conviendrait à un nouvel entrant, ii) qui sont situés dans une zone géographique se prêtant bien à l'arrivée de nouveaux concurrents, ou iii) qui sont susceptibles d'influencer le comportement d'autres clients. Dans le cas des clients, il peut s'agir, par exemple, de ceux qui sont les plus à même et susceptibles de soutenir l'entrée sur le marché, ou l'expansion, d'autres concurrents en amont de l'entreprise dominante. Dans le cas des fournisseurs d'intrants, il peut s'agir de ceux qui sont les plus à même et susceptibles de soutenir l'entrée ou l'expansion de concurrents de l'entreprise dominante sur un marché en aval, ou de ceux qui produisent une

¹⁶⁷ Décision de la Commission du 16 octobre 2019 dans l'affaire AT.40608 – *Broadcom*, considérants 475 et 478.

¹⁶⁸ Arrêt du 12 mai 2022, Servizio Elettrico Nazionale e.a., C-377/20, EU:C:2022:379, point 102.

¹⁶⁹ Arrêt du 6 octobre 2015, Post Danmark, C-23/14, EU:C:2015:651, point 68; arrêt du 6 septembre 2017, Intel/Commission, C-413/14 P, EU:C:2017:632, point 139; arrêt du 14 septembre 2022, Google et Alphabet/Commission (Google Android), T-604/18, EU:T:2022:541, point 640; et arrêt du 19 janvier 2023, Unilever Italia Mkt Operations, C-680/20, EU:C:2023:33, points 44 et 48.

¹⁷⁰ Arrêt du 14 septembre 2022, Google et Alphabet/Commission (Google Android), T-604/18, EU:T:2022:541, point 696.

¹⁷¹ Arrêt du 17 septembre 2007, Microsoft/Commission, T-201/04, EU:T:2007:289, points 904, 1038 et 1049 et suivants; décision de la Commission du 18 juillet 2019 dans l'affaire AT.39711 – *Qualcomm (prix d'éviction)*, considérants 399 à 406 et 1218.

variété du produit, ou ont un site de production, convenant particulièrement à un nouvel entrant.

- f) *Les preuves d'une stratégie d'éviction.* Si l'abus de position dominante est une notion objective, pour laquelle il n'est pas nécessaire d'établir une intention d'éviction (voir point 44 ci-dessus)¹⁷², la preuve d'une telle intention peut néanmoins être pertinente aux fins de la détermination d'un abus¹⁷³. Ces preuves peuvent comprendre: i) des documents internes indiquant une stratégie visant à évincer des concurrents existants ou potentiels, comme un plan de se livrer à certaines pratiques de manière à évincer un concurrent, d'empêcher l'entrée sur un marché ou de prévenir l'émergence d'un marché; ou ii) des menaces concrètes de mesures d'éviction¹⁷⁴.
- g) *Les preuves d'une évolution concrète du marché.* Bien qu'il ne soit pas nécessaire de démontrer que le comportement en cause a produit des effets d'éviction concrets (voir point 61 ci-dessus), si le comportement est suffisamment ancien, la performance sur le marché de l'entreprise dominante et de ses concurrents après la mise en œuvre du comportement peut prouver la capacité de ce comportement de produire des effets d'éviction¹⁷⁵. En particulier: i) la part de marché de l'entreprise dominante peut avoir augmenté; ii) une baisse plus rapide ou plus importante de la part de marché de l'entreprise dominante peut avoir été évitée; iii) des concurrents existants peuvent avoir été marginalisés ou avoir quitté le marché; iv) des concurrents potentiels peuvent avoir cherché à pénétrer sur le marché sans y arriver; ou v) la capacité ou l'incitation de concurrents existants ou potentiels à exercer une contrainte concurrentielle sur l'entreprise dominante peut avoir été réduite d'une autre manière¹⁷⁶.

¹⁷² Voir toutefois point 111 b) des présentes lignes directrices en ce qui concerne l'obligation légale spécifique de prouver l'existence d'une intention en ce qui concerne les prix prédateurs à des prix situés entre le coût variable moyen (CVM) et le coût total moyen (CTM).

¹⁷³ Arrêt du 30 janvier 2020, Generics (UK) e.a., C-307/18, EU:T:2020:52, point 162 et jurisprudence citée; arrêt du 12 mai 2022, Servizio Elettrico Nazionale e.a., C-377/20, EU:C:2022:379, point 63; arrêt du 19 janvier 2023, Unilever Italia Mkt Operations, C-680/20, EU:C:2023:33, point 45; arrêt du 1^{er} juillet 2010, AstraZeneca/Commission, T-321/05, EU:T:2010:266, point 359; arrêt du 10 novembre 2021, Google et Alphabet/Commission (Google Shopping), T-612/17, EU:T:2021:763, point 254.

¹⁷⁴ Arrêt du 9 décembre 2010, Tomra Systems e.a./Commission, T-155/06, EU:C:2010:370, point 35; arrêt du 22 mars 2012, Slovak Telekom/Commission, T-458/09 et T-171/10, EU:T:2012:145, point 61; décision de la Commission du 18 juillet 2019 dans l'affaire AT.39711 – *Qualcomm (prix d'éviction)*, en particulier considérants 1118, 1119 et suivants.

¹⁷⁵ Voir, en ce sens, arrêt du 14 octobre 2010, Deutsche Telekom/Commission, C-280/08 P, EU:C:2010:603, points 258 et 259; arrêt du 29 mars 2012, Telefónica et Telefónica de España/Commission, T-336/07, EU:C:2012:172, point 402; arrêt du 17 septembre 2007, Microsoft/Commission, T-201/04, EU:T:2007:289, points 1078 et suivants. Voir points 63 et 64 ci-dessus.

¹⁷⁶ Voir point 6 des présentes lignes directrices. En outre, voir arrêt du 15 mars 2007, British Airways/Commission, T-219/99 P, EU:T:2003:343, points 297 et 298; arrêt du 8 octobre 1996, Compagnie maritime belge transports et Compagnie maritime belge, Dafra-Lines, Deutsche Afrika-Linien et Nedlloyd Lijnen/Commission, affaires jointes T-24/93, T-25/93, T-26/93 et T-28/93, EU:T:1996:139, point 149; arrêt du 12 mai 2022, Servizio Elettrico Nazionale e.a., C-377/20, EU:C:2022:379, points 55 et 56.

3.3.4. *Éléments qui ne sont pas nécessaires pour démontrer la capacité de produire des effets d'éviction.*

71. Comme expliqué au point 61 ci-dessus, la constatation de la capacité d'un comportement de produire des effets d'éviction n'exige pas de démontrer une atteinte réelle à la concurrence, à savoir que le comportement de l'entreprise dominante a réussi à produire des effets d'éviction. De surcroît, la constatation qu'un comportement est susceptible de restreindre la concurrence n'exige pas d'établir la rentabilité du comportement en cause, car cela reviendrait à devoir démontrer que ce comportement entraîne des effets d'éviction concrets¹⁷⁷.
72. Il n'est pas non plus nécessaire de prouver que le comportement a causé un préjudice direct aux consommateurs, c'est-à-dire que l'entreprise dominante a effectivement influencé, au préjudice des consommateurs, les prix ou d'autres paramètres de concurrence tels que la production, l'innovation et la variété ou la qualité des produits ou des services¹⁷⁸.
73. Pour apprécier si un comportement est susceptible de produire des effets d'éviction, il n'est pas non plus nécessaire de démontrer que les concurrents existants ou potentiels affectés par le comportement sont aussi efficaces que l'entreprise dominante¹⁷⁹.
74. En outre, pour apprécier si un comportement est susceptible de produire des effets d'éviction, il n'est pas nécessaire de prouver que ce comportement est rendu possible par la position dominante¹⁸⁰.
75. Enfin, aucun seuil de minimis n'a été fixé en vue de déterminer si un comportement enfreint l'article 102 du TFUE¹⁸¹. Tout effet d'éviction réel ou potentiel d'un comportement qui s'écarte de la concurrence par les mérites constituera un nouvel affaiblissement de la concurrence et, à ce titre, relèvera de l'article 102 du TFUE. Dès lors qu'un effet réel ou potentiel a été établi, il n'est pas nécessaire de prouver qu'il revêt un caractère grave ou notable¹⁸². De même, le comportement d'une entreprise dominante qui affecte une partie substantielle du marché ne peut être justifié par la preuve que la

¹⁷⁷ La nécessité pour la Commission de démontrer qu'un comportement abusif entraîne des gains rentables a été rejetée par la Cour en réponse à des arguments avancés par les parties, par exemple en matière de prix prédateurs. Voir arrêt du 2 avril 2009, France Télécom/Commission, C-202/07 P, EU:C:2009:214, points 110 à 113.

¹⁷⁸ Arrêt du 12 mai 2022, Servizio Elettrico Nazionale e.a., C-377/20, EU:C:2022:379, points 44 et 47; arrêt du 10 novembre 2021, Google et Alphabet/Commission (Google Shopping), T-612/17, EU:T:2021:763, point 443.

¹⁷⁹ Arrêt du 10 novembre 2021, Google et Alphabet/Commission (Google Shopping), T-612/17, EU:T:2021:763, points 540 et 541.

¹⁸⁰ Arrêt du 13 février 1979, Hoffmann-La Roche/Commission, C-85/76, EU:C:1979:36, point 91; arrêt du 21 février 1973, Europemballage Corporation et Continental Can Company/Commission, C-6/72, EU:C:1973:22, point 27. Voir également arrêt du 1^{er} juillet 2010, AstraZeneca/Commission, T-321/05, EU:T:2010:266, point 354. Toutefois, le fait que le comportement repose sur l'exploitation de ressources ou de moyens propres à la détention d'une position dominante peut indiquer qu'il s'écarte de la concurrence par les mérites, voir point 55 f) ci-dessus.

¹⁸¹ Voir, en ce sens, arrêt du 6 octobre 2015, Post Danmark, C-23/14, EU:C:2015:651, points 72 et 73.

¹⁸² Voir, en ce sens, arrêt du 6 octobre 2015, Post Danmark, C-23/14, EU:C:2015:651, point 74.

partie restante du marché est encore suffisante pour faire place à un nombre limité de concurrents¹⁸³.

4. PRINCIPES PERMETTANT DE DÉTERMINER SI DES CATÉGORIES SPÉCIFIQUES DE COMPORTEMENT SONT SUSCEPTIBLES D'ÊTRE ABUSIVES

4.1. Introduction

76. La présente section fournit des orientations sur certaines catégories de comportement qui ont fait l'objet d'arrêts des juridictions de l'Union, à savoir les comportements soumis à des tests juridiques spécifiques (section 4.2) et les comportements non soumis à des tests juridiques spécifiques (section 4.3).

4.2. Comportements soumis à des tests juridiques spécifiques

77. La présente section examine cinq types de pratiques abusives pour lesquelles des tests juridiques spécifiques ont été définis, comme indiqué au point 47 ci-dessus.

4.2.1. Accords exclusifs

78. L'accord exclusif désigne diverses formes d'obligation d'acheter, pour un client, ou de vendre, pour un fournisseur, de quoi couvrir la totalité ou une part considérable¹⁸⁴ de ses besoins à l'entreprise dominante, ou des mécanismes incitatifs subordonnés à la condition qu'un client achète ou qu'un fournisseur vende de quoi couvrir la totalité ou une part considérable de ses besoins à l'entreprise dominante.

79. Un accord exclusif peut résulter d'arrangements créant une condition formelle d'exclusivité, d'arrangements ne créant pas explicitement, mais de fait, des conditions d'exclusivité, ou d'une combinaison de ces deux types d'arrangements. Un accord exclusif peut être abusif même s'il est convenu à la demande du partenaire contractuel de l'entreprise dominante¹⁸⁵.

80. L'accord exclusif résultant d'arrangements contractuels formels peut prendre diverses formes: i) une obligation d'achat exclusif qui impose au client ou le lie par une promesse¹⁸⁶ de s'approvisionner exclusivement auprès de l'entreprise dominante («obligation d'achat exclusif»); ii) une obligation de fourniture exclusive qui impose au fournisseur ou le lie par une promesse de vendre exclusivement à l'entreprise dominante («obligation de fourniture exclusive»); ou iii) un système d'incitations consistant en

¹⁸³ Arrêt du 19 avril 2012, Tomra e.a./Commission, C-549/10 P, EU:C:2012:221, point 42; arrêt du 30 janvier 2020, Generics (UK) e.a., C-307/18, EU:T:2020:52, point 161.

¹⁸⁴ Toutes les références aux termes «exclusif», «exclusivité» ou «exclusivement» dans la présente section s'appliquent également aux situations dans lesquelles l'obligation d'achat ou de fourniture ou les mécanismes incitatifs concernent une *part considérable* plutôt que *la totalité* de la demande d'un client ou de l'offre d'un fournisseur (voir arrêt du 13 février 1979, Hoffmann-La Roche/Commission, C-85/76, EU:C:1979:36, point 89; arrêt du 6 septembre 2017, Intel/Commission, C-413/14 P, EU:C:2017:632, point 137). Par exemple, un rabais subordonné à la condition que les clients s'approvisionnent auprès d'une entreprise dominante pour 75 % de leurs besoins a été considéré comme un rabais d'exclusivité (voir arrêt du 13 février 1979, Hoffmann-La Roche/Commission, C-85/76, EU:C:1979:36, point 83).

¹⁸⁵ Arrêt du 13 février 1979, Hoffmann-La Roche/Commission, C-85/76, EU:C:1979:36, point 89; arrêt du 6 septembre 2017, Intel/Commission, C-413/14 P, EU:C:2017:632, point 137.

¹⁸⁶ Arrêt du 13 février 1979, Hoffmann-La Roche/Commission, C-85/76, EU:C:1979:36, point 89.

l'octroi d'un rabais ou d'autres avantages¹⁸⁷ à la condition que le client s'approvisionne exclusivement auprès de l'entreprise dominante ou que le fournisseur approvisionne exclusivement celle-ci, même en l'absence d'obligations contractuelles formelles («rabais d'exclusivité»)¹⁸⁸.

81. Certaines autres obligations, comme les obligations de stockage ou de volume¹⁸⁹, qui ne constituent pas à proprement parler une obligation d'achat exclusif, peuvent dans la pratique avoir le même effet et peuvent donc être qualifiées d'accord exclusif de fait¹⁹⁰.
82. Un accord exclusif conclu par une entreprise dominante est fortement à même de produire des effets d'éviction car il est susceptible d'enlever au client ou au vendeur, ou de restreindre dans son chef, la possibilité de choix en ce qui concerne ses sources d'approvisionnement ou de demande¹⁹¹. À ce titre, l'accord exclusif est présumé être susceptible de produire des effets d'éviction (voir point 60 b) ci-dessus)¹⁹².
83. Si l'entreprise dominante présente des éléments de preuve selon lesquels le comportement n'est pas susceptible de produire des effets d'éviction, la Commission appréciera ceux-ci¹⁹³. Dans les situations où il est procédé à une appréciation de la capacité de l'accord exclusif de produire des effets d'éviction, les éléments pertinents à prendre en considération sont généralement les suivants¹⁹⁴:
 - a) l'étendue de la position dominante de l'entreprise sur le marché en cause, à savoir le degré de pouvoir de marché qu'elle détient¹⁹⁵ et le fait que, pour une

¹⁸⁷ Ces avantages peuvent consister en des avantages tarifaires, tels que des remises, des rabais, des paiements ou des primes, ainsi qu'en des avantages non tarifaires, tels que des conditions applicables à l'assistance technique, des mises à niveau ou des installations gratuites, ou un accès anticipé à une technologie. Décision de la Commission du 29 mars 2006 dans l'affaire COMP/E-1/38.113 – *Prokent-Tomra*, considérant 317; décision de la Commission du 16 octobre 2019 dans l'affaire AT.40608 – *Broadcom*, considérant 364 b), points 2) et 3), et note de bas de page 269.

¹⁸⁸ Arrêt du 13 février 1979, *Hoffmann-La Roche/Commission*, C-85/76, EU:C:1979:36, point 89; arrêt du 6 septembre 2017, *Intel/Commission*, C-413/14 P, EU:C:2017:632, point 137; arrêt du 19 janvier 2023, *Unilever Italia Mkt Operations*, C-680/20, EU:C:2023:33, point 46.

¹⁸⁹ L'obligation de stockage désigne l'obligation de réserver un espace donné aux seuls produits de l'entreprise dominante, d'une manière qui exclut, dans la pratique, la possibilité que les produits de concurrents soient présentés aux clients.

¹⁹⁰ Arrêt du 23 octobre 2003, *Van den Bergh Foods/Commission*, T-65/98, EU:T:2003:281. Dans cette affaire, l'obligation d'utiliser des congélateurs exclusivement pour les produits de l'entreprise dominante a été considérée comme aboutissant de fait à une exclusivité imposée au point de vente.

¹⁹¹ Arrêt du 13 février 1979, *Hoffmann-La Roche/Commission*, C-85/76, EU:C:1979:36, point 90; arrêt du 9 septembre 2010, *Tomra Systems e.a./Commission*, T-155/06, EU:C:2010:370, point 209.

¹⁹² Arrêt du 13 février 1979, *Hoffmann-La Roche/Commission*, C-85/76, EU:C:1979:36, points 89 et 90; arrêt du 6 septembre 2017, *Intel/Commission*, C-413/14 P, EU:C:2017:632, point 137; arrêt du 26 janvier 2022, *Intel Corp./Commission*, T-286/09 RENV, EU:T:2022:19, point 124; arrêt du 19 janvier 2023, *Unilever Italia Mkt Operations*, C-680/20, EU:C:2023:33, point 46.

¹⁹³ Arrêt du 6 septembre 2017, *Intel/Commission*, C-413/14 P, EU:C:2017:632, point 138; arrêt du 19 janvier 2023, *Unilever Italia Mkt Operations*, C-680/20, EU:C:2023:33, points 50 à 52 et 60.

¹⁹⁴ Arrêt du 6 septembre 2017, *Intel/Commission*, C-413/14 P, EU:C:2017:632, point 139. En fonction des circonstances, d'autres éléments énumérés au point 70 des présentes lignes directrices peuvent également être pertinents.

¹⁹⁵ Arrêt du 19 avril 2012, *Tomra e.a./Commission*, C-549/10 P, EU:C:2012:221, point 39.

part donnée de la demande, l'entreprise dominante peut être un partenaire commercial incontournable¹⁹⁶;

- b) la part du marché affectée par le comportement: en règle générale, le comportement est d'autant plus susceptible de produire des effets d'éviction¹⁹⁷ que la part du marché couverte par les obligations d'exclusivité est importante (au regard de la part des clients couverte et de la part de la demande que représente chaque client)¹⁹⁸. Toutefois, même un comportement affectant une faible part du marché peut être susceptible de produire des effets d'éviction, en particulier lorsque les clients ou le segment de marché ciblés par le comportement revêtent une importance stratégique pour l'entrée ou l'expansion sur le marché¹⁹⁹;
- c) les conditions et les modalités des conditions d'exclusivité, telles que leur durée²⁰⁰ ou le fait que l'accord fasse directement ou indirectement référence aux volumes achetés auprès de concurrents (par exemple, en précisant les pourcentages requis ou les seuils auxquels les rabais sont subordonnés). Dans le cas de rabais d'exclusivité, le montant ou la valeur des incitations accordées en contrepartie de l'exclusivité peuvent être particulièrement pertinents. Par exemple, l'octroi d'avantages stratégiques ou de rabais rétroactifs peut considérablement renforcer les effets d'éviction²⁰¹; et
- d) l'existence éventuelle d'une stratégie visant à évincer les concurrents existants ou potentiels de l'entreprise dominante²⁰². D'un point de vue juridique, l'existence d'une telle stratégie d'éviction n'est pas obligatoire pour établir la capacité du comportement de produire des effets d'éviction, mais elle peut jouer un rôle important dans l'appréciation des affaires dans lesquelles elle est établie.

¹⁹⁶ Arrêt du 13 février 1979, Hoffmann et La Roche/Commission, C-85/76, EU:C:1979:36, points 41 et 133; arrêt du 9 septembre 2010, Tomra Systems e.a./Commission, T-155/06, EU:C:2010:370, point 269, confirmé par l'arrêt du 19 avril 2012, Tomra e.a./Commission, C-549/10 P, EU:C:2012:221, point 79. Voir également décision de la Commission du 16 octobre 2019 dans l'affaire AT.40608 – *Broadcom*, considérant 365; décision de la Commission du 20 mars 2019 dans l'affaire AT.40411 – *Google Search (AdSense)*, considérant 364.

¹⁹⁷ Arrêt du 19 avril 2012, Tomra e.a./Commission, C-549/10 P, EU:C:2012:221, points 43 à 46; arrêt du 6 septembre 2017, Intel/Commission, C-413/14 P, EU:C:2017:632, point 139. Voir également décision de la Commission du 16 octobre 2019 dans l'affaire AT.40608 – *Broadcom*, considérant 366 et 385 à 389 et décision de la Commission du 20 mars 2019 dans l'affaire AT.40411 – *Google Search (AdSense)*, considérants 381 à 385.

¹⁹⁸ De même, pour les obligations de fourniture exclusive, l'élément pertinent serait la part des fournisseurs et la part globale de l'approvisionnement couvertes par l'obligation.

¹⁹⁹ Arrêt du 14 septembre 2022, Google et Alphabet/Commission (Google Android), T-604/18, EU:T:2022:541, point 696.

²⁰⁰ Voir décision de la Commission du 16 octobre 2019 dans l'affaire AT.40608 – *Broadcom*, considérant 68, dans laquelle la durée de 1 à 3 ans a été considérée comme étant longue compte tenu des caractéristiques du secteur et de l'existence de clauses de renouvellement automatique.

²⁰¹ Décision de la Commission du 16 octobre 2019 dans l'affaire AT.40608 – *Broadcom*, considérants 364 b), 367, 382, 383, 384, 390 et 391.

²⁰² Arrêt du 6 septembre 2017, Intel/Commission, C-413/14 P, EU:C:2017:632, point 139; arrêt du 19 janvier 2023, Unilever Italia Mkt Operations, C-680/20, EU:C:2023:33, points 48 et 50. Voir également décision de la Commission du 16 octobre 2019 dans l'affaire AT.40608 – *Broadcom*, considérant 293, 368 et 370.

4.2.2. *Ventes liées et ventes groupées*

84. La vente liée consiste à proposer un certain produit (le «produit liant») uniquement avec un autre produit (le «produit lié»)²⁰³.
85. La vente liée peut résulter de raisons techniques²⁰⁴ ou de dispositions contractuelles²⁰⁵. Il y a vente liée technique lorsque, par exemple, le produit liant et le produit lié sont physiquement ou techniquement intégrés. Il y a vente liée contractuelle lorsque le client qui achète ou utilise le produit liant est également tenu d'acquérir ou d'utiliser le produit lié. Pour prouver la nature abusive d'une vente liée effectuée par une entreprise dominante, les exigences juridiques sont les mêmes qu'il s'agisse d'une vente liée technique ou contractuelle.
86. Il y a vente groupée lorsque deux produits sont proposés ensemble en un seul et même lot. Dans le cas d'une vente groupée pure, les deux produits ne sont vendus qu'ensemble et ils ne sont pas disponibles à l'achat séparément²⁰⁶. Dans le cas d'une vente groupée mixte (ou «rabais multiproduits»), les deux produits sont disponibles à l'achat séparément et sont également vendus ensemble, généralement avec une remise par rapport à la somme des prix pratiqués en cas de vente distincte.
87. La vente liée et la vente groupée constituent des pratiques courantes qui peuvent permettre de proposer aux clients de meilleurs produits ou offres de façon plus économique²⁰⁷. Toutefois, de telles pratiques peuvent également limiter le choix des clients et nuire à la concurrence lorsqu'une entreprise exploite, par effet de levier, sa position dominante sur un marché pour augmenter ses ventes sur un autre marché.
88. Étant donné que la vente groupée pure lie deux produits l'un à l'autre de telle manière qu'aucun d'entre eux ne peut être acheté seul, l'appréciation d'une vente groupée pure effectuée par une entreprise dominante est soumise aux mêmes exigences juridiques que l'appréciation d'une vente liée et ne sera pas abordée séparément dans la présente sous-section. La vente groupée mixte par une entreprise dominante est examinée sur la base de tests juridiques différents et sera abordée à la section 4.3.2.
89. Une vente liée est susceptible d'être abusive lorsque les conditions suivantes sont réunies²⁰⁸:
- a) le produit liant et le produit lié doivent être deux produits distincts;
 - b) l'entreprise concernée doit détenir une position dominante sur le marché du produit liant²⁰⁹;

²⁰³ Arrêt du 14 septembre 2022, Google et Alphabet/Commission (Google Android), T-604/18, EU:T:2022:541, point 283.

²⁰⁴ Arrêt du 17 septembre 2007, Microsoft/Commission, T-201/04, EU:T:2007:289.

²⁰⁵ Arrêt du 6 octobre 1994, Tetra Pak International/Commission, T-83/91, EU:T:1994:246.

²⁰⁶ À l'inverse, dans le cadre de la vente liée, le produit lié peut également être proposé séparément.

²⁰⁷ Arrêt du 14 septembre 2022, Google et Alphabet/Commission (Google Android), T-604/18, EU:T:2022:541, point 283.

²⁰⁸ Arrêt du 14 septembre 2022, Google et Alphabet/Commission (Google Android), T-604/18, EU:T:2022:541, point 284; arrêt du 17 septembre 2007, Microsoft/Commission, T-201/04, EU:T:2007:289, points 842, 859, 862, 864, 867, 869 et 1144 à 1167.

- c) l'entreprise concernée ne doit pas donner le choix aux clients d'obtenir le produit liant sans le produit lié (situation dite de «contrainte»); et
- d) la vente liée est susceptible de produire des effets d'éviction²¹⁰.
90. Pour déterminer si l'exigence énoncée au point 89 a) est remplie, il est généralement pertinent d'apprécier s'il existe une demande distincte de la part des clients pour le produit lié. Tel peut être le cas si un nombre significatif de clients achèteraient ou auraient acheté le produit lié de manière indépendante, c'est-à-dire sans l'acheter avec le produit liant auprès du même fournisseur. La question de savoir si tel est le cas peut dépendre de plusieurs facteurs²¹¹, parmi lesquels: i) la nature et les caractéristiques techniques des produits concernés, ii) les faits observés sur le marché²¹², iii) l'historique du développement des produits concernés, et iv) la pratique commerciale de l'entreprise dominante²¹³. Le fait que le produit liant et le produit lié appartiennent à des marchés de produits distincts²¹⁴ (respectivement le «marché liant» et le «marché lié») indique généralement qu'il s'agit de deux produits distincts²¹⁵. Des produits complémentaires peuvent constituer des produits distincts car il est possible que les clients veuillent les obtenir conjointement, mais en les acquérant auprès de sources différentes²¹⁶. En outre, l'intégration technique d'un produit dans un autre ne signifie pas que les deux produits ne peuvent plus être considérés comme distincts²¹⁷. De la même manière, même lorsque la vente liée de deux produits est conforme aux usages commerciaux ou lorsqu'il existe un lien naturel entre les deux produits, ceux-ci peuvent néanmoins être des produits distincts²¹⁸.
91. L'exigence énoncée au point 89 b) concerne la position dominante de l'entreprise concernée sur le marché liant en cause, qui doit être appréciée sur la base des principes énoncés à la section 2 ci-dessus. Il n'est pas requis que l'entreprise occupe également une position dominante sur le marché lié.

²⁰⁹ Voir section 2 ci-dessus. Dans le cas des ventes groupées, l'entreprise doit détenir une position dominante sur l'un des marchés concernés. Dans le cas particulier des ventes liées sur les marchés de l'après-vente, l'entreprise doit détenir une position dominante sur le marché liant et/ou sur le marché lié de l'après-vente.

²¹⁰ Arrêt du 17 septembre 2007, Microsoft/Commission, T-201/04, EU:T:2007:289, points 842, 859, 862, 864, 867, 869 et 1144 à 1167. Voir également section 3.3 sur la notion de capacité de produire des effets d'éviction. En outre, voir arrêt du 14 novembre 1996, Tetra Pak/Commission, C-333/94 P, EU:C:1996:436, point 27, pour le cas spécifique des marchés étroitement liés.

²¹¹ Arrêt du 17 septembre 2007, Microsoft/Commission, T-201/04, EU:T:2007:289, point 925.

²¹² Par exemple, la preuve que les clients achètent le produit liant et le produit lié séparément auprès de différentes sources d'approvisionnement ou qu'il existe des sociétés indépendantes spécialisées dans la fabrication et la vente du produit lié sur une base autonome (voir arrêts du 12 décembre 1991, Hilti/Commission, T-30/89, EU:T:1991:70, point 67; arrêt du 14 novembre 1996, Tetra Pak/Commission, C-333/94 P, EU:C:1996:436, point 36; et arrêt du 17 septembre 2007, Microsoft/Commission, T-201/04, EU:T:2007:289, point 927).

²¹³ Voir arrêt du 17 septembre 2007, Microsoft/Commission, T-201/04, EU:T:2007:289, points 925 et suivants.

²¹⁴ Voir communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit de la concurrence de l'Union (JO C, C/2024/1645 du 22.2.2024).

²¹⁵ Arrêt du 12 décembre 1991, Hilti/Commission, T-30/89, EU:T:1991:70, point 66.

²¹⁶ Arrêt du 17 septembre 2007, Microsoft/Commission, T-201/04, EU:T:2007:289, points 921, 922 et 932.

²¹⁷ Arrêt du 17 septembre 2007, Microsoft/Commission, T-201/04, EU:T:2007:289, point 935.

²¹⁸ Arrêt du 14 novembre 1996, Tetra Pak/Commission, C-333/94 P, EU:C:1996:436, point 37; et arrêt du 17 septembre 2007, Microsoft/Commission, T-201/04, EU:T:2007:289, point 942.

92. En ce qui concerne l'exigence énoncée au point 89 c), les clients qui n'ont pas le choix d'obtenir le produit liant sans le produit lié peuvent être soit les clients de l'entreprise dominante²¹⁹, soit des parties intermédiaires qui répercutent cette contrainte sur les clients finals²²⁰. Il peut encore y avoir contrainte lorsque l'entreprise dominante ne facture pas de prix séparé pour le produit lié à la partie qui accepte ce dernier²²¹. Étant donné qu'il y a contrainte dès lors que les clients n'ont pas le choix d'obtenir le produit liant sans le produit lié, il peut aussi y avoir contrainte même si la partie qui accepte le produit lié n'est pas contrainte de l'utiliser ou n'est pas empêchée d'utiliser le produit équivalent fourni par un concurrent de l'entreprise dominante²²². Il peut également y avoir contrainte si l'entreprise dominante refuse de fait de proposer le produit liant sans le produit lié²²³.
93. En ce qui concerne l'exigence énoncée au point 89 d), une vente liée peut entraîner des effets d'éviction sur le marché lié²²⁴ ou à la fois sur le marché lié et sur le marché liant²²⁵. Une vente liée est notamment susceptible d'entraîner des effets d'éviction sur le marché lié si elle est utilisée pour exploiter sur ce marché, par effet de levier, la position dominante détenue sur le marché liant. Tel peut être le cas si la vente liée confère à l'entreprise dominante, sur le marché lié, un avantage concurrentiel significatif qui n'est pas lié à la qualité du produit lié, lorsque cet avantage est peu susceptible d'être compensé par les concurrents²²⁶. Dans certains cas, la vente liée peut avoir pour but, ou être objectivement susceptible, de protéger la position de l'entreprise dominante sur le marché liant, en produisant des effets d'éviction sur le marché lié.
94. Outre ceux déjà mentionnés à la section 3.3, les éléments suivants peuvent être pertinents pour l'appréciation des effets d'éviction, en fonction des circonstances spécifiques de l'espèce:
- a) le fait que l'entreprise dominante jouisse également d'une position dominante ou d'un pouvoir de marché sur le marché lié²²⁷;

²¹⁹ Arrêt du 12 décembre 1991, Hilti/Commission, T-30/89, EU:T:1991:70, points 16 et 100.

²²⁰ Arrêt du 17 septembre 2007, Microsoft/Commission, T-201/04, EU:T:2007:289, point 962.

²²¹ Arrêt du 17 septembre 2007, Microsoft/Commission, T-201/04, EU:T:2007:289, points 967, 968 et 969.

²²² Arrêt du 17 septembre 2007, Microsoft/Commission, T-201/04, EU:T:2007:289, point 970. Par conséquent, pour établir l'existence d'une vente liée, il n'est pas nécessaire de prouver que les clients sont contraints d'acheter le produit lié ou d'utiliser exclusivement celui-ci. La contrainte peut également être renforcée par le fait qu'il n'est pas possible de désinstaller le produit lié: voir arrêt du 17 septembre 2007, Microsoft/Commission, T-201/04, EU:T:2007:289, point 963.

²²³ Arrêt du 12 décembre 1991, Hilti/Commission, T-30/89, EU:T:1991:70, point 4.

²²⁴ Voir arrêt du 14 novembre 1996, Tetra Pak/Commission, C-333/94 P, EU:C:1996:436, point 25.

²²⁵ Arrêt du 14 septembre 2022, Google et Alphabet/Commission (Google Android), T-604/18, EU:T:2022:541, point 283.

²²⁶ Tel est le cas, par exemple, lorsque, parce qu'il est distribué avec le produit liant, le produit lié atteint un niveau de pénétration du marché tel que les concurrents ne sont pas en mesure de le compenser ou de l'égaliser par d'autres moyens pour atteindre les clients ou les utilisateurs finals; voir arrêt du 17 septembre 2007, Microsoft/Commission, T-201/04, EU:T:2007:289, points 1036 à 1039; décision de la Commission du 18 juillet 2018 dans l'affaire AT.40099 – *Google Android*, considérants 805 et 811; arrêt du 14 septembre 2022, Google Android, T-604/18, EU:T:2022:541, points 559 et 1087.

²²⁷ Décision de la Commission du 20 décembre 2012 dans l'affaire AT.39230 – *Rio Tinto Alcan*, considérants 68 et 69. Lorsque l'entreprise dominante détient également une position dominante sur le marché du produit lié, la vente liée peut contribuer au maintien et au renforcement de la position dominante sur ce marché; voir décision de la Commission du 18 juillet 2018 dans l'affaire AT.40099 – *Google Android*, considérant 858.

- b) l'importance du lien entre le produit liant et le produit lié. Ce lien peut, par exemple, découler de la complémentarité des produits²²⁸ ou de la part de clients du marché lié qui achètent également le produit liant²²⁹;
- c) la présence de barrières à l'entrée ou à l'expansion sur le marché lié (telles que la nécessité de réaliser d'importantes économies d'échelle ou de gamme²³⁰ ou la présence d'effets de réseau, par exemple sur les marchés numériques)²³¹; et
- d) le degré d'inertie ou de biais des consommateurs sur le marché lié²³².

95. La profondeur de l'analyse requise pour démontrer qu'une vente liée est susceptible de produire des effets d'éviction dépend des circonstances spécifiques de l'espèce. Dans certaines circonstances, il peut être conclu qu'en raison des caractéristiques spécifiques des marchés et des produits en cause, la vente liée est fortement susceptible de produire des effets d'éviction et que ces effets peuvent être présumés.²³³ Dans d'autres circonstances, un examen plus approfondi des conditions réelles du marché peut être justifié. Tel est généralement le cas lorsque i) le produit lié est disponible gratuitement et ii) il est facile d'obtenir des substituts au produit lié²³⁴. Lorsque la vente liée en cause est ancienne, il est possible que la Commission dispose d'une base factuelle plus complète pour apprécier si cette vente liée est susceptible de produire des effets d'éviction²³⁵. Lorsqu'il est effectué, cet examen plus approfondi de l'évolution réelle du marché vise à recenser tous les éléments de preuve confirmant la capacité de la vente liée de produire des effets d'éviction, tels que le fait que les concurrents ont été marginalisés sur le marché lié ou ont quitté celui-ci, ou que les barrières à l'entrée et à l'expansion sur ce marché ont augmenté.

²²⁸ À l'inverse, si une vente liée concerne deux produits tout à fait différents, le lien/rapport entre le produit liant et le produit lié est faible et les effets d'éviction sont moins probables.

²²⁹ Décision de la Commission du 20 décembre 2012 dans l'affaire AT.39230 – *Rio Tinto Alcan*, considérant 73.

²³⁰ Décision de la Commission du 20 décembre 2012 dans l'affaire AT.39230 – *Rio Tinto Alcan*, considérants 70 à 72; décision de la Commission du 18 juillet 2018 dans l'affaire AT.40099 – *Google Android*, considérants 859 et 860.

²³¹ Décision de la Commission du 21 avril 2004 dans l'affaire COMP/C-3/37.792 – *Microsoft*, considérants 878 et suivants et 980; décision de la Commission du 16 décembre 2009 dans l'affaire COMP/39.530 – *Microsoft (vente liée)*, considérants 55 et 56.

²³² Arrêt du 17 septembre 2007, *Microsoft/Commission*, T-201/04, EU:T:2007:289, points 1041 et 1042; arrêt du 14 septembre 2022, *Google Android*, T-604/18, EU:T:2022:541, points 583 et 593; décision de la Commission du 16 décembre 2009 dans l'affaire COMP/39.530 – *Microsoft (vente liée)*, considérants 47 à 54.

²³³ Tel est notamment le cas lorsque l'incapacité des concurrents à entrer sur le marché lié ou à accroître leur présence sur ce marché est susceptible de résulter directement de la vente liée en raison de l'absence de facteurs clairement identifiables pouvant compenser les effets d'éviction: voir arrêt du 12 décembre 1991, *Hilti/Commission*, T-30/89, EU:T:1991:70, en ce qui concerne l'obligation faite aux utilisateurs des chargeurs de clous brevetés de Hilti d'acheter également des clous; et arrêt du 6 octobre 1994, *Tetra Pak International/Commission*, T-83/91, EU:T:1994:246, en ce qui concerne l'obligation faite aux acheteurs de machines destinées au conditionnement des liquides d'acheter également à Tetra Pak des cartons et des services d'entretien. Voir également décision de la Commission du 21 avril 2004 dans l'affaire COMP/C-3/37.792 – *Microsoft*, considérant 841, par l'arrêt du 17 septembre 2007, *Microsoft/Commission*, T-201/04, EU:T:2007:289, points 1035 et 1036. Si l'entreprise dominante présente des éléments de preuve montrant que le comportement n'est pas susceptible de produire des effets d'éviction, la Commission appréciera ceux-ci [voir point 60 b) ci-dessus].

²³⁴ Arrêt du 14 septembre 2022, *Google et Alphabet/Commission (Google Android)*, T-604/18, EU:T:2022:541, points 292 à 295.

²³⁵ Arrêt du 14 septembre 2022, *Google et Alphabet/Commission (Google Android)*, T-604/18, EU:T:2022:541, points 295 et 296.

4.2.3. Refus de fourniture

96. Un refus de fourniture désigne une situation dans laquelle une entreprise dominante a mis au point un intrant²³⁶ exclusivement ou principalement pour son propre usage et refuse d'y donner accès lorsqu'une partie le demande (généralement un concurrent existant ou potentiel)²³⁷.
97. Le refus de fourniture est un type de pratique abusive autonome, qui diffère des restrictions d'accès décrites à la section 4.3.4. S'il est constaté qu'une entreprise dominante a abusé de sa position dominante en refusant de fournir un intrant à un concurrent existant ou potentiel, elle a l'obligation de donner à ce concurrent l'accès à l'intrant demandé. Cette obligation empiète directement sur la liberté contractuelle et le droit de propriété de l'entreprise dominante. Elle peut également avoir une incidence sur la motivation des concurrents à développer des intrants concurrents et sur celle de l'entreprise dominante à investir dans des intrants²³⁸. Par conséquent, les juridictions de l'Union ont fixé des conditions relativement strictes pour pouvoir conclure qu'un refus de fourniture est susceptible d'être abusif et, partant, qu'une obligation d'accès peut être imposée.
98. Pour conclure qu'un refus de fourniture est abusif, il suffit qu'un marché potentiel, voire un marché hypothétique, de l'intrant puisse être identifié, ce qui peut être le cas lorsqu'il existe une demande pour l'intrant de la part d'acheteurs potentiels²³⁹.
99. Un refus de fourniture est susceptible d'être abusif lorsque les conditions suivantes sont réunies²⁴⁰:
- a) l'intrant est indispensable pour que l'entreprise qui demande l'accès puisse concurrencer l'entreprise dominante sur un marché en aval; et
 - b) le refus est susceptible de produire des effets d'éviction, ce qui, dans ce contexte spécifique, signifie la capacité d'éliminer toute concurrence de la part de l'entreprise demandeuse²⁴¹.

²³⁶ Dans ce contexte, le terme «intrant» désigne différents types d'actifs, par exemple un bien, un service, une infrastructure, un réseau ou un droit de propriété intellectuelle. Dans certains cas, l'accès à l'intrant en question peut nécessiter certaines démarches de la part de l'entreprise dominante, étant donné que l'intrant peut ne pas exister «en tant que tel» d'une manière accessible sur le marché. Il peut s'agir, par exemple, de la rédaction d'informations relatives à l'interopérabilité qui ne l'avaient pas été de manière accessible auparavant (arrêt du 17 septembre 2007, Microsoft/Commission, T-201/04, EU:T:2007:289, points 249 et 807), ou de modifications dans les systèmes informatiques, de préparations approfondies et de nombreuses séries de tests (arrêt du 9 septembre 2009, Clearstream Banking et Clearstream International/Commission, T-301/04, EU:T:2009:317, point 106).

²³⁷ arrêt du 25 mars 2021, Slovak Telekom/Commission, C-165/19 P, EU:C:2021:239, point 45; et arrêt du 12 janvier 2023, Lietuvos geležinkeliai/Commission, C-42/21 P, EU:C:2023:12, point 79.

²³⁸ Arrêt du 25 mars 2021, Slovak Telekom/Commission, C-165/19 P, EU:C:2021:239, points 46 et 47.

²³⁹ Arrêt du 29 avril 2004, IMS/NDC Health, C-418/01, EU:C:2004:257, points 43 et 44.

²⁴⁰ Arrêt du 26 novembre 1998, Bronner, C-7/97, EU:C:1998:569, point 41; arrêt du 9 septembre 2009, Clearstream Banking et Clearstream International/Commission, T-301/04, EU:T:2009:317, point 147; arrêt du 25 mars 2021, Slovak Telekom/Commission, C-165/19 P, EU:C:2021:239, point 44; et arrêt du 12 janvier 2023, Lietuvos geležinkeliai/Commission, C-42/21 P, EU:C:2023:12, point 79.

²⁴¹ La jurisprudence des juridictions de l'Union précise également que ce refus ne doit pas être objectivement justifié. Pour l'appréciation des justifications objectives, voir section 5.

100. La condition énoncée au point 99 a) vise à déterminer si l'entreprise dominante dispose d'une véritable mainmise sur le marché concerné du fait de cet intrant et si, par conséquent, il peut être approprié de la contraindre à accorder l'accès à ce dernier²⁴².
101. À cet égard, un intrant est considéré comme indispensable s'il n'existe aucun substitut réel ou potentiel à celui-ci²⁴³. Plus précisément, cela signifie que:
- i. il n'est ni réaliste ni viable de reproduire l'intrant pour des raisons physiques, techniques, juridiques ou économiques;
 - ii. un intrant équivalent ne peut être obtenu à partir d'autres sources; et
 - iii. l'accès à l'intrant est nécessaire pour que l'entreprise demandeuse reste viable sur le marché et exerce une contrainte concurrentielle effective.
102. S'il existe un substitut réel ou potentiel à l'intrant en question, même si l'accès est moins avantageux pour l'entreprise demandeuse, l'intrant ne peut normalement pas être considéré comme indispensable²⁴⁴.
103. En ce qui concerne la condition énoncée au point 99 b), cette exigence doit être interprétée comme la capacité d'éliminer toute concurrence *effective* de la part de l'entreprise demandeuse²⁴⁵. À cet égard, le fait que les concurrents de l'entreprise dominante restent présents de manière marginale sur certaines «niches» du marché ne saurait suffire pour conclure à l'existence d'une concurrence effective²⁴⁶.
104. L'exercice d'un droit de propriété intellectuelle exclusif par le titulaire de ce droit peut également être considéré comme susceptible d'être abusif, par exemple, en cas de refus d'accorder une licence de droits de propriété intellectuelle²⁴⁷, y compris lorsque la licence est nécessaire pour fournir des informations concernant les interfaces²⁴⁸, ou en cas d'introduction d'une action pour atteinte à un droit de propriété intellectuelle²⁴⁹.
105. Dans ces cas, le refus de fournir un intrant protégé par un droit de propriété intellectuelle peut être considéré comme susceptible d'être abusif s'il satisfait au test

²⁴² Arrêt du 25 mars 2021, *Deutsche Telekom/Commission*, C-152/19 P, EU:C:2021:238, points 48 et 49; arrêt du 25 mars 2021, *Slovak Telekom/Commission*, C-165/19 P, EU:C:2021:239, points 48 et 49.

²⁴³ Arrêt du 26 novembre 1998, *Bronner* C-7/97, EU:C:1998:569, points 41 et 44 à 46; arrêt du 9 septembre 2009, *Clearstream Banking et Clearstream International/Commission*, T-301/04, EU:T:2009:317, point 147; et arrêt du 25 mars 2021, *Slovak Telekom/Commission*, C-165/19 P, EU:C:2021:239, point 49. Voir également décision de la Commission du 17 janvier 2024 dans l'affaire AT.40735 – *Billetterie ferroviaire en ligne en Espagne*, considérant 107.

²⁴⁴ Arrêt du 26 novembre 1998, *Bronner*, C-7/97, EU:C:1998:569, point 43; et arrêt du 29 avril 2004, *IMS/NDC Health*, C-418/01, EU:C:2004:257, point 28.

²⁴⁵ Arrêt du 26 novembre 1998, *Bronner*, C-7/97, EU:C:1998:569, point 41; arrêt du 12 janvier 2023, *Lietuvos geležinkeliai/Commission*, C-42/21 P, EU:C:2023:12, point 79; et arrêt du 17 septembre 2007, *Microsoft/Commission*, T-201/04, EU:T:2007:289, points 229 et 332. Voir également décision de la Commission du 17 janvier 2024 dans l'affaire AT.40735 – *Billetterie ferroviaire en ligne en Espagne*, considérants 115, 116, 118 et 119.

²⁴⁶ Arrêt du 17 septembre 2007, *Microsoft/Commission*, T-201/04, EU:T:2007:289, point 563.

²⁴⁷ Arrêt du 5 octobre 1988, *AB Volvo/Erik Veng*, C-238/87, EU:C:1988:477; arrêt du 6 avril 1995, *RTE/Commission*, C-241/91 P et C-242/91 P, EU:C:1995:98; et arrêt du 29 avril 2004, *IMS/NDC Health*, C-418/01, EU:C:2004:257.

²⁴⁸ Arrêt du 17 septembre 2007, *Microsoft/Commission*, T-201/04, EU:T:2007:289.

²⁴⁹ Arrêt du 16 juillet 2015, *Huawei Technologies/ZTE et ZTE Deutschland*, C-170/13, EU:C:2015:477.

juridique spécifique applicable à un refus de fourniture (voir point 99) et si, en plus, il limite le développement technique sur le marché²⁵⁰.

106. Un refus peut limiter le développement technique sur le marché si, par exemple, il empêche l'entreprise demandeuse de fabriquer de nouveaux produits qui ne sont pas proposés par l'entreprise dominante et pour lesquels il existe une demande potentielle de la part des consommateurs (limitation de la production ou des marchés)²⁵¹, même si ces biens ou services sont en concurrence avec ceux de l'entreprise dominante. En d'autres termes, dans ces circonstances, l'entreprise qui a demandé la licence ne devrait pas se limiter en substance à reproduire les biens ou services déjà proposés sur le marché dérivé par le titulaire du droit de propriété intellectuelle²⁵².

4.2.4. Prix prédateurs

107. Les prix prédateurs désignent les stratégies de tarification inférieure aux coûts mises en place par une entreprise dominante. Les prix prédateurs peuvent être pratiqués sur le marché sur lequel l'entreprise occupe une position dominante ou sur des marchés connexes²⁵³. Ils peuvent également être pratiqués sur un segment de marché, par exemple dans le but d'augmenter l'attrait du portefeuille global de l'entreprise dominante sur le marché ou de produire des effets d'éviction en empêchant les concurrents existants ou potentiels de s'implanter solidement sur le marché²⁵⁴.
108. L'application sélective de prix inférieurs aux coûts à certains clients peut également enfreindre l'article 102 du TFUE²⁵⁵. De fait, les pratiques tarifaires qui ciblent certains marchés ou segments de marché ou des clients spécifiques peuvent constituer un moyen de prédation efficace du point de vue de l'entreprise dominante. En effet, par rapport à une politique générale de prix bas, la prédation sélective permet à l'entreprise

²⁵⁰ Arrêt du 17 septembre 2007, Microsoft/Commission, T-201/04, EU:T:2007:289, points 647 à 656, dans lequel le Tribunal a constaté que le refus de Microsoft de fournir des informations relatives à l'interopérabilité empêchait ses concurrents de développer des systèmes d'exploitation pour serveurs de groupe de travail qui soient en mesure d'atteindre un degré d'interopérabilité suffisant avec l'architecture de domaine Windows, ce qui avait pour conséquence d'orienter les décisions des consommateurs en matière d'acquisition de systèmes d'exploitation pour serveurs de groupe de travail vers les produits de Microsoft. Sans ce refus, les concurrents de Microsoft auraient pu offrir des systèmes d'exploitation pour serveurs de groupe de travail qui, loin de constituer une simple reproduction des systèmes Windows déjà présents sur le marché, se seraient différenciés de ces derniers en ce qui concerne des paramètres importants aux yeux des consommateurs (par exemple, la sécurité et la fiabilité). Le Tribunal a également précisé que la présence marginale des concurrents de l'entreprise dominante sur certaines niches n'était pas suffisante pour conclure à l'existence d'une concurrence effective (point 563 de l'arrêt).

²⁵¹ Arrêt du 6 avril 1995, RTE/Commission, C-241/91 P et C-242/91 P, EU:C:1995:98, point 54, dans lequel la Cour a jugé que le refus de l'entreprise dominante de fournir des informations brutes en invoquant les dispositions nationales sur le droit d'auteur a fait obstacle à l'apparition d'un produit nouveau, un guide hebdomadaire complet des programmes de télévision, que l'entreprise dominante n'offrait pas, et pour lequel existait une demande potentielle de la part des consommateurs.

²⁵² Arrêt du 29 avril 2004, IMS/NDC Health, C-418/01, EU:C:2004:257, point 49.

²⁵³ Arrêt du 3 juillet 1991, AKZO/Commission, C-62/86, EU:C:1991:286, points 35 à 45; décision de la Commission du 14 décembre 1985 dans l'affaire IV/30.698 – ECS/AKZO, considérant 85.

²⁵⁴ Arrêt du 3 juillet 1991, AKZO/Commission, C-62/86, EU:C:1991:286, point 126; décision de la Commission du 18 juillet 2019 dans l'affaire AT.39711 – *Qualcomm (prix d'éviction)*, considérants 399 à 401.

²⁵⁵ Voir, en ce sens, arrêt du 7 octobre 1999, Irish Sugar/Commission, T-228/97, EU:T:1999:246, points 117 à 120; arrêt du 27 mars 2012, Post Danmark, C-209/10, EU:C:2012:172, point 29; décision de la Commission du 18 juillet 2019 dans l'affaire AT.39711 – *Qualcomm (prix d'éviction)*, considérants 402 à 406.

dominante de limiter l'incidence négative des prix inférieurs aux coûts sur ses bénéfices²⁵⁶.

109. Pour apprécier si une pratique tarifaire est prédatrice, il est nécessaire d'effectuer, en appliquant un test prix-coût, une analyse fondée sur une comparaison entre les prix moyens pratiqués et les coûts moyens supportés par l'entreprise dominante pour les produits concernés²⁵⁷. Les critères de coûts pertinents comprennent le coût variable moyen (ci-après le «CVM»), c'est-à-dire les coûts qui varient en fonction des quantités produites, et le CTM, qui correspond à la somme des coûts fixes et variables d'une entreprise²⁵⁸.
110. Bien que le CVM et le CTM aient été utilisés comme critères de coûts pertinents pour établir le test juridique spécifique aux fins de l'appréciation de la légalité d'une pratique tarifaire potentiellement prédatrice, les notions de coût évitable moyen (ci-après le «CEM») et de coût marginal moyen à long terme (ci-après le «CMMLT») sont susceptibles, en fonction des circonstances, de mieux refléter les coûts de l'entreprise dominante concernée²⁵⁹.
111. En fonction du résultat de l'application du test prix-coût, on peut distinguer les deux scénarios suivants:
 - a) si les prix sont inférieurs au CVM ou au CEM, la pratique tarifaire peut être considérée comme prédatrice car, en appliquant de tels prix, une entreprise dominante est présumée ne poursuivre aucun objectif économique autre que celui d'éliminer ses concurrents²⁶⁰;
 - b) si les prix sont inférieurs au CTM ou au CMMLT mais supérieurs au CVM ou au CEM, la pratique tarifaire peut être considérée comme prédatrice si elle s'inscrit dans un plan ayant pour but d'éliminer ou de réduire la concurrence sur le marché en cause²⁶¹. L'objectif de ce plan peut être d'éliminer ou de

²⁵⁶ Arrêt du 3 juillet 1991, AKZO/Commission, C-62/86, EU:C:1991:286, points 43 et 115.

²⁵⁷ Arrêt du 3 juillet 1991, AKZO/Commission, C-62/86, EU:C:1991:286, points 71 et 73; arrêt du 27 mars 2012, Post Danmark, C-209/10, EU:C:2012:172, points 27 et 28. Toutefois, pour une pratique tarifaire pouvant être considérée comme abusive sans qu'il soit nécessaire d'appliquer un test prix-coût, voir arrêt du 16 mars 2000, Compagnie maritime belge transports e.a./Commission, C-395/96 P, EU:C:2000:132, point 120, confirmant l'arrêt du 8 octobre 1996, Compagnie maritime belge transports e.a./Commission, T-24/93, EU:T:1996:139, points 139 à 153.

²⁵⁸ Arrêt du 3 juillet 1991, AKZO/Commission, C-62/86, EU:C:1991:286, points 71 et 72; arrêt du 2 avril 2009, France Télécom/Commission, C-202/07 P, EU:C:2009:214, point 108. Lorsqu'il s'agit de déterminer si, dans un cas particulier, un élément de coût est variable, par opposition à fixe, un aspect pertinent à prendre en considération est la période de référence, c'est-à-dire la période sur laquelle les coûts doivent être évalués. À cet égard, en règle générale, plus cette période de référence est longue, plus les coûts sont susceptibles d'être qualifiés de variables.

²⁵⁹ Voir, en ce sens, arrêt du 27 mars 2012, Post Danmark, C-209/10, EU:C:2012:172, points 31 à 39; décision de la Commission du 18 juillet 2019 dans l'affaire AT.39711 – *Qualcomm (prix d'éviction)*, considérants 780 à 796.

²⁶⁰ Arrêt du 3 juillet 1991, AKZO/Commission, C-62/86, EU:C:1991:286, point 71; arrêt du 14 novembre 1996, Tetra Pak/Commission, C-333/94 P, EU:C:1996:436, point 41; arrêt du 2 avril 2009, France Télécom/Commission, C-202/07 P, EU:C:2009:214, point 109; arrêt du 27 mars 2012, Post Danmark, C-209/10, EU:C:2012:172, point 27.

²⁶¹ Arrêt du 3 juillet 1991, AKZO/Commission, C-62/86, EU:C:1991:286, point 72; arrêt du 14 novembre 1996, Tetra Pak/Commission, C-333/94 P, EU:C:1996:436, point 41; arrêt du 2 avril 2009, France

marginaliser un ou plusieurs concurrents spécifiques²⁶², ou d'éliminer ou de réduire la concurrence en tant que telle²⁶³. Pour démontrer l'existence d'un tel plan, on peut se référer à des éléments de preuve directs²⁶⁴, à des éléments de preuve indirects²⁶⁵ ou aux deux, dans la mesure où ces éléments sont sérieux et concordants²⁶⁶.

112. Les prix prédateurs sont fortement susceptibles de produire des effets d'éviction et sont donc présumés produire de tels effets (voir point 60 b) ci-dessus)²⁶⁷. Si l'entreprise dominante présente des éléments de preuve montrant que le comportement n'est pas susceptible de produire des effets d'éviction, la Commission appréciera ceux-ci²⁶⁸.
113. En tout état de cause, si l'application de prix prédateurs peut permettre à l'entreprise dominante de relever ensuite ses prix en tirant profit de sa position dominante et donc de son pouvoir de marché²⁶⁹, il n'est pas nécessaire de démontrer qu'elle a la possibilité de récupérer ses pertes²⁷⁰.

Télécom/Commission, C-202/07 P, EU:C:2009:214, point 109; arrêt du 27 mars 2012, Post Danmark, C-209/10, EU:C:2012:172, point 27.

²⁶² Arrêt du 3 juillet 1991, AKZO/Commission, C-62/86, EU:C:1991:286, points 75, 82 et 109; décision de la Commission du 18 juillet 2019 dans l'affaire AT.39711 – *Qualcomm (prix d'éviction)*, considérant 1118.

²⁶³ Arrêt du 30 janvier 2007, France Télécom/Commission, T-340/03, EU:T:2007:22, points 199 et 206 à 208.

²⁶⁴ Parmi les éléments de preuve directs d'une intention d'élimination figurent, en particulier, les déclarations contemporaines au sein de l'entreprise dominante, telles que des courriels, des lettres, des présentations, des procès-verbaux et des notes de réunion, ainsi que les déclarations externes, telles que des menaces adressées aux concurrents. Voir arrêt du 3 juillet 1991, AKZO/Commission, C-62/86, EU:C:1991:286, points 76 à 82; arrêt du 8 octobre 1996, Compagnie maritime belge transports e.a./Commission, T-24/93, EU:T:1996:139, point 147; arrêt du 30 janvier 2007, France Télécom/Commission, T-340/03, EU:T:2007:22, points 199 à 209; décision de la Commission du 18 juillet 2019 dans l'affaire AT.39711 – *Qualcomm (prix d'éviction)*, considérants 1120 à 1137.

²⁶⁵ Les éléments de preuve indirects peuvent être décrits comme une série d'indices sérieux et concordants qui établissent l'existence d'une intention d'élimination et qui peuvent se rapporter, en particulier, à la durée, à la continuité et à l'ampleur des ventes réalisées à des prix inférieurs aux coûts, ainsi qu'à la nature ciblée et à l'importance du marché (segment) sur lequel les prix inférieurs aux coûts sont pratiqués. Voir arrêt du 30 janvier 2007, France Télécom/Commission, T-340/03, EU:T:2007:22, points 210 à 215; arrêt du 6 octobre 1994, Tetra Pak/Commission, T-83/91, EU:T:1994:246, points 151 et 190; décision de la Commission du 18 juillet 2019 dans l'affaire AT.39711 – *Qualcomm (prix d'éviction)*, considérants 1138 à 1146.

²⁶⁶ Arrêt du 30 janvier 2007, France Télécom/Commission, T-340/03, EU:T:2007:22, point 197, avec renvoi à l'arrêt du 6 octobre 1994, Tetra Pak/Commission, T-83/91, EU:T:1994:246, point 151.

²⁶⁷ Voir, par analogie, arrêt du 13 février 1979, Hoffmann-La Roche/Commission, C-85/76, EU:C:1979:36, points 89 et 90; arrêt du 6 septembre 2017, Intel/Commission, C-413/14 P, EU:C:2017:632, point 137; arrêt du 19 janvier 2023, Unilever Italia Mkt Operations, C-680/20, EU:C:2023:33, point 46.

²⁶⁸ Voir, par analogie, arrêt du 6 septembre 2017, Intel/Commission, C-413/14 P, EU:C:2017:632, point 138; arrêt du 19 janvier 2023, Unilever Italia Mkt Operations, C-680/20, EU:C:2023:33, points 50 à 52 et 60.

²⁶⁹ Arrêt du 3 juillet 1991, AKZO/Commission, C-62/86, EU:C:1991:286, point 71.

²⁷⁰ Arrêt du 14 novembre 1996, Tetra Pak/Commission, C-333/94 P, EU:C:1996:436, point 44; arrêt du 2 avril 2009, France/Commission, C-202/07 P, EU:C:2009:214, points 37, 110 et 113. Cette interprétation n'exclut pas que la Commission puisse considérer une telle possibilité de récupération des pertes comme étant un élément pertinent dans l'appréciation du caractère abusif de la pratique en question, en ce qu'elle peut contribuer, par exemple, à exclure, en cas d'application de prix inférieurs à la moyenne des coûts variables, des justifications économiques autres que l'élimination d'un concurrent, ou à établir, en cas d'application de prix inférieurs à la moyenne des coûts totaux mais supérieurs à la moyenne des coûts variables, l'existence d'un plan ayant pour but d'éliminer un concurrent. Voir arrêt du 2 avril 2009, France Télécom/Commission, C-202/07 P, EU:C:2009:214, point 111.

Application d'un test prix-coût dans les affaires concernant des prix prédateurs

114. Les considérations suivantes sont pertinentes pour déterminer, au moyen d'un test prix-coût, si les prix pratiqués par une entreprise dominante peuvent être considérés comme des prix prédateurs.

a) Critères de coûts

115. Le CEM est la moyenne des coûts qui auraient pu être évités si l'entreprise n'avait pas produit l'unité (supplémentaire) qui fait l'objet du comportement abusif. Le CEM et le CVM seront souvent identiques étant donné qu'à court et à moyen terme, seuls les coûts variables peuvent être évités. Toutefois, par rapport au CVM, le CEM peut inclure, en plus des coûts variables, des coûts fixes qui peuvent soit être évités, notamment les coûts qui deviennent irrécupérables une fois supportés, soit récupérés, par exemple par la vente d'actifs qui ne sont plus nécessaires.

116. Le CMMLT est la moyenne de tous les coûts variables et fixes supportés pour fabriquer un produit déterminé au cours de son cycle de vie, ce qui inclut donc les coûts fixes propres au produit qui ont été supportés avant la période au cours de laquelle le comportement prétendument abusif a eu lieu, notamment les coûts irrécupérables. On peut considérer le CMMLT comme incluant non seulement l'ensemble des coûts variables et des coûts fixes directement imputables à la production du volume total du produit en question, mais aussi l'augmentation de tous les coûts communs dans la mesure où celle-ci est due à la production de ce produit²⁷¹. En ce qui concerne les coûts communs, le simple fait qu'un coût donné soit commun à plusieurs opérations ne signifie pas nécessairement que le CMMLT de l'activité en question est nul pour l'un quelconque des produits²⁷². Il est nécessaire d'apprécier si ce coût commun aurait été supporté, en tout ou en partie²⁷³, si l'entreprise avait décidé de ne pas fournir le produit en question²⁷⁴.

b) Données relatives aux prix et aux coûts à prendre en considération et éventuellement à ajuster

117. Le test prix-coût est généralement appliqué sur la base des données relatives aux prix et aux coûts de l'entreprise dominante, plutôt que sur celle des données relatives aux prix et aux coûts des concurrents existants ou potentiels²⁷⁵. Cette façon de procéder est

²⁷¹ Décision de la Commission du 4 juillet 2007 dans l'affaire COMP/38784 – *Wanadoo España/Telefónica*, considérant 319.

²⁷² Décision de la Commission du 4 juillet 2007 dans l'affaire COMP/38784 – *Wanadoo España/Telefónica*, considérant 320; décision de la Commission du 18 juillet 2019 dans l'affaire AT.39711 – *Qualcomm (prix d'éviction)*, considérant 780.

²⁷³ Voir, en ce sens, arrêt du 27 mars 2012, *Post Danmark*, C-209/10, EU:C:2012:172, points 33 à 35, notamment la méthode d'imputation des coûts communs sous forme de pourcentages.

²⁷⁴ Prenons l'exemple d'une grande surface spécialisée qui commercialise deux catégories de produits (par exemple, des livres et des appareils électroniques). Si le magasin ne commercialisait que des livres, certains coûts communs seraient supportés (par exemple, la rémunération du gérant), tandis que d'autres seraient réduits au prorata du volume des appareils électroniques (par exemple, la surface du magasin serait plus petite, il y aurait moins de caisses, etc.). En d'autres termes, si une partie des coûts communs est évitable, cette partie est incrémentale.

²⁷⁵ Arrêt du 17 février 2011, *TeliaSonera Sverige*, C-52/09, EU:C:2011:83, point 41, renvoyant à l'arrêt du 3 juillet 1991, *AKZO/Commission*, C-62/86, EU:C:1991:286, point 74; arrêt du 2 avril 2009, *France Télécom/Commission*, C-202/07 P, EU:C:2009:214, point 108.

conforme au principe de sécurité juridique et permet aux entreprises dominantes d'apprécier la légalité de leur comportement²⁷⁶.

118. À cet égard, il convient d'examiner les données issues de la comptabilité de l'entreprise dominante²⁷⁷. Lorsque ces données ne sont pas disponibles ou ne sont pas suffisamment fiables²⁷⁸, des indicateurs et toute autre information pertinente peuvent être utilisés, par exemple des données provenant de clients de l'entreprise dominante qui indiquent les prix offerts et les remises accordées²⁷⁹. En fonction des circonstances de l'espèce, il peut être nécessaire d'ajuster les données de l'entreprise dominante pour calculer les prix effectivement payés (par exemple, pour calculer les prix effectifs, déduction faite des remises) ou les coûts supportés conformément à la norme de coût applicable (par exemple, en étalant les coûts sur une certaine durée, selon le principe de l'amortissement)²⁸⁰. En outre, il peut être approprié de tenir compte des coûts d'opportunité de l'entreprise dominante. Dans le cas de marchés bifaces, il peut également être nécessaire d'inclure dans l'appréciation les recettes et les coûts supportés simultanément sur les deux versants du marché.

c) *Champ d'application et période de référence*

119. En fonction des circonstances de l'espèce, le test prix-coût peut être appliqué pour l'ensemble des produits et clients faisant l'objet de la pratique prédatrice alléguée ou séparément pour chaque produit ou client²⁸¹.

120. En ce qui concerne la période de référence pour laquelle le test prix-coût est appliqué, les facteurs pertinents à prendre en considération comprennent le moment où l'interaction concurrentielle a eu lieu et les intervalles de fixation des prix pour chaque produit faisant l'objet de l'enquête²⁸².

4.2.5. *Compression des marges*

121. La compression des marges désigne une situation dans laquelle une entreprise active sur un marché d'intrant en amont et un marché en aval connexe²⁸³ fixe ses prix en amont ou

²⁷⁶ Si une entreprise dominante connaît ses propres coûts et tarifs, elle ne connaît pas en principe ceux de ses concurrents (arrêt du 17 février 2011, *TeliaSonera Sverige*, C-52/09, EU:C:2011:83, point 44; arrêt du 14 octobre 2010, *Deutsche Telekom/Commission*, C-280/08 P, EU:C:2010:603, point 202).

²⁷⁷ Arrêt du 30 janvier 2007, *France Télécom/Commission*, T-340/03, EU:T:2007:22, points 131 et 154.

²⁷⁸ Arrêt du 30 janvier 2007, *France Télécom/Commission*, T-340/03, EU:T:2007:22, points 131 et 154.

²⁷⁹ Arrêt du 3 juillet 1991, *AKZO/Commission*, C-62/86, EU:C:1991:286, points 99 et 100; arrêt du 6 octobre 1994, *Tetra Pak/Commission*, T-83/91, EU:T:1994:246, points 201 et 202.

²⁸⁰ Arrêt du 30 janvier 2007, *France Télécom/Commission*, T-340/03, EU:T:2007:22, points 131, 132 et 137.

²⁸¹ Décision de la Commission du 14 décembre 1985 dans l'affaire IV/30.698 – *ECS/AKZO*, considérants 82 à 87; décision de la Commission du 18 juillet 2019 dans l'affaire AT.39711 – *Qualcomm (prix d'éviction)*, considérants 399 à 401.

²⁸² Arrêt du 30 janvier 2007, *France Télécom/Commission*, T-340/03, EU:T:2007:22, points 131 et 137; décision de la Commission du 18 juillet 2019 dans l'affaire AT.39711 – *Qualcomm (prix d'éviction)*, considérants 630 à 632. S'il y a lieu, des contrôles de fiabilité peuvent être pratiqués pour vérifier l'exactitude du test prix-coût; voir décision de la Commission du 18 juillet 2019 dans l'affaire AT.39711 – *Qualcomm (prix d'éviction)*, considérants 1007 à 1033.

²⁸³ Cela s'applique également aux cas dans lesquels l'intrant se situe au même niveau que le marché pour lequel il est nécessaire ou en aval de celui-ci. Cela peut se produire, par exemple, lorsqu'une entreprise contrôle un niveau de distribution en aval nécessaire pour accéder aux clients.

en aval à un niveau qui empêche les concurrents en aval qui sont tributaires de cet intrant d'exercer rentablement et durablement des activités²⁸⁴.

122. Une compression des marges est considérée comme susceptible d'être abusive lorsque les conditions suivantes sont réunies:

- a) l'entreprise concernée est verticalement intégrée et détient une position dominante sur le marché en amont;
- b) 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; et
- c) le comportement est susceptible de produire des effets d'éviction.

123. La condition énoncée au point 122 a) exige qu'une entreprise verticalement intégrée, quelle que soit la forme précise de l'intégration²⁸⁵, vende un produit à des entreprises sur un marché en amont où elle détient une position dominante et soit en concurrence avec ces mêmes entreprises sur un marché en aval dont le produit est un intrant. Il n'est pas nécessaire que l'entreprise occupe également une position dominante sur le marché en aval pour qu'il y ait compression abusive des marges²⁸⁶.

124. La condition énoncée au point 122 b) exige qu'il soit établi, en appliquant un test prix-coût, que l'écart entre le prix que l'entreprise dominante facture aux concurrents en amont et le prix qu'elle facture à ses clients en aval est soit négatif, soit insuffisant pour que des concurrents aussi efficaces que l'entreprise dominante couvrent les coûts spécifiques que cette dernière doit supporter pour fournir ses produits en aval²⁸⁷. La première étape de l'analyse consiste à déterminer l'ampleur de l'écart²⁸⁸. Si l'écart est négatif, le test prix-coût n'est pas rempli et il n'est pas nécessaire d'examiner en détail les coûts en aval. Si, en revanche, l'écart est positif, il est nécessaire de procéder à la deuxième étape de l'analyse pour déterminer si l'écart est suffisant pour couvrir les coûts spécifiques aux produits de l'entreprise dominante en aval. Si l'écart est insuffisant (c'est-à-dire s'il donne lieu à une marge négative), le test prix-coût n'est pas rempli²⁸⁹.

²⁸⁴ Arrêt du 14 octobre 2010, Deutsche Telekom/Commission, C-280/08 P, EU:C:2010:603; arrêt du 17 février 2011, TeliaSonera Sverige, C-52/09, EU:C:2011:83, point 70.

²⁸⁵ La forme précise d'intégration de l'entreprise verticalement intégrée (par exemple, une entreprise unique verticalement intégrée, différentes divisions, plusieurs entreprises distinctes contrôlées par le même groupe, etc.) n'est pas pertinente.

²⁸⁶ Arrêt du 17 février 2011, TeliaSonera Sverige, C-52/09, EU:C:2011:83, point 89; arrêt du 29 mars 2012, Telefónica et Telefónica de España/Commission, T-336/07, EU:C:2012:172, point 146.

²⁸⁷ Arrêt du 14 octobre 2010, Deutsche Telekom/Commission, C-280/08 P, EU:C:2010:603, point 169; arrêt du 17 février 2011, TeliaSonera Sverige, C-52/09, EU:C:2011:83, point 32; et arrêt du 25 mars 2021, Slovak Telekom/Commission, C-165/19 P, EU:C:2021:239, point 73.

²⁸⁸ L'écart correspond au prix en aval moins le prix en amont.

²⁸⁹ La marge correspond au prix en aval moins le prix en amont moins les coûts en aval. Le calcul de la marge tient compte du coût du capital.

125. Pour qu'une compression des marges soit abusive, il n'est pas nécessaire d'établir que les prix en amont de l'intrant sont excessifs en eux-mêmes ou que les prix en aval sont prédateurs en eux-mêmes²⁹⁰.
126. En outre, il n'est pas non plus nécessaire de démontrer que l'entreprise dominante est en mesure de récupérer les pertes qu'elle pourrait subir pour comprimer les marges de ses concurrents²⁹¹.
127. La condition énoncée au point 122 c) exige que la compression des marges soit susceptible de produire des effets d'éviction²⁹², par exemple en rendant plus difficile, voire impossible, l'accès de concurrents au marché concerné²⁹³. À cet égard, il n'est pas nécessaire d'établir que l'intrant en amont est indispensable pour que les entreprises rivales puissent livrer concurrence en aval²⁹⁴. Par ailleurs, le comportement est d'autant plus susceptible de produire des effets d'éviction que l'intrant en amont est important pour exercer une concurrence effective en aval²⁹⁵.
128. En outre, lorsque le test prix-coût indique un écart négatif, la compression des marges est fortement susceptible de produire des effets d'éviction, qui peuvent donc être présumés [voir point 60 b)]²⁹⁶. Si l'entreprise dominante présente des éléments de preuve montrant que le comportement n'est pas susceptible de produire des effets d'éviction, la Commission appréciera ceux-ci²⁹⁷.
129. Lorsque l'écart est positif mais insuffisant pour couvrir les coûts spécifiques aux produits de l'entreprise dominante, cet élément peut être pertinent pour apprécier la capacité du comportement de produire des effets d'éviction²⁹⁸.

Application d'un test prix-coût dans les affaires concernant une compression des marges

130. Une compression des marges est généralement établie en démontrant, au moyen d'un test prix-coût, que la branche en aval de l'entreprise dominante ne pourrait pas exercer des activités rentables en se fondant sur le prix en amont appliqué à ses concurrents en aval et sur le prix en aval qu'elle applique²⁹⁹.

²⁹⁰ Arrêt du 17 février 2011, *TeliaSonera Sverige*, C-52/09, EU:C:2011:83, point 34; et arrêt du 29 mars 2012, *Telefónica et Telefónica de España/Commission*, T-336/07, EU:C:2012:172, point 187.

²⁹¹ Arrêt du 17 février 2011, *TeliaSonera Sverige*, C-52/09, EU:C:2011:83, point 100.

²⁹² Arrêt du 17 février 2011, *TeliaSonera Sverige*, C-52/09, EU:C:2011:83, point 61.

²⁹³ Arrêt du 14 octobre 2010, *Deutsche Telekom/Commission*, C-280/08 P, EU:C:2010:603, point 253; arrêt du 17 février 2011, *TeliaSonera Sverige*, C-52/09, EU:C:2011:83, point 63.

²⁹⁴ Arrêt du 17 février 2011, *TeliaSonera Sverige*, C-52/09, EU:C:2011:83, points 55, 56 et 72; arrêt du 10 juillet 2014, *Telefónica et Telefónica de España/Commission*, C-295/12 P, EU:C:2014:2062, points 75 et 96; arrêt du 25 mars 2021, *Slovak Telekom/Commission*, C-165/19 P, EU:C:2021:239, point 52.

²⁹⁵ Voir, en ce sens, arrêt du 17 février 2011, *TeliaSonera Sverige*, C-52/09, EU:C:2011:83, points 70 et 71.

²⁹⁶ Voir, en ce sens, arrêt du 17 février 2011, *TeliaSonera Sverige*, C-52/09, EU:C:2011:83, point 73.

²⁹⁷ Voir, par analogie, arrêt du 6 septembre 2017, *Intel/Commission*, C-413/14 P, EU:C:2017:632, point 138; arrêt du 19 janvier 2023, *Unilever Italia Mkt Operations*, C-680/20, EU:C:2023:33, points 50 à 52 et 60.

²⁹⁸ Voir, en ce sens, arrêt du 17 février 2011, *TeliaSonera Sverige*, C-52/09, EU:C:2011:83, point 74. Voir également point 56 des présentes lignes directrices.

²⁹⁹ Arrêt du 14 octobre 2010, *Deutsche Telekom/Commission*, C-280/08 P, EU:C:2010:603, points 200 à 204; et arrêt du 17 février 2011, *TeliaSonera Sverige*, C-52/09, EU:C:2011:83, points 31 à 34.

131. Plusieurs facteurs et critères mesurables peuvent influencer les résultats du test prix-coût, en particulier: a) les critères de prix et de coûts, et b) le niveau d'agrégation des produits. Le choix des facteurs et critères mesurables pertinents se fait au cas par cas, en fonction notamment du marché, des conditions de concurrence et des autres circonstances de l'espèce.

a) *Critères de prix et de coûts*

132. Le test prix-coût repose généralement sur la différence entre, d'une part, le prix en aval effectivement appliqué par l'entreprise dominante et, d'autre part, la somme du prix de gros appliqué par l'entreprise dominante à ses concurrents en aval et du CMMLT³⁰⁰ de la branche en aval de l'entreprise dominante.

133. En règle générale, et pour les mêmes raisons que celles mentionnées au point 117 ci-dessus, le test prix-coût se fonde sur les prix et les coûts de l'entreprise dominante, un tel test permettant d'établir si l'entreprise dominante serait elle-même en mesure de proposer rentablement ses produits en aval si elle devait payer ses propres prix en amont³⁰¹. Lorsqu'il n'est pas possible, compte tenu des circonstances, de se référer aux prix et aux coûts de l'entreprise dominante (par exemple, si ces données ne sont pas disponibles ou ne sont pas suffisamment fiables), les prix et les coûts des concurrents peuvent être pris en considération³⁰².

134. L'application du test prix-coût dans les affaires de compression des marges ne signifie pas que les concurrents de l'entreprise dominante seraient en mesure de reproduire les actifs en amont de cette dernière. Le test prix-coût est appliqué dans la perspective d'un hypothétique concurrent en aval aussi efficace, à savoir un concurrent utilisant le produit en amont de l'entreprise dominante, qui est en concurrence avec cette dernière sur le marché en aval et dont les coûts sur ce dernier marché sont identiques à ceux de l'entreprise dominante³⁰³.

b) *Niveau d'agrégation des produits*

135. Le test prix-coût peut être appliqué au niveau le plus détaillé possible (c'est-à-dire au niveau de chaque offre ou produit) ou au niveau du portefeuille global (c'est-à-dire au niveau de la gamme de produits concernée par la compression des marges)³⁰⁴.

136. De manière générale, il convient d'appliquer le test à un niveau d'agrégation correspondant au marché de produit en cause³⁰⁵. Toutefois, dans certaines

³⁰⁰ Voir point 116 ci-dessus pour de plus amples explications sur le CMMLT.

³⁰¹ Arrêt du 14 octobre 2010, Deutsche Telekom/Commission, C-280/08 P, EU:C:2010:603, points 198, 200 et 201; et arrêt du 17 février 2011, TeliaSonera Sverige, C-52/09, EU:C:2011:83, points 41 et 42.

³⁰² Arrêt du 17 février 2011, TeliaSonera Sverige, C-52/09, EU:C:2011:83, points 44 et 45.

³⁰³ Arrêt du 29 mars 2012, Telefónica et Telefónica de España/Commission, T-336/07, EU:C:2012:172, point 209.

³⁰⁴ Voir, par exemple, décision de la Commission du 15 octobre 2014 dans l'affaire AT.39523 – Slovak Telekom, considérant 832; et décision de la Commission du 4 juillet 2007 dans l'affaire COMP/38784 – Wanadoo España/Telefónica, considérant 386.

³⁰⁵ Arrêt du 29 mars 2012, Telefónica et Telefónica de España/Commission, T-336/07, EU:C:2012:172, points 200 à 211.

circonstances³⁰⁶, il peut être approprié de l'appliquer à un niveau plus détaillé, par exemple au niveau de chaque offre.

4.3. Comportements non soumis à des tests juridiques spécifiques

137. La présente section examine des types spécifiques de comportement pour lesquels aucun test juridique spécifique n'a été établi au sens du point 47 ci-dessus, mais pour lesquels les juridictions de l'Union ont fourni des orientations quant à l'application des principes juridiques généraux énoncés à la section 3.

4.3.1. Rabais conditionnels non soumis à des exigences d'achat exclusif ou de fourniture exclusive

138. Selon les présentes lignes directrices, les rabais conditionnels désignent un système de rabais ou d'autres avantages³⁰⁷, monétaires ou non, accordés par une entreprise dominante à ses clients pour les récompenser d'une forme particulière de comportement d'achat, mais qui ne sont pas subordonnés à la condition qu'ils s'approvisionnent pour la totalité ou pour une part considérable de leurs besoins auprès de l'entreprise dominante³⁰⁸. Sous leur forme habituelle, les rabais conditionnels consistent à accorder au consommateur un rabais ou un avantage si ses achats pendant une période donnée dépassent un certain seuil.

139. Les rabais conditionnels peuvent être liés à l'achat d'un seul produit («rabais sur produit unique») ou à l'achat de deux ou plusieurs produits différents («rabais multiproduits»). Les rabais multiproduits sont examinés à la section 4.3.2 ci-après.

140. Les systèmes de rabais conditionnels peuvent varier en fonction de plusieurs facteurs, parmi lesquels:

- le type de seuil à franchir pour déclencher le rabais, par exemple un seuil fondé sur le volume («rabais sur volume»), la valeur («rabais sur valeur»), une certaine part des achats («rabais sur part de marché»)³⁰⁹ ou une augmentation donnée par rapport à la période contractuelle précédente («rabais sur croissance»);
- si, après avoir atteint un seuil donné, le rabais est accordé sur la totalité des achats («rabais rétroactifs») ou uniquement sur ceux qui dépassent le volume requis pour atteindre le seuil («rabais progressifs»);

³⁰⁶ Tel serait le cas, par exemple, d'une nouvelle offre donnant lieu à une compression des marges qui est actuellement subventionnée par d'autres offres rentables mais dont les volumes pourraient augmenter sensiblement et entraîner une marge globalement négative à l'avenir.

³⁰⁷ Voir note de bas de page 187.

³⁰⁸ Cela vaut également pour les rabais qui ne sont pas subordonnés à la vente, par un fournisseur, de la totalité ou d'une part considérable de sa production à l'entreprise dominante. Pour les rabais d'exclusivité, voir section 4.2.1 ci-dessus.

³⁰⁹ Il s'agit de rabais subordonnés à des exigences en matière de part des achats, qui correspondent à la totalité ou à une part considérable des besoins du client (voir section 4.2.1 ci-dessus).

- si les rabais sont individualisés (par exemple, les conditions d'octroi du rabais, telles que le seuil, varient selon les clients ou les groupes de clients) ou standardisés³¹⁰.

141. Les rabais conditionnels sont une pratique commerciale courante. Les entreprises peuvent les offrir pour attirer la clientèle et, de ce fait, ils peuvent stimuler la demande et être profitables aux consommateurs. Toutefois, lorsqu'ils sont accordés par une entreprise dominante, et en fonction des circonstances, ils peuvent enfreindre l'article du 102 du TFUE.

142. Pour apprécier si un système de rabais conditionnels est abusif, il est nécessaire de déterminer s'il s'écarte de la concurrence par les mérites et est susceptible de produire des effets d'éviction.

143. Pour démontrer qu'un système de rabais conditionnels s'écarte de la concurrence par les mérites, il peut être approprié d'utiliser un test prix-coût (voir sous-section ci-après)³¹¹. À cet égard, la question de savoir si un test prix-coût est approprié et peut être appliqué dépendra des circonstances de l'espèce³¹².

144. En particulier:

- a) il est nécessaire d'utiliser un test prix-coût pour apprécier les rabais progressifs standardisés fondés sur le volume, étant donné que ces rabais spécifiques sont considérés comme ne s'écartant pas de la concurrence par les mérites, à moins qu'ils ne donnent lieu à des prix inférieurs aux coûts³¹³; et
- b) il peut ne pas être approprié d'utiliser un test prix-coût dans les cas où: i) les incitations offertes par l'entreprise dominante ne sont pas monétaires et ne peuvent pas être facilement converties en un montant monétaire quantifié³¹⁴; ou ii) l'apparition d'un concurrent aussi efficace serait pratiquement impossible, par exemple en raison de la détention, par l'entreprise dominante, d'une part de marché très élevée, de la présence d'importantes barrières à l'entrée ou à l'expansion sur le marché ou de l'existence de contraintes réglementaires³¹⁵. Dans ces circonstances, même un concurrent moins efficace peut exercer une

³¹⁰ Il convient de noter que les rabais sur part de marché sont, par définition, individualisés étant donné que l'exigence en matière de part des achats s'applique aux volumes de chaque acheteur.

³¹¹ Arrêt du 6 octobre 2015, *Post Danmark*, C-23/14, EU:C:2015:651, points 57 et 61; arrêt du 19 janvier 2023, *Unilever Italia Mkt Operations*, C-680/20, EU:C:2023:33, points 58 et 62; arrêt du 12 mai 2022, *Servizio Elettrico Nazionale e.a.*, C-377/20, EU:C:2022:379, point 81; arrêt du 14 septembre 2022, *Google et Alphabet/Commission (Google Android)*, T-604/18, EU:T:2022:541, point 643.

³¹² Arrêt du 12 mai 2022, *Servizio Elettrico Nazionale e.a.*, C-377/20, EU:C:2022:379, point 82; et arrêt du 14 septembre 2022, *Google et Alphabet/Commission (Google Android)*, T-604/18, EU:T:2022:541, point 1003, dans lequel le Tribunal fait référence aux «difficultés inhérentes à l'élaboration d'un test AEC».

³¹³ Voir arrêt du 9 novembre 1983, *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Commission (Michelin I)*, 322/81, EU:C:1983:313, point 71; arrêt du 29 mars 2001, *République portugaise/Commission*, C-163/99, EU:C:2001:189, point 50; arrêt du 30 septembre 2003, *Michelin/Commission (Michelin II)*, T-203/01, EU:T:2003:250, point 58.

³¹⁴ Arrêt du 19 janvier 2023, *Unilever Italia Mkt Operations*, C-680/20, EU:C:2023:33, point 57. De manière générale, il peut s'avérer difficile, voire impossible, de convertir des incitations non monétaires en montants monétaires; voir décision de la Commission du 16 octobre 2019 dans l'affaire AT.40608 – *Broadcom*, considérant 352.

³¹⁵ Arrêt du 19 janvier 2023, *Unilever Italia Mkt Operations*, C-680/20, EU:C:2023:33, point 57.

contrainte réelle sur l'entreprise dominante³¹⁶. En pareil cas, la question de savoir si le comportement s'écarte de la concurrence par les mérites sera appréciée sur la base des principes généraux énoncés à la section 3.2.

145. Pour déterminer si un système de rabais conditionnels est susceptible de produire des effets d'éviction, il est nécessaire d'analyser toutes les circonstances juridiques et économiques pertinentes. Outre les éléments mentionnés à la section 3.3, les considérations suivantes sont généralement pertinentes en ce qui concerne les rabais conditionnels³¹⁷:

- a) l'étendue de la position dominante de l'entreprise sur le marché en cause, à savoir le degré de pouvoir de marché qu'elle détient³¹⁸ et le fait que, pour une part donnée de la demande, l'entreprise dominante peut être un partenaire commercial incontournable³¹⁹;
- b) l'importance du rabais exprimé en pourcentage du prix total, ou la valeur des avantages non tarifaires, et le seuil déclenchant le rabais³²⁰; à cet égard, la transparence des conditions régissant le rabais est également pertinente³²¹;
- c) la rétroactivité des rabais: par rapport aux rabais progressifs, les rabais rétroactifs sont généralement plus susceptibles de produire des effets d'éviction car il est moins intéressant pour les clients de changer de fournisseur pour de petits volumes s'ils perdent de ce fait les rabais rétroactifs³²²;
- d) le caractère individualisé du rabais: les rabais propres à chaque client (ou type de client) sont généralement plus susceptibles de produire des effets d'éviction parce qu'ils permettent à l'entreprise dominante de fixer les seuils de rabais en fonction de la taille ou de la demande de chaque client, renforçant ainsi l'effet de fidélité³²³;
- e) la durée de la période de référence: en règle générale, la pression exercée sur l'acheteur pour réaliser le chiffre d'achat nécessaire afin d'obtenir l'avantage ou de ne pas subir la perte prévue pour l'ensemble de la période est d'autant plus

³¹⁶ Arrêt du 6 octobre 2015, *Post Danmark*, C-23/14, EU:C:2015:651, points 59 et 60.

³¹⁷ Arrêt du 9 novembre 1983, *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Commission (Michelin I)*, 322/81, EU:C:1983:313, point 73; arrêt du 15 mars 2007, *British Airways/Commission*, C-95/04 P, EU:C:2007:166, point 67; arrêt du 6 octobre 2015, *Post Danmark*, C-23/14, EU:C:2015:651, point 29.

³¹⁸ Arrêt du 6 octobre 2015, *Post Danmark*, C-23/14, EU:C:2015:651, points 30 et 39.

³¹⁹ Arrêt du 15 mars 2007, *British Airways/Commission*, C-95/04 P, EU:C:2007:166, point 75; arrêt du 6 octobre 2015, *Post Danmark*, C-23/14, EU:C:2015:651, point 40.

³²⁰ Arrêt du 13 février 1979, *Hoffmann-La Roche/Commission*, C-85/76, EU:C:1979:36, points 97 à 100; arrêt du 7 octobre 1999, *Irish Sugar/Commission*, T-228/97, EU:T:1999:246, points 207 à 214.

³²¹ Par exemple, un manque de transparence peut exercer une pression sur les clients et rendre moins attrayant le passage à un concurrent lorsque les effets du respect ou du non-respect des conditions qui régissent le système de rabais sont incertains. Arrêt du 9 novembre 1983, *Michelin/Commission*, C-322/81, EU:C:1983:313, points 83 et 84.

³²² Arrêt du 9 novembre 1983, *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Commission (Michelin I)*, 322/81, EU:C:1983:313, point 81; arrêt du 6 octobre 2015, *Post Danmark*, C-23/14, EU:C:2015:651, point 32.

³²³ Arrêt du 9 septembre 2010, *Tomra Systems e.a./Commission*, T-155/06, EU:C:2010:370, points 261, 262 et 269.

élevée que la période de référence est longue, ce qui fait qu'il sera plus difficile pour un entrant de livrer concurrence pour décrocher ce client³²⁴; et

- f) le fait que même un hypothétique concurrent aussi efficace ne serait pas en mesure de compenser la perte des rabais, démontré au moyen d'un test prix-coût, si un tel test est appliqué pour déterminer si le système de rabais s'écarte de la concurrence par les mérites³²⁵.

Application éventuelle d'un test prix-coût aux rabais conditionnels

146. L'application d'un test prix-coût aux rabais conditionnels doit être fondée sur des prix et des coûts réels calculés sur la part de la demande que les clients pourraient transférer à des concurrents de l'entreprise dominante (la «fraction pertinente»)³²⁶.
147. La détermination de la fraction pertinente dépend des circonstances propres à chaque espèce et de la nature progressive ou rétroactive du rabais.
148. Pour les rabais progressifs, la fraction pertinente correspond normalement aux achats dépassant le seuil requis pour bénéficier du rabais.
149. Pour les rabais rétroactifs, la détermination de la fraction pertinente nécessite généralement d'apprécier, dans le contexte propre au marché en cause, la part de ses besoins qu'un client peut et veut réellement transférer à des concurrents de l'entreprise dominante. Cette part de la demande des clients est également connue sous le nom de «part disputable»³²⁷ par opposition à la «part non disputable», qui désigne la part de leur demande que les clients souhaitent de toute façon couvrir en s'approvisionnant auprès de l'entreprise dominante, compte tenu de sa position potentielle de partenaire commercial incontournable. Un rabais rétroactif accordé par une entreprise dominante peut permettre à cette dernière d'utiliser la part non disputable de la demande de chaque client comme levier pour réduire à un niveau inférieur aux coûts le prix effectivement payé par le client pour la part disputable de la demande.
150. Lorsque la Commission applique un test prix-coût à la part disputable de la demande, elle estime le prix effectif par unité disputable qu'un concurrent de l'entreprise dominante devrait offrir pour indemniser le client pour la perte du rabais si ce dernier retirait à l'entreprise dominante la part disputable de sa demande. Le prix effectif par unité disputable que le concurrent devra offrir n'est pas le prix unitaire moyen appliqué par l'entreprise dominante, mais le prix normal (catalogue) par unité, déduction faite de la valeur totale du rabais perdu par le client à cause du transfert des volumes disputables

³²⁴ Arrêt du 9 novembre 1983, *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Commission* (Michelin I), 322/81, EU:C:1983:313, point 81; arrêt du 6 octobre 2015, *Post Danmark*, C-23/14, EU:C:2015:651, point 34.

³²⁵ À l'inverse, le fait qu'un hypothétique concurrent aussi efficace serait en mesure de compenser la perte des rabais n'est pas nécessairement un élément pertinent pour démontrer que le système de rabais n'est pas susceptible de produire des effets d'éviction. En effet, la capacité du comportement de produire des effets d'éviction doit être appréciée par rapport aux concurrents existants ou potentiels de l'entreprise dominante plutôt que par rapport à des concurrents hypothétiques (voir point 73 ci-dessus).

³²⁶ Voir section 4.2.4 pour une explication des critères de coûts pertinents.

³²⁷ L'appréciation de la part disputable peut être soumise à des contraintes importantes. En ce qui concerne les concurrents potentiels, une estimation de l'ampleur réaliste de l'entrée d'un nouveau concurrent peut être effectuée dans la mesure du possible.

au concurrent, répartie entre les unités disputables sur la période à prendre en considération.

151. Enfin, lorsqu'un test prix-coût est appliqué et montre que le prix effectif facturé par l'entreprise dominante est inférieur au CEM³²⁸, il est conclu que le système de rabais s'écarte de la concurrence par les mérites. Un prix effectif inférieur au CEM peut également être pertinent aux fins de l'appréciation de la capacité du système de rabais de produire des effets d'éviction [voir point 145 f)].

4.3.2. Rabais multiproduits

152. Les entreprises dominantes peuvent également commercialiser ensemble deux ou plusieurs produits distincts et offrir une incitation, telle qu'un rabais («rabais multiproduits»), aux acheteurs par rapport à la situation dans laquelle ils achèteraient les produits séparément. Cette pratique est également connue sous le nom de «vente groupée mixte» ou de «rabais groupés».
153. Pour ce type de pratique abusive, les éléments d'interprétation fournis par la jurisprudence relative aux accords exclusifs et aux rabais conditionnels, selon le cas, s'appliquent par analogie.
154. Les rabais multiproduits qui sont subordonnés à la condition que, pour au moins un des produits, les clients s'approvisionnent pour la totalité ou pour une part considérable de leurs besoins auprès de l'entreprise dominante sont soumis au test juridique spécifique décrit à la section 4.2.1.
155. Les rabais multiproduits qui ne sont pas subordonnés à la condition que, pour au moins un des produits, les clients s'approvisionnent pour la totalité ou pour une part considérable de leurs besoins auprès de l'entreprise dominante sont susceptibles d'être abusifs si un tel comportement s'écarte de la concurrence par les mérites et est de nature à produire des effets d'éviction. Tel est généralement le cas lorsque le rabais multiproduits permet à l'entreprise dominante d'exploiter, par effet de levier, sur un ou plusieurs autres marchés, la position dominante qu'elle occupe sur un marché donné et lorsque cette situation est susceptible de produire des effets d'éviction, par exemple en renforçant ou en protégeant la position dominante. Les orientations énoncées à la section 4.3.1 peuvent être pertinentes³²⁹.

4.3.3. Auto-préférence

156. L'auto-préférence désigne le fait pour une entreprise dominante d'accorder activement³³⁰ un traitement préférentiel à ses propres produits par rapport à ceux de ses concurrents, principalement au moyen de pratiques non tarifaires.

³²⁸ Voir section 4.2.4 pour une explication des critères de coûts pertinents.

³²⁹ Dans le cas d'un rabais multiproduits, lorsqu'un test prix-coût est appliqué, il consiste à comparer le prix marginal payé par les clients pour chacun des produits groupés de l'entreprise dominante et le coût que supporte cette dernière du fait de l'inclusion de ce produit dans l'offre groupée.

³³⁰ Arrêt du 10 novembre 2021, Google et Alphabet/Commission (Google Shopping), T-612/17, EU:T:2021:763, point 240.

157. L'auto-préférence peut être répandue dans certains secteurs de l'économie et il est nécessaire de procéder à une analyse de toutes les circonstances pertinentes pour déterminer si une pratique donnée d'auto-préférence est contraire à l'article 102 du TFUE.
158. En particulier, les pratiques d'auto-préférence sont susceptibles d'être abusives lorsque l'entreprise dominante exploite, par effet de levier, sa position dominante sur un marché donné (le «marché exerçant l'effet de levier») afin d'obtenir un avantage sur un marché lié (le «marché ciblé par l'effet de levier») en accordant un traitement préférentiel à ses produits. Deux marchés peuvent être liés de différentes manières, par exemple parce qu'ils se trouvent dans une relation verticale, parce que les concurrents de l'entreprise dominante sur le marché ciblé par l'effet de levier sont des utilisateurs existants ou potentiels sur le marché exerçant l'effet de levier ou parce que les deux marchés font partie de la même chaîne de valeur³³¹.
159. Le traitement préférentiel peut concerner, par exemple, le positionnement ou la présentation du produit bénéficiant de l'effet de levier sur le marché exerçant l'effet de levier³³², la manipulation du comportement et du choix des consommateurs³³³ ou la manipulation des enchères. Le traitement préférentiel peut également consister en une combinaison ou une succession de différentes pratiques dans la durée³³⁴.
160. Pour établir si les pratiques d'auto-préférence sont susceptibles d'être abusives, il convient d'apprécier si l'octroi d'un traitement préférentiel aux propres produits de l'entreprise dominante s'écarte de la concurrence par les mérites et s'il est de nature à produire des effets d'éviction³³⁵.
161. En ce qui concerne la première condition, outre les éléments mentionnés à la section 3.2 ci-dessus, les éléments suivants, qui ne sont ni cumulatifs ni exhaustifs, peuvent indiquer que le comportement s'écarte de la concurrence par les mérites:
- (i) le traitement préférentiel est accordé sur un marché exerçant un effet de levier qui constitue une source importante d'activités pour les concurrents sur le marché ciblé par l'effet de levier, que les concurrents ne peuvent pas effectivement remplacer par d'autres moyens³³⁶;

³³¹ Tel peut être le cas, par exemple, si les clients du produit d'un marché l'utilisent pour faire affaire avec des clients de l'autre marché.

³³² Voir, en ce sens, décision de la Commission du 27 juin 2017 dans l'affaire AT.39740 – *Google Shopping*, section 7.2.1; et arrêt du 10 novembre 2021, *Google et Alphabet/Commission (Google Shopping)*, T-612/17, EU:T:2021:763, point 283. Voir également décision de la Commission du 20 décembre 2022 dans les affaires AT.40462 – *Amazon Marketplace* et AT.40703 – *Amazon Buy Box*, considérant 203.

³³³ Voir, par analogie, arrêt du 12 mai 2022, *Servizio Elettrico Nazionale e.a., C-377/20*, EU:C:2022:379, points 96 à 99.

³³⁴ Arrêt du 10 novembre 2021, *Google et Alphabet/Commission (Google Shopping)*, T-612/17, EU:T:2021:763, points 187 et 329.

³³⁵ Arrêt du 10 novembre 2021, *Google et Alphabet/Commission (Google Shopping)*, T-612/17, EU:T:2021:763, points 161 à 166, 175, 195 et 196.

³³⁶ Arrêt du 10 novembre 2021, *Google et Alphabet/Commission (Google Shopping)*, T-612/17, EU:T:2021:763, points 170, 171 et 174. L'importance, pour les concurrents, du produit fourni par l'entreprise dominante sur le marché exerçant l'effet de levier ne devrait pas être assimilée à un caractère indispensable, comme cela est exigé pour les pratiques abusives consistant en un refus de fourniture, étant donné que l'auto-préférence constitue un autre type de pratique abusive; dès lors, il n'est pas requis que les critères établis dans

- (ii) le traitement préférentiel est susceptible d'influencer le comportement des utilisateurs, quelles que soient les qualités intrinsèques du produit bénéficiant de l'effet de levier³³⁷;
- (iii) le traitement préférentiel est susceptible d'être contraire à la logique économique sous-jacente des activités de l'entreprise dominante sur le marché exerçant l'effet de levier, par exemple en étant contraire à ses intérêts ou à ceux de ses clients sur ce marché³³⁸.

162. En ce qui concerne l'analyse de la capacité du comportement de produire des effets d'éviction, les considérations générales énoncées à la section 3.3 s'appliquent. L'auto-préférence peut produire des effets d'éviction sur le marché ciblé par l'effet de levier ou à la fois sur le marché ciblé par l'effet de levier et sur le marché exerçant l'effet de levier. Si l'auto-préférence prend la forme d'une combinaison ou d'une succession de pratiques, l'analyse des effets devrait prendre en considération les effets globaux de ces pratiques³³⁹.

4.3.4. Restrictions d'accès

163. Une restriction d'accès désigne le fait pour une entreprise dominante d'imposer des restrictions d'accès à un intrant qui diffèrent d'un refus de fourniture³⁴⁰.
164. Les restrictions d'accès ne doivent pas nécessairement satisfaire au test juridique spécifique applicable au refus de fourniture énoncé à la section 4.2.3 ci-dessus pour être jugées abusives³⁴¹, mais devraient plutôt être appréciées au regard du cadre général d'appréciation exposé à la section 3. Ainsi, dans le cas d'espèce, il conviendra d'établir que le comportement s'écarte de la concurrence par les mérites et est susceptible de produire des effets d'éviction.

l'arrêt du 26 novembre 1998, *Bronner*, C-7/97, EU:C:1998:569, soient remplis; voir arrêt du 10 novembre 2021, *Google et Alphabet/Commission (Google Shopping)*, T-612/17, EU:T:2021:763, points 230 et 240. Toutefois, la constatation d'un caractère indispensable peut constituer un indice sérieux du fait que le comportement constitue une pratique abusive; voir, par analogie, arrêt du 17 février 2011, *TeliaSonera Sverige*, C-52/09, EU:C:2011:83, points 70 et 71. Le fait que le marché exerçant l'effet de levier soit, pour les concurrents, une source importante d'activités qui ne peut pas être effectivement remplacée peut également constituer une information utile quant à la capacité d'une pratique d'auto-préférence de produire des effets d'éviction; voir arrêt du 10 novembre 2021, *Google et Alphabet/Commission (Google Shopping)*, T-612/17, EU:T:2021:763, point 454; décision de la Commission du 27 juin 2017 dans l'affaire AT.39740 – *Google Shopping*, considérants 591 et 592; et décision de la Commission du 20 décembre 2022 dans les affaires AT.40462 – *Amazon Marketplace* et AT.40703 – *Amazon Buy Box*, considérants 173 à 176.

³³⁷ Arrêt du 10 novembre 2021, *Google et Alphabet/Commission (Google Shopping)*, T-612/17, EU:T:2021:763, point 172. L'influence possible de l'auto-préférence sur le comportement des utilisateurs est particulièrement pertinente dans les cas où le comportement en cause repose sur les biais comportementaux de ces derniers.

³³⁸ Arrêt du 10 novembre 2021, *Google et Alphabet/Commission (Google Shopping)*, T-612/17, EU:T:2021:763, points 176 à 185.

³³⁹ Arrêt du 10 novembre 2021, *Google et Alphabet/Commission (Google Shopping)*, T-612/17, EU:T:2021:763, point 374.

³⁴⁰ Voir la notion de «refus de fourniture» aux fins des présentes lignes directrices, exposée à la section 4.2.3, qui désigne les situations dans lesquelles une entreprise dominante a mis au point un intrant exclusivement ou principalement pour son propre usage.

³⁴¹ Arrêt du 25 mars 2021, *Slovak Telekom/Commission*, C-165/19 P, EU:C:2021:239, points 50 et 51.

165. Les restrictions d'accès sont susceptibles d'être abusives même si l'intrant en cause n'est pas indispensable, étant donné que la nécessité de protéger la liberté contractuelle et les incitations à investir de l'entreprise ne s'applique pas dans la même mesure que dans le cas d'un refus de fourniture³⁴². Toutefois, l'importance de l'intrant pour l'entreprise qui y demande accès augmentera la probabilité que les restrictions d'accès entraînent des effets d'éviction³⁴³.

166. Voici des exemples de restrictions d'accès qui, en fonction des circonstances spécifiques de chaque espèce, peuvent être considérées comme contraires à l'article 102 du TFUE³⁴⁴:

a) les cas dans lesquels les pratiques commerciales de l'entreprise dominante peuvent entraîner une rupture de l'approvisionnement des clients existants. Plus précisément, les entreprises dominantes ne peuvent cesser de fournir des clients existants qui leur font concurrence sur un marché en aval dès lors que ces clients respectent les usages commerciaux et que les commandes qu'ils passent ne présentent aucun caractère anormal³⁴⁵;

b) les cas dans lesquels l'entreprise dominante ne respecte pas une obligation réglementaire de donner accès à l'intrant³⁴⁶;

c) les cas dans lesquels l'entreprise dominante perturbe ou retarde la fourniture existante d'un intrant en imposant des conditions d'accès inéquitables (pratique également appelée «refus implicite de fourniture»). Tel pourrait être le cas, par exemple, lorsque l'entreprise dominante³⁴⁷:

- i) ne fixe pas des conditions d'accès raisonnables et transparentes, y compris des règles en matière de prix; ou
- ii) ne répond pas en temps utile aux demandes d'accès ou retarde le début des négociations relatives à l'accès et la signature de contrats d'accès avec des tiers;

³⁴² Arrêt du 25 mars 2021, *Slovak Telekom/Commission*, C-165/19 P, EU:C:2021:239, points 44 à 51. Par exemple, le fait que les deux conditions suivantes soient remplies, i) l'intrant de l'entreprise dominante est financé par des fonds publics plutôt que par des investissements privés, et ii) l'entreprise dominante n'est pas propriétaire de l'intrant, peut indiquer que les critères établis au point 41 de l'arrêt du 26 novembre 1998, *Bronner*, C-7/97, EU:C:1998:569, ne s'appliquent pas. Voir, par analogie, arrêt du 12 janvier 2023, *Lietuvos geležinkeliai/Commission*, C-42/21 P, EU:C:2023:12, point 87.

³⁴³ Arrêt du 25 mars 2021, *Slovak Telekom/Commission*, C-165/19 P, EU:C:2021:239, point 50.

³⁴⁴ Cette liste ne devrait pas être considérée comme une énumération exhaustive de tous les cas possibles de restrictions d'accès susceptibles de constituer des pratiques abusives.

³⁴⁵ Arrêt du 6 mars 1974, *Istituto Chemioterapico Italiano et Commercial Solvents/Commission*, C-6/73 et C-7/73, EU:C:1974:18, point 25; et arrêt du 16 septembre 2008, *Sot. Lélos kai Sia EE e.a./GlaxoSmithKline AVE Farmakeftikon Proïonton*, C-468/06 à C-478/06, EU:C:2008:504, point 77. Voir également, par analogie, arrêt du 25 mars 2021, *Slovak Telekom/Commission*, C-165/19 P, EU:C:2021:239, point 50.

³⁴⁶ Arrêt du 13 décembre 2018, *Slovak Telekom/Commission*, T-851/14, EU:T:2018:929, point 121; et arrêt du 25 mars 2021, *Slovak Telekom*, C-165/19 P, EU:C:2021:239, points 54 à 59.

³⁴⁷ Décision de la Commission du 15 octobre 2014 dans l'affaire AT.39.523 – *Slovak Telekom*, considérants 428 à 821; arrêt du 25 mars 2021, *Slovak Telekom*, C-165/19 P, EU:C:2021:239, point 50; décision de la Commission du 22 juin 2011 dans l'affaire AT.39.525 – *Telekomunikacja Polska*, considérant 566; et décision de la Commission du 13 décembre 2011 dans l'affaire COMP/C-3/39692 – *IBM Maintenance Services*, considérants 31 à 37.

- d) lorsque l'entreprise dominante met au point un intrant dans le but déclaré de le partager largement avec des tiers mais ne donne pas accès par la suite à cet intrant ou restreint l'accès à celui-ci. Dans ce cas, l'entreprise dominante a déjà pris la décision commerciale et d'investissement de partager l'intrant dès le départ et de conclure des contrats d'accès avec des tiers³⁴⁸.

5. PRINCIPES GÉNÉRAUX APPLICABLES À L'APPRÉCIATION DE JUSTIFICATIONS OBJECTIVES

167. Un comportement susceptible d'être abusif peut échapper à l'interdiction énoncée à l'article 102 du TFUE lorsque l'entreprise dominante peut démontrer à suffisance qu'un tel comportement est objectivement justifié. Pour être objectivement justifié, le comportement doit être objectivement nécessaire («moyen de défense fondé sur la nécessité objective») ou générer des gains d'efficacité qui contrebalancent l'effet négatif dudit comportement sur la concurrence, voire l'emportent sur ledit effet («moyen de défense fondé sur les gains d'efficacité») ³⁴⁹.
168. Un moyen de défense fondé sur la nécessité objective doit reposer sur la preuve que le comportement de l'entreprise dominante était objectivement nécessaire pour atteindre un objectif déterminé³⁵⁰. La nécessité objective peut procéder de considérations commerciales légitimes, par exemple si l'entreprise dominante veut se garder d'une concurrence déloyale³⁵¹, si les commandes passées par le client présentent un caractère anormal³⁵² ou si le comportement du client est contraire aux usages loyaux du commerce³⁵³. Elle peut également procéder de justifications techniques, par exemple liées au maintien des performances du produit de l'entreprise dominante ou à l'amélioration de ces performances³⁵⁴. Si les arguments à l'appui d'un moyen de défense fondé sur la nécessité objective peuvent également porter, par exemple, sur des considérations de santé publique, de sécurité ou d'autres considérations d'intérêt public³⁵⁵, les juridictions de l'Union ont confirmé qu'il n'appartient pas à l'entreprise dominante de prendre, de sa propre initiative, des mesures destinées à éliminer des produits qu'elle considère, à tort ou à raison, comme dangereux, ou à tout le moins

³⁴⁸ Voir, par analogie, arrêt du 10 novembre 2021, Google et Alphabet/Commission (Google Shopping), T-612/17, EU:T:2021:763, points 177 à 185.

³⁴⁹ Arrêt du 27 mars 2012, Post Danmark, C-209/10, EU:C:2012:172, points 40 et 41 et jurisprudence citée; arrêt du 30 janvier 2020, Generics (UK) e.a., C-307/18, EU:T:2020:52, point 165; arrêt du 12 mai 2022, Servizio Elettrico Nazionale e.a., C-377/20, EU:C:2022:379, point 84; arrêt du 21 décembre 2023, European Superleague Company, C-333/21, EU:C:2023:1011, points 201 et 202. Les exemples fournis dans la présente section ne constituent pas une liste exhaustive des justifications objectives pouvant être invoquées dans le cadre des affaires relevant de l'article 102 du TFUE.

³⁵⁰ Voir, en ce sens, arrêt du 3 octobre 1985, CBEM/CLT et IPB, C-311/84, EU:C:1985:394, points 26 et 27.

³⁵¹ Arrêt du 10 novembre 2021, Google et Alphabet/Commission (Google Shopping), T-612/17, EU:T:2021:763, point 552.

³⁵² Arrêt du 16 septembre 2008, Sot. Lélos kai Sia e.a., C-468/06 à C-478/06, EU:C:2008:504, point 70.

³⁵³ Arrêt du 14 février 1978, United Brands et United Brands Continental/Commission, C-27/76, EU:C:1978:22, points 182 à 187.

³⁵⁴ Arrêt du 10 novembre 2021, Google et Alphabet/Commission (Google Shopping), T-612/17, EU:T:2021:763, point 552. Voir également arrêt du 17 septembre 2007, Microsoft/Commission, T-201/04, EU:T:2007:289, points 1146 et 1159, où l'argument selon lequel l'intégration de Windows Media Player dans Windows a généré des gains d'efficacité techniques ou entraîné de «meilleures performances techniques du produit» a été rejeté.

³⁵⁵ Par exemple, lorsque le comportement contribue à la résilience de l'Union de la manière nécessaire pour réduire les dépendances et les ruptures de la chaîne d'approvisionnement.

d'une qualité inférieure à ses propres produits³⁵⁶ ni, plus généralement, de veiller au respect de la loi par d'autres entreprises³⁵⁷. Un moyen de défense fondé sur la nécessité objective ne sera admis que si les effets d'éviction réels ou potentiels résultant du comportement sont proportionnés à l'objectif prétendument nécessaire³⁵⁸. La condition de proportionnalité n'est pas remplie lorsque le même objectif pourrait être atteint par des moyens moins restrictifs de la concurrence³⁵⁹.

169. Un moyen de défense fondé sur les gains d'efficacité exige de démontrer que les effets d'éviction résultant du comportement de l'entreprise dominante sont contrebalancés, voire surpassés, par des avantages en termes d'efficacité qui profitent également au consommateur³⁶⁰. Lorsque le comportement d'une entreprise dominante est susceptible de produire des effets d'éviction, les avantages éventuels en termes d'efficacité ne peuvent être pris en considération qu'au stade de l'examen des justifications objectives³⁶¹. Un moyen de défense fondé sur les gains d'efficacité ne saurait être admis si les effets d'éviction produits par le comportement sont sans rapport avec les avantages allégués pour les consommateurs ou si lesdits effets vont au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre ces avantages³⁶². À l'appui d'un moyen de défense fondé sur les gains d'efficacité, l'entreprise dominante doit démontrer à suffisance que les quatre conditions cumulatives suivantes sont remplies:

- a) les gains d'efficacité susceptibles de résulter du comportement considéré contrebalancent tout effet négatif probable sur le jeu de la concurrence et sur les intérêts des consommateurs sur les marchés affectés;
- b) ces gains ont été ou sont susceptibles d'être générés par le comportement;
- c) le comportement est nécessaire à la réalisation de ces gains d'efficacité; et
- d) le comportement n'élimine pas une concurrence effective en supprimant la totalité ou la plupart des sources existantes de concurrence réelle ou potentielle³⁶³.

³⁵⁶ Arrêt du 12 décembre 1991, Hilti/Commission, T-30/89, EU:T:1991:70, point 118; arrêt du 6 octobre 1994, Tetra Pak/Commission, T-83/91, EU:C:1994:246, point 138.

³⁵⁷ Voir, en ce sens, arrêt du 12 décembre 1991, Hilti/Commission, T-30/89, EU:T:1991:70, points 116 à 118.

³⁵⁸ Arrêt du 12 mai 2022, Servizio Elettrico Nazionale e.a., C-377/20, EU:C:2022:379, point 103. Voir, en ce sens, arrêt du 14 septembre 2022, Google et Alphabet/Commission (Google Shopping), T-604/18, EU:T:2022:541, point 883.

³⁵⁹ Ibidem.

³⁶⁰ Arrêt du 15 mars 2007, British Airways/Commission, C-95/04 P, EU:C:2007:166, point 86; arrêt du 6 octobre 2015, Post Danmark, C-23/14, EU:C:2015:651, point 48; arrêt du 6 septembre 2017, Intel/Commission, C-413/14 P, EU:C:2017:632, point 140.

³⁶¹ Arrêt du 10 novembre 2021, Google et Alphabet/Commission (Google Shopping), T-612/17, EU:T:2021:763, point 188. Voir également, en ce sens, arrêt du 12 mai 2022, Servizio Elettrico Nazionale e.a., C-377/20, EU:C:2022:379, points 84 à 86.

³⁶² Arrêt du 17 février 2011, TeliaSonera Sverige, C-52/09, EU:C:2011:83, point 76.

³⁶³ Arrêt du 27 mars 2012, Post Danmark, C-209/10, EU:C:2012:172, point 42; arrêt du 30 janvier 2020, Generics (UK) e.a., C-307/18, EU:T:2020:52, point 166; arrêt du 14 septembre 2022, Google et Alphabet/Commission (Google Shopping), T-604/18, EU:T:2022:541, points 602, 876 et, en ce sens, points 889 à 891; arrêt du 21 décembre 2023, European Superleague Company, C-333/21, EU:C:2023:1011, point 204.

170. S'il reste loisible à l'entreprise dominante de justifier tout comportement susceptible d'être abusif, la question de savoir si ce comportement est fortement susceptible de produire des effets d'éviction ou s'il s'agit d'une restriction non déguisée doit être dûment prise en considération dans la mise en balance qui sera effectuée dans ce contexte.
171. La charge de la preuve dans le cadre d'un moyen de défense fondé sur la nécessité objective ou sur les gains d'efficacité incombe à l'entreprise dominante³⁶⁴. Des allégations vagues, générales et théoriques ou reposant exclusivement sur les intérêts commerciaux propres de l'entreprise dominante ne suffisent pas à appuyer un moyen de défense fondé sur les gains d'efficacité³⁶⁵. De même, la question de savoir si les pratiques en cause étaient délibérées ou, au contraire, uniquement non intentionnelles n'est pas pertinente pour l'appréciation d'un moyen de défense fondé sur les gains d'efficacité³⁶⁶. En outre, un moyen de défense fondé sur la nécessité objective ou sur les gains d'efficacité doit être étayé par des éléments significatifs et concordants, en particulier lorsque l'entreprise dominante est naturellement mieux placée que la Commission pour en révéler l'existence et en démontrer la matérialité³⁶⁷, ce qui est généralement le cas dans le cadre de l'application de l'article 102 du TFUE.

³⁶⁴ Arrêt du 6 octobre 2015, *Post Danmark*, C-23/14, EU:C:2015:651, point 49; arrêt du 17 septembre 2007, *Microsoft/Commission*, T-201/04, EU:T:2007:289, points 688 et 1144; arrêt du 10 novembre 2021, *Google et Alphabet/Commission (Google Shopping)*, T-612/17, EU:T:2021:763, point 554; arrêt du 14 septembre 2022, *Google et Alphabet/Commission (Google Android)*, T-604/18, EU:T:2022:541, point 601. Il appartient à l'entreprise invoquant le bénéfice de ce moyen de défense contre une constatation d'infraction d'apporter la preuve que les conditions d'application de ce dernier sont remplies, règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité CE [devenus articles 101 et 102 du TFUE], JO L 1 du 4.1.2003, considérant 5 et article 2.

³⁶⁵ Arrêt du 30 janvier 2020, *Generics (UK) e.a.*, C-307/18, EU:T:2020:52, point 166.

³⁶⁶ Arrêt du 30 janvier 2020, *Generics (UK) e.a.*, C-307/18, EU:T:2020:52, point 168.

³⁶⁷ Arrêt du 1^{er} juillet 2010, *AstraZeneca/Commission*, T-321/05, EU:T:2010:266, point 686 (voir également points 688, 689 et 693, où il est indiqué que l'allégation relative à la justification objective n'était pas crédible compte tenu de l'absence de document interne à l'appui de la prétendue justification et de l'incohérence du comportement d'AstraZeneca dans différents États membres); arrêt du 10 novembre 2021, *Google et Alphabet/Commission (Google Shopping)*, T-612/17, EU:T:2021:763, point 577.