

3 Le droit européen de l'abus de position dominante en 2014

Nicolas PETIT,
 professeur à la Faculté de droit, de science politique
 et de criminologie, Université de Liège (ULg)

La présente chronique revient sur les évolutions les plus marquantes du droit de l'abus de position dominante au cours de l'année passée. Elle traite en particulier de deux grandes sagas contentieuses : la guerre des brevets et l'affaire « Intel ».

1 - En 2014, le droit de l'abus de position dominante a connu des développements statistiques significatifs à l'échelon européen¹. Avec le départ du Commissaire Almunia à l'automne, les services de la Direction générale de la concurrence ont été activement sollicités. Pour l'essentiel, il fut question de clôturer des affaires. Les chiffres parlent d'eux-mêmes. En 2014, la Commission a pris quatre décisions constatant des infractions à l'article 102 du TFUE (*Slovak Telekom*, *Perindopril [Servier]*, *Motorola* et *OPCOM/Romanian Power Exchange*) et une décision rendant des engagements obligatoires (*Samsung*). De surcroît, la Commission a classé un nombre au moins égal d'affaires sans décisions (V. *tableau infra*). Ce bilan est loin d'être négligeable :

Affaires d'abus de position dominante clôturées par la Commission en 2014		
Numéro d'affaire	Date	Nom
39951 (*)		Internet Connectivity
40090 (*)		Internet Connectivity - Orange
40092 (*)		Internet Connectivity - Telefónico
39958 (*)		SU c/ CEZ
39840 (*)		The MathWorks
40089 (*)		Internet Connectivity - Deutsche Telekom
40105 (*)	24 oct. 2014	UEFA Financial Fair Play Rules
38523 (**)	15 oct. 2014	Slovak Telekom

Affaires d'abus de position dominante clôturées par la Commission en 2014		
Numéro d'affaire	Date	Nom
40072 (*)	14 oct. 2014	Magyar Suzuki Corporation
39921 (*)	23 juill. 2014	Refusal to provide payment services
39594 (*)	17 juill. 2014	EDF wholesale spot electricity market
39612 (**)	9 juill. 2014	Perindopril (Servier)
39939 (***)	29 avr. 2014	Samsung - Enforcement of UMTS SEPs
39985 (**)	29 avr. 2014	Motorola - Enforcement of GPRS SEPs
39984 (**)	5 mars 2014	OPCOM c/ Romanian Power Exchange
(*) Affaire classée (**) Décision constatant l'infraction (***) Décision rendant obligatoires des engagements, art. 9		

Au niveau de la Cour de justice et du Tribunal de l'UE, l'activité fût plus modeste. Cela n'a rien de surprenant. La matière est dominée depuis quelques années par les décisions d'engagements, ce qui assèche le robinet du contentieux de l'annulation. Parmi les trois arrêts rendus par la juridiction luxembourgeoise, deux se démarquent². Tout d'abord, dans un arrêt *Commission contre Dimosia EpiCheirisi Ilektrismou AE (DEI)* du 17 juillet 2014, la Cour s'est prononcée sur l'articulation des articles 102 et 106 du TFUE. La doctrine croit lire dans cet arrêt de nouvelles marges de manœuvre pour l'application de l'article 106 du

1. Le présent article ne discute pas les affaires relatives à l'application de l'article 106 du TFUE (par exemple, l'affaire *DEI*) ou les affaires soulevant des questions de nature processuelle (comme les affaires *Easy Jet* et *Si.Mobil*).

2. Voir aussi CJUE, 10 juill. 2014, aff. C-295/12 P, *Telefónica SA et Telefónica de España SAU contre Commission européenne*, qui ne dit pas grand-chose de neuf : *Contrats, conc. consom. 2014, comm. 224, note D. Bosco*.

TFUE³. Depuis plus de 10 ans, la disposition est en effet en état d'hibernation juridique. Elle pourrait être réactivée pour soutenir les programmes de réforme structurelle développés dans les États membres de l'UE à l'occasion du semestre européen. Par ailleurs, l'arrêt du Tribunal du 12 juin 2014 dans l'affaire *Intel Corp. contre Commission* défraye la chronique juridique. Même les fonctionnaires de la Commission, usuellement discrets dans des matières régies par le principe de collégialité, ont publiquement étalé leur désaccord sur l'arrêt du Tribunal.⁴

Au fond, que retirer de ce bref aperçu statistique ? Sans doute que l'année 2014 marque une rupture dans la tendance au « transactionalisme » observée ces dernières années. Seule une décision en 2014 a rendu des engagements obligatoires. Il s'agit de l'affaire *Samsung*.

Cela est d'autant plus vrai que la Commission semble avoir résisté à la tentation de la transaction. La procédure ouverte contre le géant de la recherche par Internet, Google, depuis 2010 l'illustre bien. Après avoir accéléré en ouvrant une consultation sur un troisième panier d'engagements de Google en février 2014, la Commission a décidé d'interrompre les négociations et d'adresser une communication des griefs au géant de l'Internet. *Idem* pour le secteur de l'énergie. Habitué des décisions d'engagement, ce secteur n'a pas donné lieu à une seule décision de cette nature. Seule l'affaire *OPCOM*, relative à une discrimination géographique, s'est soldée par une décision d'interdiction avec amende. La plate-forme d'échange d'électricité roumaine *OPCOM* avait exigé des traders non domestiques qu'ils soient enregistrés à la TVA en Roumanie. Cette exigence n'était pas imposée aux traders locaux. La Commission jugea cette discrimination abusive, et infligea une amende d'un milliard d'euros à *OPCOM*.

Enfin, la Commission a clôturé de très nombreuses affaires en 2014, spécialement entre le moins de juillet et d'octobre, sans passer par la porte de sortie des engagements (affaires sur les services de connectivité Internet, les affaires *SU/CEZ*, *MathWorks*, *UEFA Financial Fair Play*, *Magyar Suzuki Corporation*, *EDF marché de gros en Italie*, *WikiLeaks* ou encore affaire *CEAHR* sur les pièces détachées dans la haute horlogerie). Si cette démarche s'explique par des considérations d'opportunité (vider la place pour la nouvelle Commissaire), il est tout à l'honneur de la Commission d'avoir accepté de clôturer des dossiers sans chercher à extraire des engagements coûte que coûte. La doctrine, qui critique souvent la jurisprudence relative à l'article 102 du TFUE, juge le droit trop sévère pour les entreprises, et les affaires trop simples pour les autorités. Ces statistiques tendent à démontrer le contraire. Il est regrettable toutefois que ces décisions ne soient pas plus motivées.

Faute de publication officielle à ce stade, ces décisions se prêtent difficilement à commentaires. La présente chronique se concentre donc sur l'examen de deux grandes sagas du droit de l'abus de position dominante qui ont connu d'importants développements en 2014. La première concerne le contentieux des Brevets Essentiels à des Normes (« BEN »), aussi connu sous le nom de « guerre des brevets » (1.). La deuxième concerne

l'affaire *Intel* qui, si le lecteur se rappelle bien, a donné lieu à la plus lourde amende jamais imposée sur le fondement de l'article 102 du TFUE (2.).

1. La saga de la guerre des brevets

A. - Contexte

2 - Depuis quelques années, les grandes firmes technologiques se livrent une guerre sans partage. Le duel Apple contre Samsung en est le feuilleton vedette. L'affrontement est économique, technologique, mais aussi juridique. L'arme de guerre principale des belligérants est l'action en contrefaçon de brevets. Devant les tribunaux du monde entier, ils s'assignent en cessation. Ils demandent, le cas échéant, le rappel des produits contrefaisants et des indemnités. Plusieurs de ces actions concernent des brevets essentiels (« BEN ») à des normes industrielles que les détenteurs s'étaient pourtant engagés à donner en licence à des conditions équitables, raisonnables, et non discriminatoires (« conditions FRAND »)⁵.

Que vient faire ici le droit de la concurrence ? Assignés en cessation, plusieurs contrefacteurs présumés ont invoqué l'article 102 du TFUE en moyen de défense. C'est une application moderne d'une vieille doctrine du droit de la concurrence, l'« euro-défense »⁶. Celle-ci connut son heure de gloire dans les années 1960 et 1970, dans le contentieux des contrats de brasserie. Assignés en justice par les grandes brasseries, des cafetiers qui n'avaient pas respecté leurs obligations contractuelles (achat exclusif, prix imposées, etc.) invoquèrent la nullité prévue à l'article 101, § 2 du TFUE pour repousser l'exécution judiciaire des conventions litigieuses. La tactique, malicieuse, s'avéra fructueuse, notamment lorsque les contrats comprenaient des clauses d'exclusivité à l'avantage des brasseurs.

En l'espèce, l'euro-défense fondée sur l'article 102 du TFUE est de toute autre nature. Assignés en contrefaçon devant les juridictions nationales, plusieurs géants technologiques, dont Apple, ont prétendu que l'action en cessation constituait un instrument abusif de pression, de chantage, de « *hold-up* », illégal en vertu du droit de l'abus de position dominante. Selon Apple, les détenteurs de BEN, en position dominante du prétendu fait de leur brevet, chercheraient à utiliser l'action judiciaire comme levier de la négociation des accords de licence, afin d'obtenir des redevances bien supérieures à la valeur des technologies contrefaites. Le risque lié au succès de l'action en cessation n'est pas des moindres, le contrefacteur devant retirer le produit contrefaisant du marché dans sa totalité, et ce même si le BEN ne porte que sur un composant. De surcroît, l'évitement du BEN est techniquement compliqué, pour ne pas dire quasi-impossible, faute de technologie concurrente à celle normalisée. Il y a un effet de « *lock-in* » des contrefacteurs, contraints, d'une façon ou d'une autre, à prendre une licence s'ils veulent rester sur le marché. Les détenteurs de BEN le savent bien. Ils profitent donc de la dépendance des contrefacteurs pour négocier des conditions de licences individuelles ou croisées, sous la menace de l'action en cessation. Selon Apple, cette technique de négociation serait une violation des engagements FRAND pris *ex ante* par les partici-

3. Voir la discussion sur le site internet Chillingcompetition : <http://chillingcompetition.com/2014/07/17/recent-judgments-of-the-eu-courts/> et les discussions suivantes : <http://chillingcompetition.com/2012/11/26/menage-a-trois-part-ii-jose-luis-buendia-case-t-16908-ppc-v-commission-and-jules-v-jim/> et <http://chillingcompetition.com/2012/11/26/menage-a-trois-part-iii-makis-komninos-case-t-16908-ppc-v-commission/>.

4. Luc Peepkorn, *Conditional pricing : Why the General Court is wrong in Intel and what the Court of Justice can do to rebalance the assessment of rebates* : *Revue Concurrences* n° 1-2015, Art. n° 70836, p. 43 à 63. – *Wouter Wils, The Judgment of the EU General Court in Intel and the So-Called « More Economic Approach » to Abuse of Dominance. World Competition : Law and Economics Review*, 2014, Vol. 37, n° 4.

5. Nicolas Petit, *Injunctions for Frand-Pledged Standard Essential Patents : The Quest for an Appropriate Test of Abuse Under Article 102 TFEU*, 23 décembre 2013 : <http://ssrn.com/abstract=2371192>.

6. Richard Whish, David Bailey, *Competition law : Oxford University Press* 2012, 7^e éd., p. 320 à 322.

pants au processus de normalisation, lors de l'inclusion de leur technologie dans la norme⁷.

Bon gré mal gré, la Commission européenne s'est retrouvée embrigadée dans cette bataille juridique. La meilleure défense étant l'attaque, Apple a formé plusieurs plaintes pour abus de position dominante devant l'autorité européenne, notamment à l'encontre de Samsung et de Motorola. D'autres entreprises, comme Microsoft, lui ont emboîté le pas.

Et, comme si cela ne suffisait pas, plusieurs juridictions allemandes aux prises avec des euro-défenses ont sollicité le secours des institutions de l'UE. La Cour régionale de Mannheim, saisie d'une affaire *Motorola contre Apple*, s'est ainsi adressée à la Commission en vertu de l'article 15 du Règlement 1/2003 pour lui demander des précisions sur le calcul des redevances FRAND⁸. À Düsseldorf, la Cour régionale a quant à elle consulté l'oracle de la Cour de Justice dans une affaire *Huawei contre ZTE*. Les questions préjudicielles adressées en vertu de l'article 267 du TFUE portent sur les conditions d'application de l'article 102 du TFUE aux actions en cessation introduites par des détenteurs de BEN.

De manière indirecte, toutes ces affaires soulèvent un intéressant problème de fédéralisme judiciaire. Faute de disposer d'une quelconque jurisprudence européenne en matière de BEN, la Cour suprême allemande a, il y a quelques années, inventé son propre test d'abus dans une affaire dite *Orange Book Standard*. Avec les affaires portées devant la Commission et la Cour de justice, il est donc aussi question de savoir si le test *Orange Book Standard* correspond, ou non, aux vues de l'UE en matière d'abus de position dominante.

À ce jour, la guerre des brevets a principalement occupé la doctrine proprio-intellectualiste. La plupart des spécialistes semble considérer que la jurisprudence *Orange Book Standard* est favorable aux détenteurs de BEN (et défavorable aux contrefacteurs). Le test d'abus déclare uniquement illicites les actions contre les « preneurs de licence consentants » (ou « willing licensee »). Or, les conditions que doit remplir un contrefacteur pour prouver qu'il est consentant sont strictes. Le contrefacteur doit avoir fait une offre que le détenteur de BEN ne pouvait refuser. Et il doit avoir agi comme s'il avait conclu une licence, en déposant les sommes dues au titre de redevance sur un compte ou en les provisionnant.

Jusqu'à cette année, la position des autorités de concurrence est restée incertaine⁹. Après avoir longuement attendu, la Commission a finalement décidé de prendre position, sans attendre le résultat de l'affaire *Huawei contre ZTE* pendante devant la Cour. Cette entorse au principe de coopération loyale tient sans doute à la volonté de clôturer des affaires, typique des fins de mandat à la Commission. Dans une première décision du 29 mai 2014 sur la plainte d'Apple contre *Samsung*, la Commission a décidé de transiger¹⁰. Sa décision rend obligatoire des engagements pris par Samsung de modifier sa politique de licence. Dans une deuxième décision dans l'affaire *Motorola*, la Commission a en revanche déclaré abusif, et donc illicite, le

comportement de *Motorola*.¹¹ La décision n'est toutefois pas assortie d'une amende. L'affaire présentant un caractère inédit, la Commission a préféré clarifier le droit une fois pour toutes. Les détenteurs de BEN sont désormais prévenus¹². Du côté du Kirchberg, la réponse de la Cour se fait toujours attendre à l'heure de l'écriture de cette chronique. Mais l'Avocat Général (« AG ») Melchior Wathelet a rendu ses conclusions le 20 novembre 2014.

B. - Les décisions de la Commission dans les affaires « Samsung » et « Motorola »

3 - La décision de la Commission dans l'affaire *Samsung* consacre un test d'abus moins favorable aux détenteurs de BEN que la jurisprudence *Orange Book Standard*. La Commission estime que l'exercice du droit de propriété intellectuelle (« DPI ») par l'action en cessation n'est pas en tant que tel abusif. Elle peut toutefois le devenir si deux conditions sont remplies : (i) il y a des « circonstances exceptionnelles » ; et (ii) le détenteur de BEN n'avance aucune « justification objective »¹³. En l'espèce, la Commission juge ces deux conditions remplies. Sur la première, les brevets avaient été intégrés dans une norme (en l'espèce la norme UMTS) et Samsung avait pris un engagement de licence FRAND auprès de l'organisme de normalisation (en l'espèce l'ETSI). Quant aux justifications objectives, la Commission ne semble admettre que trois moyens de défense aux actions en contrefaçon : le preneur de licence est insolvable, récalcitrant à toute négociation, ou localisé dans une juridiction ne protégeant pas les DPIs. Or, Samsung n'a pas établi qu'Apple se trouvait dans l'une de ces situations.

La principale innovation de la décision se situe toutefois ailleurs. Sans doute pour remédier à l'insécurité juridique, la Commission met en place un « filet de sécurité » (« safe harbour ») au bénéfice du preneur de licence¹⁴. Sa décision suggère que toute action en cessation sera présumée abusive, si le contrefacteur accepte de négocier pendant un an, puis de soumettre tout désaccord à la sagacité d'un tiers, qu'il s'agisse d'une juridiction ou d'un arbitre si les deux parties y consentent. En deux mots, la Commission dit au preneur de licence comment se comporter pour que l'action du détenteur de brevet soit abusive...

La décision *Motorola* est plus motivée, ce qui est normal s'agissant d'une décision d'interdiction. Mais au fond, elle reprend le même cadre que la décision dans l'affaire *Samsung*. Son principal apport concerne les clauses de non-contestation, que tentent parfois d'imposer les détenteurs de BEN aux preneurs de licence. Le refus d'une clause de non-contestation par le preneur de licence (i) n'est pas un acte « récalcitrant » ; et (ii) constituerait même l'une des manifestations du « hold up » (conditions léonines)¹⁵.

C. - Les Conclusions de l'AG Wathelet dans l'affaire « Huawei contre ZTE »

4 - Derrière la profusion (une dizaine) de questions soulevées par la juridiction allemande dans l'affaire *Huawei contre ZTE* se

7. De telles redevances n'auraient jamais pu voir le jour si leur technologie n'avait pas été normalisée. Or, leur technologie n'aurait jamais été normalisée s'ils n'avaient pas pris d'engagement FRAND.

8. *Mémo de la Commission, Antitrust decisions on standard essential patents (SEPs) – Motorola Mobility and Samsung Electronics – Frequently asked questions*, 29 avr. 2014 : http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-14-322_en.htm.

9. Le téléscopage de procédures parallèles devant la Commission et la Cour de justice n'y est sans doute pas pour rien. En effet, en vertu du principe de coopération loyale de l'article 4, § 3 du TUE, la Commission est tenue à une certaine déférence vis-à-vis de la Cour de justice, qui est la seule institution habilitée à interpréter définitivement l'article 102 du TFUE.

10. Voir *Comm. UE, déc. 29 avr. 2014, aff. AT.39939, Samsung, Enforcement of UMTS Standard Essential Patents*.

11. *Comm. UE, déc. 29 avr. 2014, préc.*

12. Enfin, la Commission a adressé une réponse d'attente à la juridiction de Mannheim.

13. La motivation est confondante, car au milieu de la discussion des deux branches du test, elle introduit une très courte discussion (i) de l'existence d'effets d'exclusion ; et (ii) de l'absence d'atteinte aux droits fondamentaux.

14. Voir *Mémo de la Commission, 29 avr. 2014, préc.* : « Today's decisions provide a « safe harbour » for willing licensees who want to avoid the risk of being the subject of an injunction on the basis of SEPs ».

15. Voir *Comm. UE, déc. 29 avr. 2014, aff. AT.39985, préc., Motorola, Enforcement of GPRS Standard Essential Patents, not. § 525*.

loge une question simple : le titulaire d'un BEN ayant souscrit un engagement FRAND commet-il un abus lorsqu'il introduit une action en cessation contre un preneur qui s'est déclaré disposé à négocier et, dans l'affirmative, à quelles conditions ? Les conclusions de l'AG Wathelet sur cette question sont intéressantes à plus d'un titre. À titre liminaire, l'éminent magistrat met en doute l'idée même que le droit européen de la concurrence ait un rôle à jouer dans la résolution de tels litiges. Selon lui, les organisations de normalisation devraient établir des règles de « bonne conduite » en matière de négociation¹⁶. Faute de cela, les actions en cessation et les règles sur l'abus risquent d'être « utilisées comme argument de négociation ou moyen de pression », par le détenteur d'un BEN ou l'entreprise qui y a recours¹⁷.

Suite à ces considérations d'opportunité, l'AG Wathelet se prononce sur le test d'abus applicable en matière de BEN. Il exclut d'abord le test issu de la jurisprudence *Orange Book Standard*. L'affaire allemande concernait une norme de fait sans engagement FRAND. Elle n'est donc pas « transposable » en matière de BEN où interviennent des normes publiques et des engagements FRAND. Or, selon l'AG Wathelet, il est « normal » de reconnaître un plus grand « pouvoir de négociation » au détenteur d'un brevet relevant d'une norme de fait sans engagement FRAND, qu'à celui qui intervient dans le cadre d'une organisation publique de normalisation après avoir pris un engagement FRAND¹⁸.

Le haut magistrat repousse aussi toute règle d'exception légale. Une partie de la doctrine a en effet prétendu que l'application du droit de la concurrence devait céder en présence de DPI et/ou face au droit au juge. Mais selon l'AG, aucun de ces droits n'est absolu. Le droit de la propriété intellectuelle notamment « doit se concilier dans l'intérêt général »¹⁹. Il prend argument des limitations qu'y apporte le droit dérivé dans la directive 2004/48. *Idem* pour le droit au juge, prévu à l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE. L'AG souligne qu'il peut être limité dans des « circonstances exceptionnelles ».²⁰

Les écritures des gouvernements néerlandais et portugais conduisent l'AG à envisager un troisième test, celui issu de la jurisprudence *Magill/IMS Health/Bronner* relatif au refus de concession de licence de DPIs. Mais ici encore, l'AG Wathelet n'est pas convaincu. Un peu plus tôt dans ses conclusions, l'AG a affirmé que prendre un engagement FRAND s'apparente à offrir une « licence de droit »²¹. Or, si le détenteur d'un BEN qui forme une telle promesse s'engage « volontairement à accorder aux tiers des licences »²², c'est bien que l'on ne se retrouve pas dans le cas de figure du refus de fournir couvert par la jurisprudence *Magill/IMS Health/Bronner*²³.

C'est aux paragraphes 71 à 74, que l'AG se prononce sur ce qui, selon lui, doit constituer le test d'abus. Le haut magistrat semble lire dans l'arrêt *Volvo Veng* de la CJUE une base juridique idoine pour considérer abusive l'action en contrefaçon d'un détenteur de BEN²⁴. Les propos très généraux de l'arrêt *Volvo Veng* permettent notamment de déclarer illégaux des « agissements déloyaux ou déraisonnables » en présence d'une situation de « dépendance technologique »²⁵. Or, le titulaire d'un BEN

qui a pris un engagement FRAND ne fait rien d'autre qu'agir déloyalement contre un opérateur dépendant lorsqu'il introduit une action en cessation²⁶.

Un test nouveau, distinct de celui retenu par la Commission, est donc retenu par l'AG Wathelet. Mais cela n'est pas tout. L'AG formule des « lignes directrices » pour la conduite de négociations conformes à l'article 102 du TFUE²⁷. Il s'agit de souffler à l'oreille des titulaires de BEN, appelés à certaines « certaines démarches très concrètes » pour « honorer [leur] responsabilité particulière en application de l'article 102 TFUE »,²⁸ mais aussi d'adresser un message aux organismes de normalisation, que l'AG exhorte au début de ses conclusions à mettre en place de « bonnes pratiques » en matière de négociations.

Selon l'AG, une négociation conforme au droit de la concurrence passe par trois étapes. Premièrement, le titulaire de BEN doit « avertir » le contrefacteur présumé, « par écrit et avec motivation de l'infraction en cause », ainsi que lui transmettre « une offre écrite de licence à des conditions FRAND », incluant le « montant précis de la redevance et la façon dont il est calculé »²⁹. Deuxièmement, le contrefacteur présumé a l'obligation « de réagir à l'offre du titulaire de BEN de manière diligente et sérieuse ». S'il ne l'accepte pas, il lui revient de soumettre à bref délai « une contre-offre écrite raisonnable »³⁰. Enfin, en cas de blocage, il n'est « pas dilatoire ou non sérieux » pour le contrefacteur de demander la fixation par une juridiction ou un arbitre³¹. En revanche, le titulaire du BEN peut légitimement demander une garantie bancaire ou une provision³².

D. - Synthèse

5 - Il reviendra à la Cour de justice de trancher définitivement la question de l'interprétation de l'article 102 du TFUE en matière de BEN dans l'affaire *Huawei contre ZTE*. À ce stade toutefois, quelques grandes lignes de force ressortent de la jurisprudence. Premièrement, la Commission et l'AG Wathelet se distancient clairement du test *Orange Book Standard*, très protecteur du titulaire de BEN, et paraissent vouloir rééquilibrer le test au profit du preneur de licence. Cela est clair dans les décisions de la Commission. L'examen du consentement ou des réticences du preneur de licence est subsumé dans la deuxième condition de l'abus. Cela est encore plus clair dans les conclusions de l'AG Wathelet, qui n'aborde cette problématique que de manière subsidiaire.

Deuxièmement, la Commission a renoncé à considérer que la simple menace d'action en cessation puisse être constitutive d'abus, comme elle l'avait pourtant envisagé dans plusieurs déclarations publiques précédant ses décisions. Seul peut être abusive l'introduction effective d'une action en cessation (à titre interlocutoire ou définitif).

Troisièmement, le raisonnement proposé dans les Conclusions de l'AG Wathelet repose sur une analyse jurisprudentielle discutable. Pour évacuer l'applicabilité de l'arrêt *Orange Book Standard*, le haut magistrat avait insisté sur deux points : l'affaire

16. Voir *Concl. av. gén. Melchior Wathelet dans l'affaire CJUE, 20 nov. 2014, aff. C-170/13, Huawei c/ ZTE*, § 11.

17. *Concl. av. gén. Melchior Wathelet, préc.*

18. *Concl. av. gén. Melchior Wathelet, préc.*, § 48.

19. *Concl. av. gén. Melchior Wathelet, préc.*, § 63.

20. *Concl. av. gén. Melchior Wathelet, préc.*, § 67.

21. *Concl. av. gén. Melchior Wathelet, préc.*, § 65.

22. *V. contra, Concl. av. gén. Melchior Wathelet, préc., affirmation § 10.*

23. *Concl. av. gén. Melchior Wathelet, préc.*, § 70.

24. *Concl. av. gén. Melchior Wathelet, préc.*, § 72.

25. *Concl. av. gén. Melchior Wathelet, préc.*, § 74.

26. *Concl. av. gén. Melchior Wathelet, préc.*

27. Un peu comme la Commission qui entendait régler le déroulement des négociations.

28. *Concl. av. gén. Melchior Wathelet, préc.*, § 83.

29. Voir *Concl. Av. Général Melchior Wathelet dans aff. Huawei, préc.*, § 85.

30. *Concl. av. gén. Melchior Wathelet, préc.*, § 88. Le délai dépend de la fenêtre commerciale pour la rentabilisation, par le titulaire, de son BEN.

31. Pour la réservation de la contestation de la validité du brevet : *Concl. av. gén. Melchior Wathelet, préc.*, § 94. – D'autant que cela est dans l'intérêt public, de pouvoir éliminer ces brevets toxiques : *Concl. av. gén. Melchior Wathelet, préc.*, § 95. – Enfin les entreprises ne doivent pas « payer pour la propriété intellectuelle qu'elles n'exploitent pas » : *Concl. av. gén. Melchior Wathelet, préc.*, § 96.

32. *Concl. av. gén. Melchior Wathelet, préc.*, § 93.

Cela étant ces actions sont probabilistiquement aléatoires et incertaines.

concernait une norme de fait et il n'y avait pas d'engagement FRAND. On peine donc à suivre le haut magistrat lorsqu'il préconise un test d'abus fondé sur l'affaire *Volvo Veng* qui mettait en cause des DPI non normalisés et sans engagement FRAND... *Idem* pour l'exclusion de la jurisprudence *Magill/IMS Health/Bronner*, relative à des « refus » de concession de licence, prétendument distincts de l'engagement de licence présent dans l'affaire *Huawei contre ZTE*. Il suffit de relire l'affaire *Volvo Veng* pour s'apercevoir que l'on se trouve bien dans le domaine du « refus », qu'il s'agisse de « refus arbitraire de livrer des pièces de rechange à des réparateurs indépendants »³³ ou de « refuser d'octroyer à des tiers, même en contrepartie de redevances raisonnables, une licence pour la fourniture de pièces »³⁴.

Quatrièmement, la question du droit au juge, prévu à l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE, est réglée de manière sommaire dans la jurisprudence, et ce malgré les exhortations et protestations du barreau et de la doctrine. L'article 102 du TFUE, la libre concurrence et plus généralement la liberté d'entreprise peuvent limiter le droit au juge. Certes, *in casu*, la dimension jus naturaliste de la guerre des brevets n'avait rien de l'évidence (les DPI ne sont, au vrai, que des privilèges) et l'intervention d'autorités administratives contre l'utilisation abusive des voies judiciaires pouvait sembler justifiée³⁵. Toutefois, sur le plan des principes, des gardes fous sautent. De proche en proche, la protection des droits fondamentaux s'étiole, se diffracte, s'affaïsse.

Cinquièmement, si les autorités paraissent encore réticentes à fixer le taux FRAND³⁶ – la réponse de la Commission à la juridiction de Manheim le démontre – elles sont tout à fait prêtes à entrer dans le domaine contractuel, ce qui est quelque peu contradictoire. À cet égard, il est surprenant que la Commission et, surtout, l'avocat Général aient cherché à s'immiscer à un tel degré dans le processus de négociation des licences. On se demande si l'on nous dira un jour en vertu de l'article 102 du TFUE dans quel restaurant doivent se rencontrer les entreprises pour discuter de leurs relations contractuelles...

Enfin, ces affaires sont une nouvelle illustration de l'utilisation du droit de la concurrence comme « roue de secours » du droit de la PI. Comme chacun le sait, une polémique existe autour de l'idée selon laquelle les offices de brevets et les tribunaux seraient incapables (matériellement) d'éliminer les brevets invalides (dans le cadre des procédures d'opposition ou d'invalidité). En conséquence, il y aurait de nombreux brevets invalides dans l'économie mondiale. La Commission semble s'être fixée pour mission d'œuvrer à la dépollution des brevets invalides, via l'utilisation indirecte du droit de la concurrence. Cela est très clair dans la décision *Motorola*, qui au § 379 insiste sur l'intérêt public à la contestation de brevets invalides.³⁷

33. CJUE, 5 oct. 1988, aff. C-238/87, *AB Volvo et Erik Veng (UK) Ltd*, § 9.

34. CJUE, 5 oct. 1988, aff. C-238/87, *préc.*, § 11.

35. V. notamment, PE et Cons. UE, dir. 2004/48/CE, 29 avr. 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle, art. 3(2), qui prévoit que le droit national peut organiser une restriction des actions en cessation en cas d'abus : <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:195:0016:0025:fr:PDF>.

36. On se souviendra de l'affaire *Microsoft*, notamment, où la Commission avait refusé de dire à l'entreprise dominante comment se conformer à sa décision COMP/C-3/37.792 *Microsoft*, du 24 mars 2004 (relative à la décision d'interdiction) et du 12 juillet 2006 (relative à l'imposition d'une astreinte).

37. Pour justifier le cas échéant que le détenteur de BEN ne puisse imposer une clause de non contestation. Voir *Comm. UE, déc. Motorola, préc.*, qui cite CJCE, 25 févr. 1986, aff. C-193/83, *Windsurfing International*, § 92 et 93 : « it is in the public interest to eliminate any obstacle to economic activity which may arise when a patent is granted in error ». – V. toujours dans la décision de la Commission, *Motorola*, précitée, § 487 : « there is no public interest in guaranteeing revenues based on patents granted in error. On the contrary, there is a public interest in eliminating [invalid] patents ».

2. La saga « Intel »

A. - Contexte

6 - L'année 2014 a livré un nouvel épisode d'une autre série à succès du droit de la concurrence, l'affaire *Intel*. Les faits sont bien connus. Au début des années 2000, l'entreprise AMD, l'un des deux grands producteurs de processeurs x86 pour micro-ordinateurs se plaint devant la Commission. AMD vient d'introduire des processeurs révolutionnaires tournant à une fréquence supérieure à 1GHz. Ces produits menacent le leadership d'Intel, l'autre grand producteur de processeurs x86. Pour répondre à cette menace technologique, Intel met la main au portefeuille. Elle conclut des arrangements informels avec les principaux fabricants de micro-ordinateurs (ci-après, « les fabricants ») et un grand distributeur allemand. Ces accords, pour la plupart non écrits, prévoient qu'Intel octroiera des ristournes à ceux qui s'approvisionneront auprès d'elle en exclusivité. En sus de ceci, Intel fait des paiements directs pour que les fabricants retardent l'introduction de micro-ordinateurs équipés d'AMD.

Au terme d'une procédure longue de 9 ans, la Commission déclare Intel coupable d'abus de position dominante, et lui inflige une amende d'1,06 milliards d'euros, soit l'amende la plus lourde jamais prononcée dans une telle affaire. Sa décision est intéressante à plus d'un titre. Des problèmes processuels ont émaillé la procédure. La Commission a omis d'enregistrer les minutes d'une réunion avec un fabricant de micro-ordinateurs, lors de laquelle ont été avancés des éléments disculpant pour Intel. Le médiateur européen, saisi du sujet, arbitra en faveur d'Intel.

Des innovations probatoires sont également entreprises. Les preuves documentaires des remises convenues entre Intel et les fabricants sont maigres, pour ne pas dire inexistantes. La Commission a donc établi la preuve des accords abusifs de manière indirecte, au départ d'un faisceau de présomptions, comme elle a coutume de le faire en matière d'ententes. La Commission s'est notamment efforcée de prouver que, de part (Intel) et d'autre (les fabricants), existait une même compréhension commune autour du principe de rémunération de la fidélité.

Mais l'aspect le plus singulier de la décision se loge dans l'analyse déployée pour juger les remises d'Intel abusives. Il faut se rappeler que la Commission a longtemps joui d'une assez grande marge de manœuvre en la matière. Depuis la jurisprudence *Hoffmann-la Roche* de 1979, il est abusif pour un opérateur dominant de subordonner l'octroi d'une remise à l'obligation imposée au client d'effectuer la majeure partie ou un pourcentage élevé de ses achats auprès de l'opérateur dominant³⁸. Car ces remises « tend[ent] à empêcher, par la voie de l'octroi d'un avantage financier, l'approvisionnement des clients auprès des producteurs concurrents »³⁹. Peu importe si la remise ne couvre qu'une frange minime des clients dans le marché. Peu importe aussi son assiette, son taux, son calcul, sa progressivité. Toute remise de fidélité est interdite, point à la ligne. Seule exception, les remises purement quantitatives qui reflètent mathématiquement les rendements d'échelle réalisés par l'entreprise dominante.

Dans sa décision *Intel*, toutefois, la Commission ne s'est pas contentée d'appliquer mécaniquement la jurisprudence *Hoffmann-La Roche*. Il faut dire qu'à l'époque, la Commission est en plein processus de refonte de son approche des abus d'éviction, et en particulier des remises de fidélité. En effet, la

38. Voir CJCE, 13 février 1979, aff. C-85/76, *Hoffmann-La Roche & Co. AG contre Commission*, § 90.

39. CJCE, 13 février 1979, *préc.*, § 90.

science économique indique que celle-ci ne dégagent un effet « liant » problématique que si certaines conditions sont présentes, notamment une couverture du marché appréciable. De même, les remises rétroactives, c'est-à-dire celles octroyées sur les achats non disputables – ceux réalisés en toute hypothèse auprès de l'entreprise dominante – sont plus problématiques pour les concurrents de l'entreprise dominante que les remises non rétroactives octroyées uniquement sur les achats disputables.

La décision *Intel* applique donc une analyse « plus économique » aux rabais litigieux, tirant inspiration des principes codifiés dans la Communication de la Commission de 2009 relative à des Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes (ci-après, « les Orientations »)⁴⁰. Conformément à cette méthodologie, la Commission a cherché à calculer le prix effectif d'Intel après application des rabais, aux fins de savoir si un concurrent aussi efficace aurait été en mesure d'y résister. En deux mots, l'analyse consiste à vérifier si le prix effectif est supérieur aux coûts. Au terme d'une analyse d'une complexité indiscutable, la Commission conclura que les remises d'Intel étaient capables d'exclure des concurrents aussi efficaces, et devaient donc être déclarées abusives. Les détracteurs de l'approche plus économiques moquèrent la prétendue supériorité d'un test d'abus nécessitant plusieurs centaines de pages pour caractériser un effet d'éviction.

C'est cette dernière problématique qu'intéresse principalement l'arrêt du Tribunal dans l'affaire *Intel contre Commission*. Sans surprise, Intel forma un recours en annulation contre la décision de la Commission. Dans son recours, elle plaida que « la Commission était tenue de procéder à une appréciation du contexte factuel global en vue de déterminer si les rabais et les paiements incriminés étaient susceptibles de restreindre le jeu de la concurrence »⁴¹. Intel cherchait à convaincre le Tribunal de jeter un deuxième coup d'œil aux données de marché disponibles. Celles-ci suggéraient – c'est du moins ce qu'Intel prétendait – que les effets d'éviction étaient au moins ambivalents. La Commission, de son côté, opta pour une ligne de défense relativement surprenante. Plutôt que de soutenir l'analyse économique des effets d'éviction collationnée dans la décision, elle plaida que « les rabais en cause constituaient des « rabais de fidélité au sens de la jurisprudence Hoffmann-La Roche ». Or, « pour ce type de pratique, **il n'est pas nécessaire d'établir au cas par cas des effets d'éviction réels ou potentiels** »⁴². Si l'on ne peut en vouloir à la Commission d'abattre sa meilleure manche, cette divergence avec le contenu de sa décision laissa de nombreux commentateurs sans voix (ou plume).

Rendu le 12 juin 2014, l'arrêt du Tribunal qui déboute Intel de son action a déjà alimenté une féconde doctrine. Une dizaine d'articles de fond ont été publiés depuis son prononcé⁴³. Et les

fonctionnaires de la Commission, qui a pour ainsi dire « gagné » ce premier recours, sont divisés sur la lecture à faire de l'arrêt. D'un côté, le Conseiller auditeur a loué la sagesse du Tribunal⁴⁴. De l'autre, un administrateur a écrit que la motivation du Tribunal est erronée⁴⁵. Examinons cet arrêt de plus près.

B. - L'arrêt du Tribunal

7 - Le jugement commenté apporte trois enseignements, relatifs au test d'abus, au statut des orientations et aux objectifs de l'article 102 du TFUE.

1° Le test d'abus

8 - L'arrêt *Intel* consacre un nouveau test d'abus en matière de remises de fidélité. Ce test se situe à mi-chemin de la jurisprudence *Hoffmann-La Roche* et des Orientations de 2009. Dès le début de son jugement, le Tribunal fait en effet œuvre pédagogique en dédiant une section préalable aux « Questions horizontales concernant les appréciations juridiques effectuées par la Commission ». Il propose de distinguer trois catégories de rabais. En premier lieu, les « rabais de quantité », purement liés aux volumes des achats, « sont généralement considérés ne pas avoir un effet de forclusion interdit »⁴⁶. On se trouve ici, dans une règle de compatibilité *per se*, pour reprendre la terminologie du droit américain. En deuxième lieu, les « rabais d'exclusivité », que la Commission avait qualifiés de rabais de fidélité, sont incompatibles, sauf circonstances exceptionnelles. Il s'agit des rabais « dont l'octroi est lié à la condition que le client s'approvisionne pour la totalité ou une partie importante de ses besoins auprès de l'entreprise en position dominante »⁴⁷. On se trouve là dans un régime d'incompatibilité *per se*, conforme à celui issu de la jurisprudence *Hoffmann La Roche*. Enfin, les rabais de « la troisième catégorie », c'est-à-dire ceux qui ne sont pas liés à une condition d'exclusivité, mais dont le mécanisme peut avoir un « effet fidélisant » – par exemple, des remises données en contrepartie de la réalisation d'objectifs de vente – doivent être appréciés à l'aune de « l'ensemble des circonstances, notamment les critères et les modalités de l'octroi du rabais ». Ici prévaut un régime de règle de raison⁴⁸.

La doctrine émergente a beaucoup discuté les rabais d'exclusivité relevant de la deuxième catégorie. D'aucuns ont critiqué la dissension introduite vis-à-vis des Orientations⁴⁹. D'autres ont célébré la réaffirmation de la règle d'interdiction *per se* de l'arrêt *Hoffmann La Roche*⁵⁰. Il faut dire que l'arrêt semble répudier toute analyse des « effets », comme le préconisait la Communication de la Commission. Au paragraphe 88, le Tribunal affirme qu'un rabais de fidélité est, « par sa nature même capable de rendre plus difficile l'accès au marché pour ces concurrents ». Et au paragraphe 89, il nous dit que rechercher l'effet n'est pas nécessaire dans « un marché où, du fait précisément de la posi-

40. Voir *Comm. UE, déc. COMP/C-3 /37.990, 13 mai 2009, Intel*, § 916.

41. *Trib. UE, 7^e ch. élargie, 12 juin 2014, aff. T-286/09, Intel Corp. c/ Commission européenne*, § 70.

42. *Trib. UE, 7^e ch. élargie, 12 juin 2014, préc.*, § 71.

43. *Jim Venit, Case T-286/09 Intel v Commission – The Judgment of the General Court : All Steps Backward and no Steps Forward : European Competition Journal*, août 2014, p. 203 à 230. – Paul Nihoul, *The Ruling of the General Court in Intel : Towards the End of an Effect-based Approach in European Competition Law ? : Journal of European Competition Law & Practice 2014*, Vol. 5, No. 8. – Richard Whish, *Intel v Commission : Keep Calm and Carry on ! : Journal of Competition Law & Practice*, 2014. – Wouter Wils, *The Judgment of the EU General Court in Intel and the So-Called 'More Economic Approach' to Abuse of Dominance*, préc. – Patrick Rey and Jim Venit, *An Effects-Based Approach to Article 102 : A Response to Wouter Wils : World Competition*, 2015 (n° 1), p. 3 à 28. – Pablo Ibanez Colomo, *Intel and Article 102 TFEU Case Law : Making Sense of a Perpetual Controversy : LSE Law, Society and Economy Working Papers 29/2014*. – Nicolas Petit, *Intel*,

Leveraging Rebates and the Goals of Article 102 TFEU, 20 février 2015 : <http://ssrn.com/abstract=2567628>.

44. Wouter Wils, *The Judgment of the EU General Court in Intel and the So-Called 'More Economic Approach' to Abuse of Dominance*, préc.

45. Luc Peepker, *Conditional pricing : Why the General Court is wrong in Intel and what the Court of Justice can do to rebalance the assessment of rebates*, préc.

46. *Trib. UE, 12 juin 2014, Intel, préc.*, § 75.

47. *Trib. UE, 12 juin 2014, préc.*, § 76.

48. *Trib. UE, 12 juin 2014, préc.*, § 78.

49. Luc Peepker, *Conditional pricing : Why the General Court is wrong in Intel and what the Court of Justice can do to rebalance the assessment of rebates*, préc.

50. Wouter Wils, *The Judgment of the EU General Court in Intel and the So-Called 'More Economic Approach' to Abuse of Dominance*, préc., p. 9.

tion dominante détenue par l'un des opérateurs, la concurrence est déjà restreinte »⁵¹.

Les choses ne sont pourtant pas si simples. Si l'on s'attarde sur l'arrêt du Tribunal, on constate en effet que le champ d'application de l'incompatibilité *per se* est limité à un substrat de rabais d'exclusivité. Il s'agit des rabais dans lesquels l'entreprise dominante utilise « son pouvoir économique sur la part non disputable de la demande du client comme un levier afin de s'assurer également la part disputable, rendant ainsi l'accès au marché plus difficile pour un concurrent »⁵². Pour reprendre la terminologie des Orientations⁵³, la règle d'incompatibilité *per se* ne s'applique donc qu'aux rabais « rétroactifs », et non aux rabais progressifs qui ne font pas utilisation de la part non disputable de la demande du client. En toute logique, ces derniers rabais doivent donc être soumis à la règle de raison de la troisième catégorie.

De surcroît, le Tribunal prend le soin de rappeler la jurisprudence *Post Danmark* de la CJUE qui a reconnu aux entreprises dominantes le bénéfice d'une exemption calquée sur l'article 101, § 3 du TFUE. Au paragraphe 94, le juge luxembourgeois affirme qu'« il reste loisible à l'entreprise dominante de justifier l'emploi d'un système de rabais d'exclusivité, en particulier en démontrant que son comportement est objectivement nécessaire ou que l'effet de forclusion potentiel qu'il entraîne peut être contrebalancé, voire surpassé, par des avantages en termes d'efficacité qui profitent également aux consommateurs ». Il y aurait donc, même pour les rabais d'exclusivité, la possibilité d'avancer des justifications. Certes, en pratique, il est permis de se demander comment prouver que les gains d'efficacité contrebalancent les effets d'éviction, si ceux-ci ne doivent pas être établis en premier ordre. Cela étant, on se trouve donc assez loin d'une règle d'incompatibilité *per se*, et plus près d'une règle modifiée d'incompatibilité où les effets anticoncurrentiels sont présumés, et les justifications pro concurrentielles sont possibles.

Catégorie de rabais	Orientations de la Commission	Test de l'arrêt Intel
Rabais quantitatifs (§ 75)	Règle de compatibilité	Règle de compatibilité (<i>Michelin II</i>)
Rabais conditionnels rétroactifs (§ 76)	Règle de raison (test de prédation implicite + justification/nécessité objective/gains d'efficacité)	Règle modifiée d'incompatibilité (<i>Hoffmann La Roche</i>), sauf « circonstances exceptionnelles » + nécessité objective et efficacité
Rabais conditionnels progressifs	Règle de raison (test de prédation implicite + justification/nécessité objective/gains d'efficacité)	Règle de raison

51. V. aussi Trib. UE, 12 juin 2014, *Intel*, préc., § 143.

52. Trib. UE, 12 juin 2014, préc., § 93.

53. Voir Comm. UE, Communication 2009/C 45/02 – Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes, § 42.

Catégorie de rabais	Orientations de la Commission	Test de l'arrêt Intel
Rabais où l'octroi d'une incitation financière n'est pas directement lié à une condition d'approvisionnement exclusif ou quasi exclusif (§ 78) => (rabais d'objectifs de vente)	Règle de raison (test de prédation implicite + justification/nécessité objective/gains d'efficacité)	Règle de raison

2° Le statut des Orientations

9 - Au lendemain du prononcé de l'arrêt *Intel*, plusieurs auteurs ont diagnostiqué le décès des Orientations de la Commission, et le retour à la jurisprudence ancienne, dans laquelle l'analyse économique des effets joue un rôle mineur en matière d'abus. Cette analyse est-elle exacte ?

Tout d'abord, l'arrêt du Tribunal réserve l'applicabilité formelle des Orientations. Les faits examinés dans l'affaire *Intel* sont antérieurs aux Orientations. Ni la décision de la Commission, ni l'arrêt du Tribunal ne disent dès lors quoi que ce soit sur le statut formel des Orientations. Le Tribunal remarque à juste titre que les Orientations « n'ont pas vocation à s'appliquer à une procédure que la Commission avait déjà ouverte avant leur publication ». *A contrario*, l'affirmation suggérerait même que les Orientations demeureraient applicables pour les affaires traitées par la Commission introduites après 2009⁵⁴.

En revanche, l'arrêt du Tribunal discrédite l'autorité matérielle des Orientations, notamment en matière de rabais rétroactifs. Car ce qu'il faut bien comprendre, c'est que la décision de la Commission dans l'affaire *Intel* est contemporaine de la genèse des Orientations. Pour le dire autrement, *Intel* était un cas test, une affaire expérimentale, une décision essai, qui appliquait de manière inédite les préceptes ultérieurement repris dans les Orientations⁵⁵. En s'en distanciant, le Tribunal semble avoir, au moins de manière médiate, répudié une partie du contenu matériel des Orientations.

Faut-il, toutefois, s'en émouvoir ? Rien n'est moins sûr, tant l'autorité matérielle de l'arrêt lui-même est douteuse. Il suffit de lire la suite de l'arrêt pour comprendre que le Tribunal dit tout et quasi n'importe quoi sur le droit matériel de la concurrence. Extraits choisis :

– Au paragraphe 99, le Tribunal repousse l'applicabilité en l'espèce de la jurisprudence *TeliaSonera* de la CJUE en affirmant que « la portée de cette jurisprudence est limitée à des pratiques tarifaires »... mais il convoque dans le même temps la jurisprudence *TeliaSonera* au paragraphe 103 pour soutenir que la Commission soit soustraite à la preuve d'effets concrets... ;

– *Idem* au sujet de *PostDanmark*, dont, selon le Tribunal, la portée « est limitée à des pratiques tarifaires ». Pourtant *PostDanmark* est cité au paragraphe 94 pour ouvrir une possibilité de justification pro concurrentielle pour les trois types de rabais... ;

54. Et non par les autorités nationales de concurrence et juridictions nationales, conformément à la jurisprudence *Expedia* qui répute les instruments de soft law adoptés par la Commission uniquement obligatoires pour cette dernière.

55. Voir Comm. UE, déc. *Intel*, préc., § 916 : « Consequently, the Commission considers that the guidance paper does not apply to this case. The Commission nevertheless takes the view that this Decision is in line with the orientations set out in the guidance paper ».

– Au paragraphe 116, le Tribunal nous dit au sujet de la doctrine *de minimis* que « la Cour a [...] rejeté l'application d'un critère de « sensibilité » ou d'un seuil *de minimis* aux fins d'une application de l'article 82 CE »... et le Tribunal de citer en référence les « conclusions de l'avocat général M. Mazák » ;

Mais le flagrant délit de sophisme le plus évident se loge au paragraphe 121, où le Tribunal livre une interprétation stupéfiante de sa propre jurisprudence dans l'affaire *Van den Bergh Foods*. Selon le Tribunal cet arrêt « ne concernait pas une pratique par laquelle une incitation financière était directement liée à la condition que le client s'approvisionne pour la totalité ou une partie importante de ses besoins auprès de l'entreprise en position dominante ». Il faut ici relire le paragraphe 159 de l'arrêt *Van den Bergh Foods*. Le Tribunal y dit exactement le contraire, en parlant d'une incitation financière, à savoir une « offre de fourniture de congélateurs aux détaillants ainsi que de maintenance de ces appareils, sans frais directs pour les détaillants » et « soumis à une condition d'exclusivité »...

Les erreurs, incohérences, et manipulations citationnelles observées dans l'arrêt *Intel* jettent un sérieux discrédit sur son autorité matérielle. Comment, dès lors, y lire un quelconque message crédible sur le statut des Orientations de la Commission ?

C. - Les objectifs de l'article 102 du TFUE

10 - Les Orientations de 2009 proposent de s'intéresser aux effets actuels ou potentiels d'éviction anticoncurrentiels. Cette méthode d'analyse, centrée sur le résultat du comportement suspecté rejoint les propositions de l'école de Chicago, ou *post Chicago*, selon laquelle le droit de la concurrence a pour but d'éviter des situations de marché portant atteinte au bien-être du consommateur. Le Professeur Fox a décrit ce paradigme en parlant d'approche « *outcome/output* »⁵⁶.

D'aucuns lisent dans l'arrêt *Intel* une radicale remise en cause de ce paradigme. Ils en veulent pour preuve les multiples références de l'arrêt *Intel* à « la structure de la concurrence », à « l'accès au marché » et à la « concurrence par les mérites »⁵⁷. Selon eux, le Tribunal a consacré l'idée selon laquelle l'article 102 du TFUE ambitionnerait de protéger le processus concurrentiel. Dans cette conception, toute atteinte d'une entreprise dominante à la rivalité, à la structure de concurrence, à la liberté de commercer, doit être sanctionnée, qu'elle dégage des effets appréciables ou non, anticoncurrentiels ou pro concurrentiels.

56. Eleanor Fox, *The Efficiency Paradox, in How the Chicago School overshot the Mark : The Effect of Conservative Economic Analysis on U.S. Antitrust : Robert Pitofsky (éd.), Oxford University Press, 2008, p.79 et 86.*

57. Le Tribunal fait 9 fois référence à la « structure du marché/de la concurrence » (§ 90, 111, 116, 139, 202, 274, 316, 589) ; 26 fois à « l'accès au marché » (§ 77, 78, 86, 90, 93, 149, 150, 169, 176, 178, 179, 201, 202, 214, 216, 1031, 1535, 1539, 1632) ; et 11 fois à la « concurrence par les mérites » (§ 190, 205, 209, 219, 416, 776, 788, 881 et 1051).

tiels. Par exemple, une entreprise dominante ne devrait pas être autorisée à exclure un concurrent moins efficace, car un degré structurel de rivalité doit être maintenu coûte que coûte.

Plus fondamentalement, le Tribunal n'aurait fait que tirer les conséquences du texte du Traité. Selon Wouter WILS, le Protocole 27 sur le marché intérieur et la concurrence assigne à l'article 102 du TFUE un objectif clair : celui de protéger le « processus de concurrence »⁵⁸.

Cette lecture nous paraît tout à fait discutable. Les termes du protocole parlent de « système garantissant que la concurrence n'est pas faussée ». Ils ne font aucune référence à la notion de « processus de concurrence ». De plus, comment le Protocole 27 pourrait-il prescrire un quelconque objectif, au sens du droit des Traités, alors que les rédacteurs du Traité de Lisbonne ont très clairement renoncé à introduire des objectifs relatifs à la politique de concurrence dans le Traité, pour prendre acte du message de défiance exprimé par l'opinion publique vis-à-vis de cette politique lors du référendum sur la constitution européenne ?⁵⁹

En bref, l'arrêt *Intel* ne dit rien de très clair au sujet du telos de l'article 102 du TFUE. Qu'il faille lire dans le jugement un certain désaveu de l'approche « *outcome/output* » certes. De là à y voir une consécration de l'objectif de processus concurrentiel, il y a qu'un pas qu'il semble téméraire de franchir.

Conclusions

11 - Au fond, l'année 2014 fut assez pauvre en enseignements matériels sur le droit de l'article 102 du TFUE. Le millésime 2015 sera sans doute plus fécond, avec des avancées possibles dans l'affaire *Google*. Il faut aussi et surtout s'attendre au dénouement juridictionnel des affaires *Huawei contre ZTE* et *PostDanmark II*⁶⁰. Ces affaires sont attendues avec impatience par la communauté du droit de la concurrence⁶¹. Dans *PostDanmark II*, la Cour est notamment interrogée sur le statut positif de l'approche plus économique de l'article 102 du TFUE.

Mots-Clés : Abus de position dominante - Brevet - Test d'abus

58. Wouter Wils, *The Judgment of the EU General Court in Intel and the So-Called 'More Economic Approach' to Abuse of Dominance, préc., p. 16.*

59. Michel Petite, *EU commitment to competition policy is unchanged : Financial Times, 27 June 2007.*

60. Demande de décision préjudicielle présentée par le Landgericht Düsseldorf (Allemagne) le 5 avril 2013, Huawei Technologies Co. Ltd/ZTE Corp., ZTE Deutschland GmbH (Affaire C-170/13) et Demande de décision préjudicielle présentée par le Sø- og Handelsretten (Danemark) le 16 janvier 2014, Post Danmark/Konkurrencerådet (Affaire C-23/14).

61. Soumises à la Cour dans le cadre du renvoi préjudiciel, ces affaires permettent un débat plus objectif sur l'article 102 du TFUE que le recours en annulation. Les faits n'y jouent, en principe, aucun rôle. Et la Commission n'est pas (ou moins) partie prenante à la discussion. Les arrêts préjudiciels délivrent donc souvent des messages plus clairs et utiles sur le droit matériel que les arrêts rendus dans le contentieux de l'annulation.