

2008 : UNE ANNEE CHARNIERE EN DROIT DE LA CONCURRENCE ?

Conférence AFEC

Cour de cassation, Paris, 5 février 2009

L'actualité du droit des pratiques unilatérales

Anne-Lise SIBONY

L'actualité 2008 du droit des abus de position dominante est clairement dominée par un événement longtemps attendu : la publication, le 3 décembre dernier, d'une communication portant « 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 dominantes¹. C'est donc tout d'abord cette communication qu'il convient de présenter (I). Toutefois, l'actualité ne s'y réduit pas et il faut également évoquer plusieurs arrêts et décisions (II).

I. LA COMMUNICATION DE LA COMMISSION PORTANT PRIORITES EN MATIERE D'ABUS-EXCLUSION

Suivant le plan de la communication elle-même, on peut la présenter en trois temps, en commençant par quelques remarques générales (A) avant de présenter le cadre d'analyse proposé pour les abus-exclusion en général (B), puis d'évoquer les précisions données pour chaque type d'abus (C).

A. Remarques générales sur la communication

Ce qui est remarquable dans la communication examinée, c'est d'abord son existence (1), mais il convient également de s'arrêter sur le statut de cet instrument de *soft law* (2).

1. L'existence de la communication

Ce n'est pas faire insulte à la Commission que de relever que la publication de cette communication n'allait pas – ou plus – de soi. En effet, le document préparatoire des services de la Commission qui avait ouvert une consultation sur le projet de révision des principes de mise en œuvre de l'article 82 CE remontait à décembre 2005². Pourquoi a-t-il fallu trois ans, presque jour pour jour à la Commission pour passer de ce document très riche, à une communication nettement moins détaillée ? Les raisons sont sans doute multiples, mais on peut en deviner trois.

La complexité de l'exercice tout d'abord. En effet, le but affiché était d'insuffler d'avantage d'analyse économique dans l'application de l'article 82 CE. On sait la difficulté

¹ JO C du 24 février 2009.

² Discussion Paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses by dominant undertakings, disponible à l'adresse suivante : <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>. Ce document faisait lui-même suite à un rapport commandé par la Commission à un groupe d'économistes : EAGCP Report « A More Economic Approach to Article 82 », juillet 2005, disponible à l'adresse suivante : http://ec.europa.eu/competition/publications/studies/eagcp_july_21_05.pdf

intrinsèque d'une telle entreprise. Il n'est que de renvoyer aux nombreux auteurs qui, ces dernières années, se sont essayés à l'exercice³.

- **Difficulté intrinsèque** d'insérer des apports économiques dans un droit déjà là et de le faire d'une manière satisfaisante
 - Il n'est que de renvoyer à la très abondante littérature qui s'est développée au cours de ces 3 années.
- **Commission n'avait pas été précisément aidée par la jurisprudence récente** des juridictions communautaires.
 - arrêts *Michelin II* et *British Airways* de la Cour ; arrêt *Wanadoo* du Tribunal
 - impression des commentateurs les juridictions se ferment à l'approche par les effets
 - à tout le moins : juridictions communautaires n'ont pas devancé une évolution souhaitée par la Commission
 - Or, la Commission est liée par la jurisprudence.
 - contrainte de réformer sa doctrine relative à l'article 82 à l'intérieur du cadre qui ne s'ouvre pas spontanément à l'analyse éco
 - certainement une difficulté
- À ces raisons générales, s'ajoute une raison plus spécifique

1. **l'arrêt *Microsoft*.**

- le Tribunal était précisément saisi de questions relatives à des pratiques d'exclusion, qualifiées d'abusives par la Commission
- Il s'agissait d'un cas important
- on comprend que la Commission ait attendu l'arrêt pour en tenir compte dans ses LD

2. Après l'arrêt MS, **troisième raison** : après le temps de la complexité et le temps de l'attente, le temps de l'hésitation.

- À Bruxelles, j'ai entendu des **mauvaises langues** insinuer que, après l'arrêt *Microsoft*, la Commission n'avait pas intérêt à se lier les mains par des lignes directrices, dès lors que le Tribunal semblait guéri de son ardeur à exercer un contrôle serré.
- **Mais il ne sera pas dit que** les mauvaises langues ont eu le dernier mot, puisque les lignes directrices sont là.

– **TR** : mais s'agit-il de LD ? C'est la question du statut de la Communication

2. **Le statut des lignes directrices**

Je voudrais brièvement examiner ce statut sous 2 angles

- Formel, juridique

³ Voy. en particulier les contributions majeures de Th. Eilmansberger,

- L’intitulé choisi
 - a) **Le statut formel des lignes directrice : une communication de la Commission**
- Formellement,
- **communication** de la Commission, c’est-à-dire d’un document non-obligatoire.
 - Il est bien sûr possible, probable même, que ce document exerce une **influence doctrinale**, mais **en aucun cas il ne lie les juridictions** ou les autorités nationales de concurrence.
 - En revanche, pour la Commission, ce document est engageant, en ce sens que, si elle s’en écarte dans sa pratique décisionnelle, elle devra le motiver spécialement. Telle est du moins la jurisprudence applicable aux LD.
- **TR** : ce qui conduit à observer que la communication ne s’intitule pas LD. En effet, si l’on s’intéresse à l’intitulé exact, la Communication est présentée comme une **déclaration de priorités**
 - b) **Le statut indiqué par l’intitulé : une déclaration de priorités dans un domaine particulier**
- Le titre n’est pas « **lignes directrices** » (*guidelines*),
- Le titre est « guide des priorités de la Commission dans l’application de l’article 82 CE aux comportements d’éviction des entreprises dominantes » (*guidance on the Commission’s enforcement priorities in applying article 82 EC treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertaking* »).
- NB : traduction non officielle (VF pas dispo)
- mais ce qui importe – et sur quoi il convient d’insister – ce sont les **mots clés** du titre :
 - priorités de la Commission
 - comportement d’exclusion
- **Priorités de la Commission** : il s’agit de l’énoncé d’une politique répressive.
- En d’autres termes : définition de **l’intérêt communautaire** dans un domaine particulier du droit de la concurrence.
 - À cet égard **l’ombre de l’arrêt Automec** – plane sur tout le document (Automec II, T-24/90).

Dans cet arrêt, le Tribunal avait jugé que la Commission n’est pas tenu de donner suite à toutes les plaintes dont elle est saisie et que « *le fait pour elle d’accorder des degrés de priorité différents aux dossiers dont elle est saisie est conforme aux obligations qui*

lui sont imposées par le droit communautaire ». Ce point est d'ailleurs repris dans le règlement 1/2003⁴

Du reste, un arrêt rendu cette année *Scipparcecola* [**Siparsecola**] dans lequel le Tribunal a confirmé une décision de la Commission concluant à l'absence d'intérêt communautaire dans une affaire où un abus exploitation était alléguée par une passagère à l'encontre de l'aéroport d'Athènes. Cet arrêt de 24 pages illustre que le Tribunal, s'il contrôle les décisions de rejet, reconnaît à la Commission, dans la ligne de la jurisprudence *Automec*, un large **pouvoir de détermination de ses priorités**.

- Est-ce là un élément d'explication de l'intitulé de cette communication ?
 - Définir clairement les priorités pour pouvoir rejeté plus facilement les plaintes qui, selon la Commission, seraient mieux traitées par les juridictions nationales.
- **En tous cas, ce qui est certain** est que la Communication **n'est pas une codification du droit** et encore bien moins une codification exhaustive. Elle ne traite pas de tous les abus.
- Cela est également indiqué dans le titre (**2^{ème} mot clé**)
 - **Abus exclusion**
- document soumis à la discussion en 2005 se limitait déjà très explicitement aux seuls abus-exclusion, à l'exclusion (si j'ose dire) des abus-exploitation.
- Une différence doit toutefois : seules sont visées les pratiques imputables à **une seule entreprise** en position dominante.
 - Les pratiques d'évictions constituant des abus de position dominante collective ne sont pas traitées, alors qu'ils l'étaient dans le document de travail.
- **TR** : après ces remarques générales sur la publication et le statut de la communication, j'en viens à son **contenu**.

B. Le cadre d'analyse général des abus-exclusion

1. Vue d'ensemble

- Du point de vue de la structure du cadre d'analyse : Pas de révolution
- il faut toujours établir une position dominante avant d'examiner le caractère abusif d'une pratique d'éviction
- c'est donc très classiquement que j'examinerai le cadre d'analyse général en commençant pas la position dominante avant de traiter de l'abus

a) Sur la position dominante

- le principal apport de la communication est l'articulation très claire de
 - la **notion juridique** de position dominante

⁴ V. considérant 18 du 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, JO du 4 janvier 2003, L 1, p. 1.

avec

- la **notion économique de pouvoir de marché**
- ce point est mis en avant dans la communication.
 - o Ainsi paragraphe **intitulé « pouvoir de marché »** et non « position dominante »
- il est exposé (point 9) que la détention d'une position dominante « *suppose* » un « pouvoir de marché substantiel et durable »
 - o dominance => pouvoir de marché
- **réciroquement**, le point 10 indique que **si** une entreprise qui détient un pouvoir de marché substantiel pendant une période significative, **alors** elle est en position dominante
 - o pouvoir de marché => dominance
- implication réciproque donc **équivalence des deux notions : la position dominante est assimilée au pouvoir de marché**
- Pour autant, la **définition jurisprudentielle** de la position dominante **n'est pas écartée**

*« 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 consommateurs »* (CJCE, 14 février 1978, *United Brands*, 27/76, pt 65).

Cette définition est reprise et **articulée** avec la notion de pouvoir de marché (points 9-10) et l'est de manière convaincante.

En effet, la Commission indique que

- la notion **d'indépendance renvoie aux contraintes de concurrence** qui pèsent sur l'entreprise. Une entreprise est en position dominante lorsque ces contraintes ne sont pas suffisamment fortes pour discipliner son comportement, ce qui rejoint exactement l'idée de pouvoir de marché »
- identification pos dom et pv de marché se fait *dans le cadre de la jurisprudence*

Cette indetification entre position dominante et pouvoir de marché a deux conséquences pratiques

1. **La part de marché ne sera plus, pour la Commission, un élément déterminant**
 - (point 12 la Commission indique que les parts de marché sont un premier indice utile, mais rien de plus).
 - La Commission ajoute (point 14) qu'elle ne conclura pas à l'existence d'une position dominante sans examiner l'ensemble des facteurs de concurrence (entrée actuelle et potentielle de concurrent, pouvoir de négociation des acheteurs).
2. **Le critère décisif sera le pouvoir de marché, défini comme la capacité d'une entreprise à augmenter ses prix de manière à la fois significative et durable**

- À première vue cette définition est tout à fait conforme à la notion économique de pouvoir de marché et n'a pas de quoi surprendre un économiste
- Cependant, si on lit le point 10, on découvre que la Commission adopte une **variante plus originale de la notion de pouvoir de marché**. En effet, il est précisé que l'expression « augmenter ses prix » – au cœur de la définition de pouvoir de marché – doit s'entendre en un **sens particulièrement large**. C'est dit la Commission, un raccourci pour « influencer tout paramètre de la concurrence (pas seulement les prix) au détriment des consommateurs ».
- C'est donc **l'approche économique** qui est retenue, mais essentiellement dans son **aspect qualitatif**. Ce qu'on retient c'est la question posée « est-ce que l'entreprise est capable d'augmenter ses prix de manière significative et durable ? » plutôt que les méthodes quantitatives, qui s'appliquent au prix mais plus difficilement aux autres dimensions de la concurrence.
 - o cela traduit le fait que la **Commission n'accepte pas l'idée que le bien-être du consommateur se réduise à son pouvoir d'achat**. Tout en adoptant une approche économique, elle reste fidèle à la tradition européenne issue de l'ordo-libéralisme qui s'attache à la liberté de choix.
 - o Ce qu'il y a derrière cette entorse apparente à une définition économique orthodoxe du pouvoir de marché, c'est l'idée que **le bien-être des consommateurs**, ce n'est pas seulement les prix bas, **c'est aussi**
 - la possibilité de bénéficier des avancées technologiques,
 - la possibilité choisir parmi une offre variée,
 - la liberté de choisir son fournisseur [on pense à la liberté de choisir des génériques – Glaxo FR]

Ces précisions sur la notion de bien-être du consommateur m'amènent directement à l'appréciation de l'abus (2^{ème} point de cette vue d'ensemble). Le lien est en effet direct car la qualification d'abus est toute entière orientée par la prise en considération de l'intérêt des consommateurs – et c'est là l'un des apports majeurs de cette communication.

b) Sur l'abus

- Si l'on devait résumer en une phrase l'approche adoptée par la Commission, on pourrait dire que **LA priorité** est de s'assurer que les entreprises en position dominante ne se livrent pas à des pratiques d'**éviction anticoncurrentielle**
- Ici, je dois vous faire part d'une **précision terminologique** : c'est moi qui traduis par « éviction anti-concurrentielle »
 - o Le terme en anglais est *foreclosure*
 - o Difficile à traduire
 - « Forclusion » est assurément malheureux : il ne s'agit pas d'une fin de non-recevoir
 - Non sans hésitations, je vous propose « éviction », alors même qu'il se prête à une objection de même nature : terme a sens juridique précis en dehors du droit de la concurrence. Ainsi, on parle

- de l'éviction de l'acheteur *a non domino*,
- de l'éviction du locataire en cas de non renouvellement d'un bail commercial).

C'est un sens précis et différent de celui qui est visé dans la communication, mais, du moins, il existe une certaine proximité, puisqu'il s'agit :

- dans le cas de l'éviction de l'acheteur *a non domino*, d'empêcher l'acheteur de jouir d'un bien
 - qui se rapproche de l'idée d'empêcher un concurrent de jouir du fruit de ses efforts commerciaux ou d'innovation
 - dans le cas du titulaire d'un bail commercial, de le mettre dehors
 - qui se rapproche de l'idée est de mettre un rival en dehors du marché
 - En outre, dernier argument lexical, la racine latine de « éviction », qui évoque le verbe *evincere* – traduit dans le dictionnaire Capitant par « vaincre » – convient assez bien à ce qu'on veut désigner.
- Bien sûr, au delà de cette question de traduction du terme *foreclosure*, c'est la définition qui importe.
- Elle est donnée au point 18 de la communication (traduction)

“toute situation dans laquelle l'accès de concurrents actuels ou potentiels à une ressource ou à un marché est restreint ou empêché par le comportement de l'entreprise en position dominante, réduisant ainsi l'aptitude ou les incitations de ces rivaux à prendre part à la concurrence et où cette éviction permet à l'entreprise dominante – ainsi qu'éventuellement à certains de ses concurrents – d'augmenter les prix pour les consommateurs”.

Je reconnais volontiers que ma traduction est indigeste, mais il me semble que l'original en langue anglaise n'est pas un modèle de légèreté.

Sur le fond, on peut retenir **2 éléments** de cette définition

- un élément de (relative) nouveauté : l'orientation vers l'intérêt des consommateurs
- un élément de continuité avec la def jurisprudence de l'abus

L'orientation vers l'intérêt des consommateurs : l'éviction n'est pas anticoncurrentielle si elle ne nuit pas aux consommateurs (si elle ne permet pas à l'entreprise en position dominante d'« augmenter les prix » au sens large déjà évoqué).

- La Commission s'oblige donc à démontrer un effet néfaste pour les consommateurs du comportement qu'elle qualifie d'abusif

- Pour les comportements d'éviction consistant dans des pratiques de prix, l'indice de l'éviction anticoncurrentielle est qu'elle touche un **concurrent au moins aussi efficient**
- Commission indique les **seuils de coûts** qu'elle est susceptible d'appliquer.
 - Critères de coûts sont formulés en termes de **coûts évitables** (à ct : seuls les coûts variables sont évitables et à long terme, lorsque les coûts fixes peuvent varier en fonction des décisions d'investissement).
- Difficile à appliquer mais
- D'un point de vue général, l'exigence de démontrer un effet néfaste pour le consommateur est un grand pas
- ceci est susceptible d'avoir une **influence** sur un point très critiqué dans la **jurisprudence** de la Cour et du Tribunal (Michelin II, BA). Jusqu'ici, les juridictions communautaires n'ont pas exigé de la Commission qu'elle démontre de manière circonstanciée que le comportement reproché à l'entreprise dominante avait un effet néfaste pour les consommateurs.
 - NB : **L'effet sur les consommateurs n'est pas ignoré** dans la jurisprudence, mais les juridictions admettent la légalité d'une décision de condamnation si une simple possibilité d'effet adverse est évoquée, **sans que** le raisonnement ni les preuves sur ce point soient soumis à un **examen particulièrement serré**.
- Cela ne peut que changer dès lors que c'est la Commission elle-même qui s'oblige à une telle démonstration **d'effets négatifs « probables »** pour les consommateurs (point 18).
- En effet, les lignes directrices lient la Commission et l'obligent à une motivation spéciale lorsqu'elle s'en écarte.
 - Les juridictions communautaires, en contrôlant la conformité de la pratique décisionnelle aux lignes directrices, seront amenées à contrôler qu'un effet néfaste pour le consommateur a bien été établi.

Après l'élément de nouveauté, l'élément de continuité.

b) Continuité avec la définition jurisprudentielle de l'abus sur deux points

- **Objectifs**
 - Objectif bien être du conso n'est pas exclusif
 - l'intégrité du processus concurrentiel est également digne de protection pour elle-même.
 - 2 objectifs sont imbriqués :
 - intérêt des conso pas tjs clair
 - en cas de doute, on suppose que la rivalité est dans l'intérêt des conso

- **conception de l'abus** : on retrouve dans la définition de l'éviction anticoncurrentielle **l'idée que l'abus c'est fondamentalement mettre des bâtons dans les roues de ses concurrents.**
 - Dans la définition, les termes « empêcher ou restreindre » marquent aussi la continuité avec la jurisprudence.
 - ils renvoient à l'idée « d'obstacle à la concurrence », issue de la distinction ordo-libérale entre concurrence par les mérites et concurrence par les obstacles et présente dans la définition jurisprudentielle de l'abus. .

Cf. définition d'un comportement abusif dans *Hoffmann-La Roche*⁵

La notion d'exploitation abusive est une notion objective qui vise les comportements d'une entreprise en position dominante qui sont de nature à influencer la structure d'un marché où, à la suite précisément de la présence de l'entreprise en question, le degré de concurrence est déjà affaibli et qui ont pour effet de faire obstacle, par le recours à des moyens différents de ceux qui gouvernent une compétition normale des produits ou services sur la base des prestations des opérateurs économiques, au maintien du degré de concurrence existant encore sur le marché ou au développement de cette concurrence.

Par ces éléments de continuité, le lien entre abus et loyauté n'est donc pas rompu.

TR : après cette vue d'ensemble très générale, j'aimerais souligner les principaux apports de la communication. Si la conception de l'abus n'est pas révolutionnée, il y a malgré tout des nouveautés.

2. Les principaux apports

- Sur les justifications : disparition de l'exception d'alignement et rapprochement avec 81
- Sur la preuve : rapprochement avec droit des concentrations

a) Rapprochement avec l'analyse menée d'accord au titre de l'article 81 CE

- **L'intention de la Commission** était déjà très claire dans le document de consultation de 2005.
- Les **réserves** qui ont pu être émises sur ce point par différents auteurs ne semblent pas avoir convaincu la Commission de modifier son orientation sur ce point.
- les réserves étaient liées au fait que l'article 82 n'a pas la même structure que l'article 81.
 - Un accord peut avoir des effets anti-concurrentiels mais être exemptés parce qu'il apporte certains bénéfices et que les effets négatifs ne sont pas disproportionnés.

⁵ Arrêt du 13 février 1979, Hoffmann-La Roche/Commission, 85/76, Rec. p. 461.

- En revanche, si l'on envisage la notion d'abus de position dominante comme une variété d'*abus*, quelle que soit la théorie de l'abus à laquelle on se réfère, il est difficile de concevoir qu'un comportement puisse être à la fois abusif et légal.

D'ailleurs pour cette raison précisément, les *efficiences* ne sont **pas des exceptions** (pas d'*efficiency defense*). Ce sont des éléments négatifs de la qualification d'abus, selon le terme consacré des « **justifications objectives** ».

En ce sens, la Commission ne dit pas que ces circonstances permettent **d'excuser** des comportement d'éviction dont les effets sont au détriment des consommateurs, **mais que** l'effet sur le bien être des consommateurs doit être apprécié en tenant compte des **nécessités objectives**, d'une part, et des **gains d'efficience**, d'autre part.

Tels sont en effet les **deux types** de justifications objectives envisagés (points 26 et s.)

NB : deux et non trois. **On remarque l'absence de l'exception d'alignement.**

- **1^{ère} justification : nécessité objective.**
 - o Hypothèse Hilti
 - o N'est pas abusif le comportement qui est « objectivement nécessaire » (raisons extérieures à l'entreprises, un seul ex : exigences de sécurité, étant précisé que ce n'est pas en principe à l'entreprise de s'en charger.
 - o => en pratique ce critère pourrait se rapprocher de celui de l'article L 420-4 I 1° C. Com.
- **2^{ème} justification : gains d'efficience.** l'entreprise peut démontrer que les critères suivants sont cumulativement satisfaits
 - o les gains d'efficience sont probables et résultent du comportement en cause
 - o le comportement est indispensable à l'obtention des gains d'efficience
 - o ces gains compensent les effets probables du comportement sur le bien-être des consommateurs
 - o le comportement n'élimine pas la concurrence résiduelle qui persiste en dépit du pouvoir de marché de l'entreprise en position dominante

Communication précise la **charge de la preuve** : c'est à l'entreprise en position dominante qui allègue une justification objective de prouver qu'elle satisfait à tous ces critères.

le point 29 soulève quelques interrogations => discussion
- l'obligation de l'entreprise est formulée en termes de *burden of adducing evidence* alors que l'on pouvait penser (certains auteurs, notamment M. Nazzini avait proposé cette solution) que pèse sur l'entreprise une charge d'allégation circonstanciée, mais que la charge de la preuve proprement dite pèse sur la Commission, à qui il incombe d'établir les infractions dans leurs éléments positifs comme dans leurs éléments négatifs (elle doit instruire à charge et à décharge)
- que signifie que la Commission procède à l'appréciation définitive ? Bien sûr, lors de la phase administrative, c'est elle qui prend une décision, mais devant le juge ?

- comme souvent, ce qui n'est pas clair en termes de charge de preuve sera peut être résolu en pratique par un contrôle serré de motivation.
- Si je juge accepte que la Commission alloue elle-même la charge de la preuve aux entreprise, sans doute ne l'emportera-t-elle pas au paradis du contrôle de légalité et devra motiver au regard de l'ensemble des éléments soumis par l'entreprise un rejet des justifications avancées.

Transition : C'est précisément sur une question de la preuve : de la charge de la preuve et de ce qu'on appelle parfois le « standard de preuve » que s'opère un rapprochement non avec le domaine des ententes, mais cette fois avec celui du contrôle des concentrations.

b) Rapprochement avec l'analyse menée en matière de contrôle des concentrations

Rapprochement pas étonnant : 1^{er} domaine où l'approche par les effets a été adoptée.

Le rapprochement est frappant sur ce qu'on appelle désormais **le standard de preuve**.

- La Commission s'engage à n'intervenir que si elle est en mesure d'établir l'existence d'un **risque** d'éviction anticoncurrentielle sur la base de **preuves « significatives et solides »** ("*cogent and convincing*", pt 19).
- La formule fait irrésistiblement penser à l'arrêt ***Tetra Laval***⁶
- dans cette affaire, **le Tribunal** avait annulé une décision de la Commission interdisant une opération de concentration en formulant une exigence de "*preuves solides*", qu'il jugeait non satisfaite
- **Commission avait formé un pourvoi** sur ce point et défendu la thèse selon laquelle ces exigences auraient dépassé l'obligation résultant de la jurisprudence antérieure de fournir des éléments "*significatifs et concordants*" (*Tetra Laval*, préc. pt 27).
- **Cour** avait rejeté cette thèse et considéré que, en exigeant de la Commission un examen précis et étayé par des preuves solides ("*convincing evidence*") des effets anticoncurrentiels de l'opération de concentration, le Tribunal n'avait en aucune manière ajouté une condition relative au degré de preuve requis, mais avait simplement rappelé la fonction essentielle de la preuve, qui est de convaincre du bien-fondé d'une thèse (pt 41).
- **En reprenant les termes mêmes qu'elle avait contestés**, la Commission paraît indiquer qu'elle apportera le même degré de soin dans la motivation de ses décisions relatives à des abus-exclusion que celui qui est exigé en matière de contrôle des concentrations.

TR : Dernier points sur la partie générale de ces LD :

3. Comment qualifier la nouvelle approche ?

- Per se ? approche par les effets ?
- C'est surtout une approche par scénario, telle qu'esquissée dans l'arrêt *Tetra Laval*.

⁶ CJCE, 15 février 2005, *Commission/Tetra Laval*, C-12/03 P, Rec. p. I-987

On peut appeler cela comme on veut, mais l'essentiel est que la Commission s'engage à construire un scénario – une « histoire micro-économique » – qui explique en quoi le comportement reproché à l'entreprise risque de causer un dommage aux consommateurs.

- C'est une approche par les effets en ce sens qu'il faut démontrer un certain type d'effets.
- Pour autant, cela n'exclue pas complètement une approche *per se*.

Si l'on peut démontrer une fois pour toutes que, dans certaines circonstances précises, telle pratique est toujours nuisible aux consommateurs, il serait compatible avec la communication que la Commission ne procède pas à une analyse détaillée des effets.

Cette possibilité est d'ailleurs explicitement réservée

C. Les apports des lignes directrices à l'analyse des différentes formes d'abus

Pour toutes les pratiques, les développements sont structurés en deux parties

- indications particulières sur l'application du cadre général (faits pertinents)
- indications sur l'application des justifications tirées des gains d'efficience.

1. Exclusivités

On y trouve des développements sur les obligations d'achat exclusif et sur les rabais conditionnels (Michelin)

Cadre d'analyse général

Question : est-ce que la pratique est de nature à exclure un concurrent aussi efficace ?
+ qq faits pertinents (partenaire obligatoire, durée de l'exclusivité ; ampleur des rabais par rapport au coût moyen incrémental de long terme.

Sujet d'actualité après l'arrêt de la CA hier dans l'affaire iPhone, mais il faut relever à cet égard que la communication ne contient rien sur les obligations de *fourniture exclusive*.

2. Couplage et vente liée

3. Prédation

- a) **Adoption du test du sacrifice** : l'entreprise a-t-elle fait des pertes qu'elle aurait pu éviter ?
 - Preuve
 - par tous moyens
 - Indice : prix < coût moyen incrémental (évitable)
 - Approche concrète : évitable s'entend NON par rapport à des stratégies abstraites mais par rapport à des décisions qui pouvaient concrètement être prises
- b) Ces pertes ont-elles été consenties en vue de l'éviction d'un concurrent et pour le bénéfice ultérieur de l'entreprise dominante ?
 - Référence au concurrent aussi efficace

- Mais ce n'est pas un simple test de coût : il faut un scénario [communication fait référence aux différents scénarios types, qui avaient aussi été mentionnés par le Conseil dans sa décision Glaxo]
- Bénéfice de l'entreprise : d'autant plus grand que les coûts de la prédation sont limités (p.e. rabais sélectif comme dans l'affaire des ciments corses)

4. Refus de vente

II. PANORAMA DE LA JURISPRUDENCE 2008

Je commencerai par les **abus-exclusion**, pour être dans la continuité des LD et parce qu'ils constitue la majorité des affaires.

Mais cette année a également livré des arrêts dans le domaine des **abus-exploitation**, quoique moins nombreux

Distinction : **commodité de présentation** [relativité de la distinction : CA dans CDG participations/Lagardère services]

Enfin il faudra signaler un arrêt de grande chambre de la Cour de justice sur **l'articulation entre l'article 82 et l'article 86 CE**.

A. Abus-exclusion

1. Pratiques de prix d'éviction (ciseau tarifaire)

Deux arrêts cette année. Dans les deux cas abus dans un secteur régulé (télécoms)

- **L'arrêt Deutsche Telekom du Tribunal**

- Arrêt du Tribunal qui précise plusieurs points sur l'articulation entre régulation sectorielle et application de l'article 82 CE, et ce dans un sens qui n'a pas de quoi rassurer les entreprises dominantes soucieuses de sécurité juridique
- **faits**
 - Deutsche Telekom était soumise à la régulation sectorielle de ses tarifs, en vue de garantir l'ouverture effective du marché des télécoms en Allemagne.
 - Le régulateur national avait approuvé ses tarifs,
 - mais la Commission avait adressé à l'entreprise une décision la condamnant pour violation de l'article 82 au motif que ses tarifs créaient un effet de ciseau tarifaire – c'est-à-dire mettait ses concurrents dans la position extrêmement inconfortable de devoir payer plus cher pour accéder à une infrastructure essentielle détenue par DT que ce qu'ils pouvaient facturer au client final.
- L'intérêt principal de l'arrêt concerne **l'application concurrente du droit spécial de la régulation avec le droit commun de la concurrence**.

Sur ce thème 3 points méritent d'être notés

1. Dès lors que la régulation sectorielle des prix laisse une marge de manœuvre à l'entreprise dominante, les comportements qu'elle garde la liberté de sont soumis à l'article 82 CE.
2. Le fait que le régulateur ait dit appliquer l'article 82 CE dans une décision autorisant (*a priori*) un tarif ne protège pas l'entreprise contre une application *a posteriori* de l'article 82 par la Commission
 - Au passage : de l'intérêt des LD pour les entreprises régulées
3. Responsabilité particulière d'une entreprise dominante implique l'obligation pour elle de solliciter du régulateur une autorisation d'augmenter certains tarifs pour éviter que ses concurrents ne soient évincés par un effet de ciseau tarifaire
 - Le simple fait que l'entreprise ait eu la possibilité de réduire l'ampleur de l'effet de ciseau, même si elle n'avait pas la possibilité de l'empêcher, et qu'elle n'ait pas usé de cette possibilité constitue une violation de 82

En résumé : régulation sectorielle n'est pas une justification, tout au plus une circonstance atténuante

Autres points à souligner, à titre de cp. avec les LD

- Dans cette affaire, la Commission avait plaidé qu'aucune démonstration des effets n'était nécessaire (pt 234)
 - LD pas encore entrée dans les pratiques de la DG comp. Il faut dire que la décision remontait à 2003.
 - Mais - à titre surabondant – Com avait analysé les effets
 - Tribunal rejette moyen pris de l'absence de preuve des effets
 - Commission avait fait usage du **critère du concurrent aussi efficient** en prenant les coûts de l'entreprise dominante elle-même (se serait-elle évincée elle-même si elle avait été à la place d'un nouvel entrant ?)
 - Tribunal valide
 - Pb : revient à supposer que la structure de coût de l'entreprise dominante est commune à tous les concurrents
 - Privilégie les erreurs de type II (condamnation d'innocent)
- **L'arrêt SFR de la Cour d'appel de Paris**

Faits similaires

En 2004, le conseil avait condamné SFR et France Telecom pour des pratiques de ciseau tarifaire empêchant leurs concurrents de développer à destination des entreprises une offre profitable concernant les appels fixe vers mobiles.

Cette décision avait été annulée par la Cour d'appel dans un arrêt de 2005, lui-même annulé par la Cour de cassation en 2006.

Dans ce nouvel arrêt rendu le 2 avril, la Cour d'appel valide la décision du Conseil de la concurrence de 2004.

Ciseau tarifaire car prix des communications ne couvrent pas les coûts incrémentaux

Test de coût + analyse stratégique finalement validée ... 10 ans après les faits.

2. Remises de fidélité

▪ L'arrêt « Ciment corse » de la Cour d'appel de Paris

Abus de position dominante collective – **illustration de l'incomplétude des LD mais compatible LD**

Remises s'inscrivent clairement dans une stratégie d'exclusion

Absence de justification économique

3. Refus de vente

Autre secteur régulé après les télécoms : les médicaments

▪ L'arrêt « Glaxo » de la Cour de justice

- Prix bas en GR
- Opportunité pour les importateurs parallèles
- Pdt plusieurs années commandes augmentent
 - Glaxo avait temporairement cessé de répondre à leurs commandes et s'était mise à organiser elle-même la distribution de ses médicaments aux hôpitaux et aux pharmacies en Grèce.
 - Par la suite, Glaxo avait repris ses livraisons aux importateurs parallèles, mais en limitant les quantités à la consommation nationale + 18 %.

Question : Ce laboratoire pouvait-il ainsi assécher le commerce parallèle ?

- Rappel : la Cour avait déjà été saisie dans cette affaire.
- Mais irrecevable (arrêt Syfait).
- L'arrêt rendu le 16 septembre était donc particulièrement attendu, non seulement par les parties au litige au principal, qui attendaient les réponses depuis 2003, mais aussi par la doctrine, car l'AG Colomer dans ses conclusions rendues au mois d'avril ne suivait pas l'analyse proposée par l'AG Jacobs dans ses conclusions sous l'arrêt *Syfait*.
- **Question :** Le fait pour une entreprise en position dominante de refuser de satisfaire dans leur intégralité les commandes des importateurs parallèles constitue-t-il un abus ? Plus précisément un tel refus (partiel) de vente est-il automatiquement abusif et, si tel n'est pas le cas, à quelles conditions y a-t-il abus ? Comment convient-il de tenir compte du fait que, comme l'indiquait très clairement la juridiction de renvoi, dans le secteur des médicaments, la concurrence n'est pas libre, mais « faussée par l'intervention étatique » (point 23).

Les intérêts en cause étaient multiples, ainsi que les parties le soulignaient

- **Intérêts des laboratoires** : conséquences néfastes du commerce parallèle illimité pour la capacité des laboratoires à investir en R & D
- **Intérêt des patients** : commerce parallèle ne profite pas aux consommateurs finals dès lors que, dans l'État membre de vente, le prix des médicaments est régulé
- **Intérêt des intermédiaires grossistes**
- **Intérêt des systèmes nationaux de sécurité sociale**
- **Intérêt communautaire** :
 - **Libre circulation des marchandises** : le principe fondamental de libre circulation des marchandises crée en principe des droits au profit des importateurs parallèles Généralités sur les lignes directrices
 - **Santé publique** : R & D est importante (où l'on rejoint l'intérêt des laboratoires)
 - **Concurrence** : non seulement en Grèce mais aussi et surtout dans les autres États membres

La Cour commence par **rappeler sa jurisprudence** rendue dans d'autres secteurs et au terme de laquelle **le refus de vente ayant pour objet et pour effet de limiter le commerce parallèle est en principe abusif.**

Elle se réfère en particulier à l'arrêt **United Brands**, dans lequel elle avait jugé que le fait pour une entreprise de détenir une position dominante ne la prive pas du droit de « prendre les mesures raisonnables que requiert la protection de ses intérêts commerciaux légitime » mais aussi « qu'on ne peut admettre [les] comportements qui] ont [...] pour objet de renforcer cette position dominante et d'en abuser ».

Ce qui est remarquable et **décevant** dans cet arrêt, c'est qu'après avoir rappelé cette jurisprudence, la **Cour ne la développe pas, mais se contente de dire au juge de renvoi de l'appliquer.**

Pour cela, il lui faut écarter l'argumentation de Glaxo, qui, tout en se référant elle aussi à **United Brands**, faisait valoir que trois circonstances spécifiques au secteur des médicaments devaient être prises en considération pour apprécier le caractère abusif d'un refus partiel de livrer.

1. La concurrence intra-marque dans le secteur des médicaments ne peut pas être analysée comme ailleurs, car le producteur ne contrôle pas ses prix et que les distributeurs sont soumis à des obligations particulières (continuité de l'approvisionnement).
2. Dans le secteur des médicaments, le commerce parallèle ne bénéficie pas nécessairement aux consommateurs finals
3. Le commerce parallèle limite les profits de laboratoires et, partant, leur capacité à investir en R & D

Si l'on s'intéresse à la manière dont la Cour traite ces arguments, on peut faire deux remarques.

1. **Justifications objectives.** La Cour choisit de traiter les arguments de Glaxo comme des allégations relatives à des justifications objectives.

Raisonnement : Le refus de vente – même partiel – serait en principe abusif, mais il faut examiner si des circonstances objectives propres au secteur sont de nature à le justifier.

Concernant l'examen des circonstances objectives, la Commission rappelait que c'est à l'entreprise dominante de démontrer les circonstances qui justifient sa pratique.

Mais l'arrêt ne nous renseigne malheureusement pas sur l'étendue de la charge de l'allégation qui pèse à cet égard sur l'entreprise.

Au point 57, la Cour indique en effet qu'il n'est pas besoin de se prononcer sur la question de savoir si l'entreprise doit ou non dans sa démonstration s'appuyer sur l'effet des comportements qu'elle empêche sur les consommateurs.

Ici, Glaxo limitait les importations parallèles, mais disait que, en raison des réglementations étatiques, ces importations ne bénéficiaient pas nécessairement aux consommateurs finals, de sorte que son comportement n'était pas préjudiciable aux consommateurs.

Cet argument avait été admis par l'AG Jacobs dans ses conclusions. Il considérait que, en présence de réglementations disparates sur les prix, le commerce parallèle perdait de son utilité, car il ne servait ni l'intégration du marché, ni l'intérêt des consommateurs.

Sur ce point Cour a peut être cherché à ménager ses deux AG : elle ne suit ni tout à fait l'AG Colomer, qui avait adopté un raisonnement occultant totalement l'intérêt des consommateurs, ni l'AG Jacobs, qui en avait adopté une approche concrète.

Ce qui m'amène à ma seconde remarque

2. Le traitement de l'intérêt du consommateur dans le raisonnement de la Cour

Lorsqu'elle analyse cet argument de Glaxo (points 52 et s.), la Cour reste dans un raisonnement très abstrait et très général. Elle postule les effets qu'a par nature le commerce parallèle pour les consommateurs sans faire la moindre référence circonstanciée. On ne peut s'empêcher de songer aux termes si justes d'E. Fox dans un éditorial savoureux paru cette année, en forme de parodie du petit chaperon rouge, où le petit entrepreneur se rend au chevet de l'économie malade avec de belles inventions dans son panier. Comme dans le conte, un grand méchant monopole se cache dans la cabane pour y attendre le petit entrepreneur innovant. Dans la discussion entre le petit entrepreneur innovant et le grand méchant loup à propos du droit de la forêt, le petit entrepreneur dit « mais le droit de la forêt protège l'intérêt des consommateurs » et le grand méchant loup lui répond « non petit entrepreneur, le droit de la forêt ne protège pas les vrais consommateurs, il protège l'idée du consommateur ».

On dirait que dans ce conte, la Cour a pris le mauvais rôle et qu'elle se réfère à une idée singulièrement abstraite et désincarnée des consommateurs.

Ayant ainsi écarté la justification tirée de l'intérêt du consommateur et les autres justifications avancées par Glaxo, la Cour conclue que tout était déjà dans United Brands :

- une entreprise dominante a le droit de protéger ses intérêts commerciaux – y compris sans doute en refusant de livrer
- la limite de ce droit est le caractère normal des commandes adressées à l'entreprise dominante : tant que les commandes sont « normales », elle ne peut refuser de livrer

- La Cour renvoie au juge national le soin d'apprécier dans le cas d'espèce le caractère normal des commandes
- Tout au plus précise-t-elle que cette appréciation se fait par rapport
 - Aux besoins de médicaments dans l'État membre
 - Aux relations commerciales antérieures

Très clairement, cet arrêt très attendu ne brille pas par son audace.

En pratique, on ne peut que conseiller aux importateurs parallèles d'augmenter très progressivement leurs demandes, de sorte que, même si la demande dépasse les besoins de l'État membre où les médicaments sont achetés au laboratoire, elles restent conformes aux relations commerciales antérieures.

Aux laboratoires, on ne peut que conseiller d'adopter un comportement restrictif très tôt de sorte que cela soit une donnée des relations commerciales.

Plus fondamentalement, à la lecture de cet arrêt, on ne peut s'empêcher de penser que les lignes directrices sur l'abus exclusions sont les très bienvenues pour préciser le cadre d'analyse.

Un autre arrêt rendu cette année par la Cour appelle la même remarque

4. Prix prédateurs

▪ L'arrêt Glaxo de la Cour d'appel de Paris

Le conseil de la concurrence ne s'est pas bien fait comprendre

Décision avait été remarquée comme particulièrement pédagogique.

On y retrouvait une communauté d'inspiration avec le rapport EAGCP et avec la communication, notamment sur un point contesté en appel : l'analyse de la stratégie par delà les critères de coûts.

Dans cette décision, le Conseil exposait les différentes stratégies de prédation et démontrait que, en l'espèce, une stratégie de prédation par acquisition de réputation était en cause

Entreprise réagit à une première tentative d'entrée sur le marché qu'elle domine pour signaler qu'elle est prête à se battre (ici un premier médicament tombait dans le domaine public, mais d'autres devaient suivre)

- Sur la connexité des marchés

- CA : s'accroche à l'arrêt AKZO
- fait que le marché où a lieu la prédation est connexe d'un autre marché
- ici, ils sont moins connexes
- mais peu importe ! ce qui compte c'est que l'entreprise dominante est active sur les deux et qu'elle protège un marché à moindre frais en acquérant une réputation de prédation sur un marché plus petit où le sacrifice est moins grand

- sur le lien de causalité

- CA ne croit pas à l'explication stratégique du Conseil

- Elle ne met pas en cause l'éviction mais considère qu'aucun lien de causalité n'est démontré entre les baisses de prix et une prétendue stratégie d'acquisition de réputation
- **Arrêt pose une question assez fondamentales**
 - Construire un scénario c'est proposer une rationalisation à un comportement observé
 - Manifestement, une telle rationalisation a un pouvoir de conviction variable pour différents auditoires
 - Conseil pensait avoir trouvé LE cas d'école
 - Cour d'appel ne voit pas le lien entre les élucubrations du Conseil et les faits rapportés
 - Assurément, il faut que le scénario proposé par l'autorité de concurrence convainque le juge
 - Mais pour être convaincu, le juge doit-il exiger que la rationalisation élaborée par l'autorité de concurrence corresponde à la manière dont les dirigeants de l'entreprise ont eux-mêmes pensé leur action ?
 - Si une entreprise fait de la prédation par réputation comme M. Jourdain faisait de la prose – c'est-à-dire sans connaître le nom savant donné à sa pratique, cela rend-il moins convaincant le scénario et sa corroboration
 - Il me semble que le juge doit accepter la liberté de l'autorité de concurrence d'alléguer toutes sortes de scénario et vérifier la corroboration
 - Ici, la Cour d'appel conteste la corroboration alors que la décision du Conseil était très finement argumentée
 - **Augure mal de la robustesse devant le juge de l'approche par scénarios** promue par la Communication de la Commission.
 - Pour en revenir à une considération plus technique, **on a du mal à comprendre comment le dispositif de l'arrêt est soutenu par ses motifs**
 - Si la Cour d'appel voulait appliquer AKZO mécaniquement, comme l'a du reste fait le Tribunal dans l'arrêt Wanadoo, la décision était suffisamment quoique surabondamment motivée. Le Conseil avait appliqué le test de coût.
 - Mais sans doute la chambre commerciale sera-t-elle amené à nous éclairer sur ces questions.
 - **L'arrêt Vedettes inter-îles de la Cour de cassation**
 - Cas particulier de prix prédateurs pratiqués par une entreprise assurant à la fois une mission de service public et un service commercial en concurrence avec d'autres
 - Transports de passagers entre l'Ile d'Yeu et le continent en été

- Le Conseil avait conclu au caractère prédateur des prix en fondant son appréciation sur le critère des **coûts incrémentaux**, c'est-à-dire les coûts propres à l'activité en cause, à l'exclusion des coûts fixes, communs à cette activité et à l'activité de service public.
- Il y a une certaine logique à cela : coûts du SP sont là quoi qu'il arrive. Ne devraient pas être pris en compte pour l'analyse du comportement concurrentiel
- Oui mais quid si l'entreprise fait apparaître comme coût du SP, des coûts qu'elle choisit d'encourir pour pouvoir se livrer à la prédation ?
 - Avantage : le sacrifice est tout relatif puisque subventionné par le département au titre du SP
- Choix du Conseil aboutissait mécaniquement à diminuer très largement les coûts propres à l'activité de transport de passagers. Dès lors, cela repoussait d'autant les limites d'un prix prédateur.
- La Cour d'appel avait validé la décision du Conseil de la concurrence.
- L'arrêt est cassé pour manque de base légale.
- Le principe du coût incrémental n'est pas en cause – il est même validé par cet arrêt, qui,) cet égard est en parfaite cohérence avec les LD
- Ce qui est en cause, c'est l'application du principe
- La motivation de la Cour d'appel pour admettre que les coûts de l'Amporelle sont imputable à l'activité de SP n'est pas convaincante. Il ne suffit pas qu'elle serve à transporter des passager pour être nécessaire, dès lors qu'il y a aussi des ferries.
- Très intéressant : CCass contrôle la motivation de l'allocation des coûts à différentes activités, ce qui est tjs le pb crucial dans l'application des tests de coûts quels qu'ils soient.
- Contrôle de motivation est train sain. Espérons qu'il ne sera pas limité au cas particulier où une même entreprise a à la fois une activité concurrentielle et une activité de SP

B. Abus-exploitation

- **L'arrêt Kanal 5 de la Cour de justice**

Les prix inéquitables sont l'une des catégories d'abus mentionnées dans l'article 82 CE, au paragraphe a) de l'alinéa 2.

Cette disposition traduit l'un des objectifs fondamentaux du droit communautaire de la concurrence, inspiré par la pensée ordo-libérale, à savoir éviter que les entreprises disposant d'une puissance économique n'exploitent les consommateurs.

Si cette disposition est politiquement essentielle, force est néanmoins de constater qu'elle est **rarement appliquée**. En effet, il y a peu d'arrêts sur les abus consistant dans des prix excessifs. Outre l'arrêt *United Brands*, qui contient un *obiter dictum* sur ce point, on recense – sauf erreur – trois arrêts.

Dans l'arrêt *Kanal 5*, étaient en cause les redevances facturées par un organisme de gestion collectif de droits d'auteurs – en position dominante comme le sont généralement ces organismes – à des chaînes de TV.

Les chaînes de TV avaient saisi l'autorité suédoise de concurrence, qui avait considéré qu'elle n'avait pas assez d'éléments pour ouvrir une enquête. C'est la Cour d'appel qui a saisi la Cour de questions préjudicielles

- Redevances excessives
- Redevances discriminatoires

Redevances excessives. La Cour rappelle la jurisprudence *United brand*. Un prix est excessif s'il est « sans rapport raisonnable avec la valeur économique de la prestation fournie » avec les coûts.

En l'espèce, la Cour indique à la juridiction nationale que

- un système de redevance proportionnelle à la quantité d'œuvres musicales diffusées ou susceptible de l'être est en principe dans un rapport raisonnable avec la valeur de la prestation fournie
- mais la Cour indique aussi qu'il n'est pas exclu qu'une telle tarification puisse être abusive, notamment
 - o lorsqu'il existe une autre méthode permettant de quantifier de manière précise la musique réellement diffusée
 - o que cette méthode permet d'assurer la protection des intérêts des auteurs
 - o que sa mise en œuvre n'augmente pas de manière disproportionnée le coût de gestion des droits d'auteur

Redevances discriminatoires. Pourrait être d'actualité en FR : discrimination entre chaînes publiques sans recettes publicitaires et chaînes privées. Cour indique que la discrimination peut être justifiée par le mode de financement des chaînes privées.

Où l'on retrouve l'idée de la justification objective tirée d'une réglementation publique.

▪ **La décision du Conseil de la concurrence Pompes funèbres à Lyon**

Brève mention de cette décision qui fait l'objet d'un appel pendant devant la Cour d'appel.

Je voudrais mentionner un seul point, dont j'ignore s'il est ou non en cause devant la Cour d'appel.

Décision originale en ce qu'elle condamne un abus-exploitation (il y avait aussi un abus-exclusion, que je laisse ici de côté). Deuxième originalité, l'abus-exploitation ne réside pas dans des prix excessifs, mais dans des pratiques ayant pour effet de restreindre la liberté de choix des consommateurs.

Intéressant de le relever à l'heure où les LD mettent en avant le critère du bien-être du consommateur.

Illustration de la dimension choix et pas seulement prix - En total accord avec les LD

Décision intéressante enfin, car elle applique le droit de la conc dans un cas qui relèverait peut être du droit de la conso. Ce n'est pas une critique : l'application concurrente des deux droits est possible. **V. Payet sur ce point.**

C. Abus et droits spéciaux ou exclusifs : l'arrêt MOTOE

Courses motocyclistes en Grèce. Question de la qualification d'entreprise. Dès lors qu'il y a de la concurrence il y a des entreprises. Pas de quoi réunir la grande chambre.

Ce qui a justifié l'attribution à cette formation rarement réunie, c'est une question d'articulation entre l'article 82 et l'article 86, paragraphe 1, CE, qui interdit aux États membres « en ce qui concerne les entreprises publiques ou les entreprises auxquelles ils attribuent des droits spéciaux ou exclusifs » d'édicter ou de maintenir des mesures contraires aux règles du traité, notamment aux règles de concurrence.

On sait que cet article n'a pas de portée autonome. Il ne peut être violé qu'en conjonction avec un autre texte, par exemple l'article 82 CE.

L'arrêt MOTOE apporte à cet égard une précision quant au degré d'atteinte qui est nécessaire pour que l'article 86 soit enfreint, en conjonction avec l'article 82.

Il suffit, dit la Cour au point 50, qu'une mesure imputable à un État **membre** « crée un risque d'abus de position dominante ». Elle se réfère sur ce point aux arrêts ERT et Port de Gènes, mais en utilisant la formule « voir, en ce sens », qui signifie en langage codé que ces arrêts ne disent pas exactement cela.

CONCLUSION

L'abus de position dominante a beaucoup été qualifié, surtout ces dernières années, de parent pauvre du droit de la concurrence, tenu à l'écart de l'élan de modernisation qu'avaient connu l'article 81 et le droit des concentrations. L'est-il encore ?

Il est certain que les lignes directrices représentent le point d'aboutissement d'un mouvement de rapprochement de la démarche adoptée pour appliquer l'article 82 avec celle qui a été élaborée dans les autres domaines du droit de la concurrence

- la convergence avec l'article 81 est particulièrement nette – peut être même un peu forcée – en ce qui concerne les justifications d'un comportement qui crée un effet d'éviction
- la convergence avec l'analyse des concentrations est également claire, en particulier en ce qui concerne le type de motivation : il faut un scénario d'exclusion, dont la vraisemblance doit être corroborée par des éléments de preuve, et il faut démontrer que cette exclusion, si elle se réalisait, serait préjudiciable aux consommateurs

Il reste bien sûr des questions ouvertes

- charge de la preuve
- standard de preuve

- (infrastructure essentielle – abus non caractérisé)