



Concurrences

REVUE DES DROITS DE LA CONCURRENCE | COMPETITION LAW JOURNAL

L'approche par les effets en droit de la concurrence : Le devoir d'inventaire

Article | Concurrences N° 3-2015 | pp. 24-39

Romain Maulin

romain.maulin@allenoverly.com

Avocat à la Cour, Allen & Overy, Paris

Romain Maulin

romain.maulin@allenoverly.com

Avocat à la Cour, Allen & Overy, Paris

ABSTRACT

Alors que l'introduction d'une approche résolument plus économique de la restriction de concurrence, conjuguée à mouvement de «modernisation» au plan procédural, devait amener de profonds changements à la matière, il est désormais nécessaire et possible de s'essayer à un inventaire de l'application de l'approche par les effets. Pour différentes raisons que nous abordons dans cet article, la réception de cette approche en droit positif nous semble encore limitée voire illusoire au vu notamment de l'extension, toujours plus marquée, du domaine de la restriction de concurrence par l'objet.

While the introduction of a more economical approach of the restriction of competition and of the Modernization of competition law were intended to bring significant changes in competition law enforcement, it is now both necessary and possible to assess to what extent the effect-based approach has been implemented. For various reasons, which are addressed in this article, we contend that, to date, the implementation of this approach seems rather limited, if not impossible, in particular, in view of the ever increasing extension of the scope of the by-object restriction of competition.

L'approche par les effets en droit de la concurrence : Le devoir d'inventaire

1. Le droit de la concurrence met en œuvre, dans le cadre des articles 101 TFUE et L. 420-1 du code de commerce¹, une distinction entre les pratiques “ayant pour objet” et celles “ayant pour effet” de restreindre la concurrence. Il ressort d'une jurisprudence constante que ces deux critères – communément désignés par l'expression “alternative objet/effet” – sont alternatifs et non pas cumulatifs².

2. Les pratiques qui ont “pour objet” de restreindre la concurrence³ sont définies par les lignes directrices de la Commission européenne (ci-après la “Commission”) sur l'article 101, § 3 TFUE comme étant celles “*qui, par nature, ont la capacité de le faire*”, ce dont on conviendra qu'il s'agit d'une définition autoréférentielle. Dès lors qu'il est établi qu'une pratique a “pour objet” de restreindre la concurrence, la recherche de ses “effets” sur la concurrence n'est pas nécessaire pour établir la matérialité d'une infraction. Si les comportements ne peuvent pas être qualifiés de restrictifs par objet, l'autorité de concurrence vérifiera alors s'ils ne sont pas susceptibles d'avoir “un effet sur la concurrence”, c'est-à-dire d’“*affecter la concurrence réelle ou potentielle à un point tel qu'il soit possible de prévoir avec une assez bonne probabilité qu'il aura sur le marché en cause des effets négatifs*”⁴. Cela supposera naturellement une définition précise du marché pertinent en cause “*tant du point de vue matériel que géographique*”⁵.

1 L'article L. 420-1 du code de commerce prohibe les ententes qui “*ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché*”, c'est-à-dire qu'il y est fait référence à un objet qui peut n'être que potentiel (“*peuvent avoir*”). La formulation de la règle d'interdiction est quelque peu différente en droit de l'Union européenne puisque l'article 101 TFUE interdit “*tous accords entre entreprises, toutes décisions d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui (...) ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence*”, c'est-à-dire que l'effet doit, ici, être avéré.

2 CJUE, 30 juin 1966, *Société technique minière LTM c/ MBU*, aff. 56/65. V. not. les conclusions de l'avocat général Nils Wahl présentées le 27 mars 2014 dans l'affaire C-67/13 P, *Groupement des cartes bancaires c/ Commission*, pt 38.

3 La Commission a récemment, mais avant que ne soit rendu l'arrêt *GIE Cartes Bancaires*, publié un document de synthèse (Guidance on restrictions of competition “by object” for the purpose of defining which agreements may benefit from the De Minimis Notice, 25 juin 2014) décrivant les différents types de restriction de concurrence par l'objet. Ce document est accessible à l'adresse suivante : http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/de_minimis_notice_annex.pdf.

4 Commission, Lignes directrices concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, *JOUE* n° C. 101/97 du 27 avril 2004, pt 21.

5 CJUE, 28 février 1991, *Delimitis*, aff. C-234/89, pts 15 et 16.

VOIR AUSSI sur
Concurrences +

www.concurrences.com

“Signaling and agreement under Section 1 of the Sherman Act”

William H. Page

3. Comme l’avocat général Nils Wahl l’a encore rappelé récemment, “[d]ans le cas où il n’a pas été établi qu’un certain accord n’est pas concrètement – c’est-à-dire en tenant compte de ses objectifs ainsi que du contexte juridique et économique dans lequel il s’inscrit – apte à empêcher, à restreindre ou à fausser le jeu de la concurrence sur le marché, seul le recours à la notion de restriction par objet est écarté. L’autorité chargée du contrôle de la concurrence sera toujours en mesure de le censurer à l’issue d’un examen plus poussé de ses effets anticoncurrentiels réels et potentiels sur le marché”⁶.

4. À l’inverse, cette alternative objet/effet ne se retrouve pas dans le cadre de l’article 102 TFUE. Comme le juge de l’Union européenne l’a notamment relevé dans son arrêt *Michelin II* “contrairement à l’article 81, paragraphe 1, CE, l’article 82 CE ne contient aucune référence à l’objet ou à l’effet anticoncurrentiel de la pratique visée”⁷. Le même arrêt précise qu “[a]ux fins de l’application de l’article 82 CE, la démonstration de l’objet et de l’effet anticoncurrentiel se confond. En effet, s’il est démontré que l’objet poursuivi par le comportement d’une entreprise en position dominante est de restreindre la concurrence, ce comportement sera également susceptible d’avoir un tel effet”⁸.

5. Cette approche de la restriction de concurrence, qui semblait relativement stabilisée, a été fortement remise en cause à l’occasion des débats sur la “modernisation” au plan institutionnel et procédural⁹ du travail de la Commission qui a emporté une réflexion au plan substantiel. D’aucuns, et ils furent largement entendus, ont prétendu nécessaire de substituer à cette approche qualifiée de “formaliste” ou de “raisonnement par catégorie”, une autre qualifiée de “plus économique”¹⁰ sans toutefois modifier la lettre des textes d’incrimination.

6. Cette dernière évolution a conduit à une tentative de redéfinition de l’appréciation de la notion “d’effet”, laquelle peut, d’un point de vue juridique, s’analyser selon trois plans différents :

- au plan normatif ou substantiel, dans la mesure où cette réappréciation de la notion vise à déplacer la frontière définie préalablement à la sanction entre ce qui est manifestement interdit (une restriction de concurrence par l’objet) et ce qui peut l’être dans certaines configurations seulement (une pratique pouvant avoir un effet anticoncurrentiel) ;

– au plan procédural, c’est-à-dire ce qui constitue la matérialité du comportement interdit, dans la mesure où l’approche par les effets multiplie les possibilités de débat et renouvelle, ce faisant, la question de la charge de la preuve de la restriction de concurrence¹¹ ; et

– au plan politique, ces nouvelles notions doivent se lire conjointement à la revendication formulée par les autorités de concurrence de se voir reconnaître la possibilité de disposer d’une opportunité des poursuites.

7. L’objet de cet article – limité aux pratiques anticoncurrentielles¹² – est, d’une part, de resituer la notion “d’effet” et sa prise en compte, au niveau temporel, tant par les autorités de concurrence que les juridictions de contrôle dès l’origine du droit européen de la concurrence et cela jusqu’à sa “modernisation” (I.). Il se propose, d’autre part, de dresser un bilan de la tentative de renouvellement des concepts intervenue dans ce cadre, sans éluder le débat sur l’impact de cette nouvelle approche “économique” sur les difficultés du contrôle juridictionnel des décisions qui prétendent la mettre en œuvre (II.).

I. De l’origine du droit européen de la concurrence à sa “modernisation” : La prise en compte des effets

8. Le droit de la concurrence “ancien” a, depuis l’origine, pris en compte les effets de la pratique reprochée selon une logique contre-factuelle. Le droit de la concurrence va même plus loin qu’une simple norme de droit pénal en ce que le terme “effet” apparaît, depuis toujours, explicitement dans le texte d’incrimination, au moins pour ce qui concerne l’article 101 TFUE. La prise en compte des effets est ainsi une notion expresse dans le cadre de l’interdiction des ententes et inhérente à la notion même d’abus en matière de pratiques unilatérales (1.).

6 Conclusions de l’avocat général Nils Wahl présentées le 27 mars 2014 dans l’affaire C-67/13 P, *Groupement des cartes bancaires c/ Commission*, pt 62.

7 Tribunal de l’Union, 30 septembre 2003, *Michelin c/ Commission*, aff. T-203/01, pt 237.

8 *Ibid.*, pt 241.

9 Pour une étude d’ensemble du processus de modernisation du droit de la concurrence et de ses conséquences v., parmi une littérature abondante, L. Idot, *Le nouveau système communautaire de mise en œuvre des articles 81 et 82 CE*, Bruylant, 2004.

10 Pour un rappel de ce processus, v. not. D. M. B. Gerard, *The Effects-Based Approach Under Article 101 TFEU and its Paradoxes: Modernisation at War with Itself?*, disponible à l’adresse suivante : http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2117780.

11 V. not. A.-L. Sibony, E. Barbier de La Serre, *Charge de la preuve et théorie du contrôle en droit communautaire de la concurrence : pour un changement de perspective*, RTDE, avril-juin 2007, et J. Buhart et R. Maulin, *La preuve en matière de cartels : État des lieux et perspectives*, *Concurrences* n° 4-2011, pp. 51-64.

12 Le droit du contrôle des concentrations relève, quant à lui, d’une logique prospective aux fins d’autorisation ou d’interdiction avec un raisonnement probabiliste sur l’effet économique d’une opération à laquelle les parties ont la possibilité de renoncer. Il est dès lors difficile, dans ces conditions, de ne pas avoir recours à des approches quantitatives concernant les effets de l’opération pour encadrer le raisonnement de l’autorité de concurrence chargée de l’autoriser.

9. Les tenants d'une approche "plus économique" et moins "formaliste" apparaissent vouloir donner à la notion "d'effet" sur la concurrence un sens différent : désormais, l'effet n'entend plus concerner la concurrence entendue comme un processus idéal (voire idéal, mais cela dépasse le cadre du présent article), mais des variations quantitatives des paramètres mesurables de fonctionnement d'un marché (notamment le niveau des prix ou bien le surplus du producteur ou du consommateur) (2.).

1. La prise en compte des effets dès les arrêts fondateurs du droit européen de la concurrence

10. Approche contextuelle de la restriction de concurrence. Depuis l'origine du droit de la concurrence, les effets d'une pratique sont pris en compte soit au stade de la caractérisation de la restriction de concurrence (qui peut, selon les cas, se faire au regard de son objet ou de ses effets) soit, et en tout état de cause, au stade de l'examen des potentiels gains d'efficacité permettant de la justifier. Rappelons ainsi qu'une approche dite "réaliste" consistant à apprécier la restriction de concurrence, au cas par cas, dans son contexte économique a toujours été suivie par la Cour de justice¹³. Comme l'ont justement relevé certains commentateurs, "il existe une méthode commune de qualification de l'objet et de l'effet, la différence tenant au degré d'approfondissement"¹⁴.

1.1 En matière de pratiques collusives : Articles 101 TFUE et L. 420-1 du code de commerce

11. Ainsi, en matière d'entente, dès son arrêt *Consten et Grundig*, la Cour de justice a jugé que l'examen de la question de savoir si un contrat a un objet restrictif de concurrence ne pouvait être déconnecté du contexte économique et juridique au vu duquel les parties l'ont conclu¹⁵. Partant, lorsqu'ils sont confrontés à une potentielle restriction par objet, l'autorité de concurrence ou le juge doivent examiner si cette conclusion n'est pas remise en question au regard du contenu, des objectifs et du contexte économique et juridique dans lequel s'inscrit la pratique en cause. Cette méthodologie ne résulte aucunement du processus de modernisation¹⁶ ou de l'approche

économique, mais plus prosaïquement de la structure en deux temps du texte d'incrimination : à l'identification de la potentielle restriction de concurrence par objet ou par effet (art. 101, § 1 TFUE) succède l'analyse des éventuels gains d'efficacité et donc des effets positifs qu'elle peut éventuellement générer pour le marché ou les consommateurs (art. 101, § 3 TFUE)¹⁷.

12. Avec son arrêt fondateur *Société technique minière LTM c/ MBU*, le juge de l'Union européenne a imposé aux autorités de poursuite de ne pas adopter une approche purement conceptuelle de la restriction de concurrence en leur rappelant l'importance de la "prise en considération du contexte" dans lequel les pratiques en cause se déploient. Ainsi, dans les cas où la seule analyse des clauses ne révèle pas un degré suffisant de nocivité de la pratique en cause, il est nécessaire "d'examiner les effets de l'accord et, pour le frapper d'interdiction, d'exiger la réunion des éléments établissant que le jeu de la concurrence a été en fait, soit empêché, soit restreint ou faussé de façon sensible (...) le jeu de la concurrence dont [il] s'agit doit être entendu dans le cadre réel où il se produirait à défaut de l'accord litigieux"¹⁸.

13. La Cour de justice a donc, depuis l'origine, cherché à opérer une sorte de balancement entre le "jeu de la concurrence" et le contexte réel, ce que l'on retrouve de manière bien plus prononcée encore dans son arrêt *John Deere*. Dans cet arrêt concernant des pratiques d'échanges d'informations, la Cour de justice a jugé que "l'article 85 [devenu 101 TFUE] ne limite pas une telle appréciation aux seuls effets actuels mais celle-ci doit également tenir compte des effets potentiels de l'accord sur la concurrence dans le marché commun"¹⁹. Cette notion de potentialité d'effet(s), souvent utilisée par les autorités de concurrence et approuvée par leurs juridictions de contrôle, suscite un mouvement de réprobation de la part de praticiens en ce qu'elle semble élargir l'incrimination. C'est toutefois oublier que l'effet évoqué dans le texte d'incrimination est avant tout potentiel en ce qu'il se réfère à un processus abstrait de concurrence.

14. Ce balancement apparaît correspondre à la notion même de "concurrence libre et non faussée" que les traités européens²⁰ se donnent pour objectif de favoriser. Il ne s'agit ni de condamner un comportement au regard d'un modèle absolu de concurrence, ni de sanctionner uniquement les pratiques anticoncurrentielles dont il est avéré qu'elles ont été mises en œuvre "avec succès" et ont donc eu un impact sur le marché²¹.

13 L. Idot et B. van de Walle de Ghelcke, Le besoin de sécurité juridique : notifications et exemptions, *Cah. dr. eur.* 2001, pt 11, pp. 166-167.

14 Intervention de Catherine Prieto lors de la conférence organisée par la revue *Concurrences* sur le sujet suivant : La notion de "restriction de concurrence par objet" après l'arrêt *Cartes bancaires*, *Concurrences* n° 4-2014, p. 59. V. égal., P. van Cleynenbreugel, Article 101 TFEU and the EU Courts : Adapting Legal Form to the Realities of Modernization ? *Common Market Law Review*, 51, pp. 1381-1435, 2014, en particulier p. 1426 et s.

15 Conclusions de l'avocat général Nils Wahl présentées le 27 mars 2014 dans l'affaire C-67/13 P, *Groupement des cartes bancaires c/ Commission*, pt 41.

16 La Commission rappelle dans ses lignes directrices sur l'article 101, § 3 TFUE qu'"avant de pouvoir déterminer si une restriction donnée a pour objet de restreindre la concurrence, il peut s'avérer nécessaire d'examiner les faits sur lesquels repose l'accord ainsi que les circonstances spécifiques dans lesquelles il fonctionnera" (pt 22).

17 Cette logique en deux temps se retrouve également en droit français aux articles L. 420-1 (équivalent de l'art. 101, § 1 TFUE) et L. 420-4, 2° du code de commerce (équivalent de l'art. 101, § 3 TFUE).

18 CJUE, 30 juin 1966, *Société technique minière LTM c/ MBU*, aff. 56/65, pt 9.

19 CJUE, 28 mai 1998, *John Deere Ltd c/ Commission*, aff. C-7/95 P, pt 77.

20 Articles 119 et 120 TFUE et protocole n° 27 sur le marché intérieur et la concurrence.

21 Sur ce point, v. not. le pt 64 des conclusions présentées par l'avocat général Pedro Cruz Villalón dans l'affaire *Allianz Hungaria* le 25 octobre 2012, aff. C-32/11.

1.2 En matière de pratiques unilatérales : Articles 102 TFUE et L. 420-2 du code de commerce

15. En matière d'abus de position dominante, la notion d'effet n'apparaît pas dans le libellé de la norme²². La qualification d'abus ne suppose pas, au préalable, d'appréciation subjective de l'intention poursuivie par l'entreprise dominante. On attend de l'entreprise dominante que, confrontée à une situation dans laquelle elle peut identifier une option de comportement, elle ne recoure pas au comportement qui aggrave le fonctionnement de concurrence alors qu'elle pouvait en faire l'économie. Le comportement ne devient inacceptable (et donc abusif) que dans la mesure où ses effets entretiennent, prolongent ou amplifient la situation de concurrence déjà réduite que manifeste la position dominante qu'elle détient.

16. L'effet seul du comportement critiqué ne peut d'ailleurs suffire à entrer en voie de condamnation puisque la Cour de Justice fait référence, depuis son arrêt *Hoffmann-La Roche*, au *“recours à des moyens différents de ceux qui gouvernent une compétition normale des produits ou services sur la base de prestations des opérateurs économiques”*²³. Une entreprise dominante peut légalement se livrer à des pratiques qui relèvent de cette définition, même s'il en résulte que l'effet de ses comportements sur ses concurrents est qu'ils sont amenés à quitter le marché, ou qu'ils sont découragés d'y entrer ou de s'y développer²⁴. Cela a d'ailleurs été rappelé encore récemment par la Cour de justice dans l'arrêt *Post Danmark* : *“par définition la concurrence par les mérites peut conduire à la disparition du marché ou à la marginalisation des concurrents moins efficaces et donc moins intéressants pour les consommateurs du point de vue notamment des prix, du choix, de la qualité ou de l'innovation”*²⁵.

17. Ainsi, même si l'article 102 TFUE ne fait pas formellement référence à la notion d'effet sur la concurrence, celle-ci est inhérente au concept même d'abus. Pour autant, et contrairement à la phrase qui revient comme une antienne pour les contempteurs de cette approche classique, protéger la possibilité d'une concurrence n'a pas pour effet nécessaire de protéger des concurrents au détriment de la concurrence. L'effet incriminé en matière d'abus de position dominante prend davantage comme point focal le principe d'égalité des chances²⁶ dans la

concurrence : tout opérateur économique doit pouvoir se prévaloir de ce principe et en faire sanctionner le non-respect. Toute entreprise – et donc également l'entreprise dominante – a droit à la protection de son droit d'entreprendre librement sur le marché. C'est au marché et au consommateur d'évincer les entreprises moins efficaces et non à l'entreprise dominante de prétendre hâter un “nettoyage” qu'elle perçoit comme inéluctable.

18. L'approche classique en matière d'application de l'article 102 TFUE a ainsi toujours intégré une prise en compte des effets sur la concurrence avec une perspective qui s'est différenciée de celle suivie en matière d'article 101 TFUE. À mesure que l'article 101 TFUE s'intéresse davantage aux pratiques horizontales qu'aux pratiques verticales²⁷, les effets auxquels il s'attache sont tous ceux qui visent à affecter les paramètres théoriques de fonctionnement d'un marché (prix, innovation, quantité) et moins l'égalité des chances. Symétriquement, à mesure que l'article 102 TFUE ne s'intéresse plus aux pratiques d'exploitation mais seulement aux pratiques d'éviction, il vise plus directement tous les effets des comportements qui manifestent une atteinte au principe d'égalité des chances dans une situation où la concurrence est déjà réduite.

2. L'introduction progressive d'une approche dite “plus économique” et “moins formaliste” de la restriction de concurrence

19. L'approche formaliste a été sévèrement critiquée au motif qu'elle conduisait à protéger les concurrents au lieu de protéger la concurrence. En effet, il a été considéré que le droit de la concurrence manquait de fondements économiques scientifiques et qu'il pouvait, ce faisant, conduire à sanctionner des comportements bénéfiques aux consommateurs.

20. **Querelle entre les “Anciens” et les “Modernes”**²⁸. L'on reprochait à l'approche formaliste d'être imperméable aux enseignements d'une “science économique” (le terme fait son apparition en jurisprudence²⁹) qui, au cas par cas, permettrait de déterminer ce qui bénéficie au consommateur et ce qui porte atteinte à son surplus. Selon les “Modernes”, le droit de la concurrence ancien ne serait ainsi que l'avatar d'un droit quasi corporatiste

22 On notera toutefois qu'en droit interne, l'article L. 420-2 du code de commerce interdit les abus de domination “dans les conditions prévues à l'article L. 420-1”, ce qui pourrait se comprendre comme renvoyant à la distinction propre à l'article L. 420-1 du même code entre, d'une part, les pratiques ayant un objet et, d'autre part, celles ayant un effet anticoncurrentiel.

23 CJUE, 13 février 1979, *Hoffmann-La Roche & Co. AG c/ Commission*, aff. 85/76, pt 91.

24 OCDE, Synthèses : Qu'est-ce que la concurrence par les mérites ? (octobre 2006) p. 1, disponible à l'adresse suivante : <http://www.oecd.org/fr/concurrence/fusions/37503683.pdf>.

25 CJUE, 27 mars 2012, *Post Danmark*, aff. C-209/10, pt 22.

26 B. Vesterdorf, Considérations sur la notion de “concurrence par les mérites”, intervention devant la Cour de cassation, p. 5, disponible à l'adresse suivante : http://www.courdecassation.fr/colloques_activites_formation_4/2005_2033/intervention_m_bo_vesterdorf_8008.html.

27 Cela se manifeste assez clairement dans la nouvelle approche en matière de restrictions verticales qui s'est éloignée de la protection des distributeurs en tant que tels.

28 Une période plus économique davantage orientée vers la prise en compte des effets concrets de la pratique en cause. Lors de la première période, les règles étaient “simples” : certaines clauses étaient légales ou non, et l'impact économique réel des restrictions n'était pris en compte que de façon tout à fait marginale. La seule prise en compte de l'impact économique concret d'une pratique se faisait au travers de la communication *de minimis* excluant du champ de l'interdiction les restrictions adoptées par des opérateurs “trop petits” pour qu'il soit possible de présumer une quelconque nocivité de leurs pratiques sur le marché.

29 V. en particulier l'affaire *Groupement Cartes Bancaires*, conclusions de l'avocat général Nils Wahl présentées le 27 mars 2014 dans l'aff. C-67/13 P, pt 56.

visant à la protection d'entreprises qui, en l'absence de ce corpus de règles, auraient disparu. Cette approche, par catégorie, aboutirait à traiter de la même manière des pratiques qui seraient qualifiées de "néfastes" ou favorables qu'en fonction de l'appréciation de leurs effets dans le contexte précis dans lequel elles s'expriment³⁰.

21. Notons, sur un ton plus polémique, que certains auteurs autorisés ont pu s'interroger sur les raisons expliquant qu'une approche plus économique recueille un tel soutien auprès des praticiens du droit de la concurrence, qu'ils soient juristes ou économistes. Selon eux, ce ralliement généralisé s'expliquerait par le fait qu'une approche plus économique de la restriction de concurrence servirait les intérêts de puissants acteurs économiques, en l'occurrence les opérateurs en situation de position dominante et les économistes spécialisés en droit de la concurrence³¹.

22. À compter de la fin des années 1990, une approche plus économique a irradié progressivement – avec un certain succès – toutes les branches du droit de la concurrence, à savoir l'interdiction des ententes anticoncurrentielles (en particulier verticales), le contrôle des pratiques unilatérales et le contrôle des concentrations³², dans lequel l'intervention des trois fameux arrêts d'annulation allait donner une forme de caution judiciaire à la critique³³.

23. Le discours a été repris par la Commission, qui a alors proposé une réflexion en vue de la mise en œuvre d'une approche dite "plus économique", entendue comme "plus scientifique" et accessoirement plus décentralisée. D'un point de vue procédural, cette évolution a abouti, en 1999, au livre blanc dont est issu le règlement 1/2003 mais également plusieurs règlements d'exemption par catégorie dits "de nouvelle génération"³⁴ complétés par différents textes de soft law ainsi qu'à la création, en 2003, du service du Chief Economist³⁵.

30 Le débat se fait dans le cadre du procès (certes contradictoire).

31 Wouter P. J. Wils, The Judgement of the EU General Court in Intel and the So-Called 'More Economic Approach' To Abuse of Dominance, section intitulée "The objective of Article 102 TFEU", pp. 31-32, disponible à l'adresse suivante : http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2498407.

32 Le premier règlement mettant en œuvre le contrôle des concentrations avait en effet adopté une approche assez ordo-libérale faisant jouer à la notion de création ou renforcement d'une position dominante un rôle central.

33 Tribunal de l'Union, 6 juin 2002, *Airtours Plc c/ Commission*, aff. T-342/99 ; du 22 octobre 2002, *Schneider Electric c/ Commission*, affaire T-310/01 et du 25 octobre 2002, *Tetra Laval BV c/ Commission*, aff. T-5/02. V. not., parmi une littérature abondante, les articles suivants : A. Nikpay and F. Houwen, *Tour de Force or a Little Local Turbulence? A Heretical View on the Airtours Judgement*, *ELCR*, 2003, issue 5, pp. 193-202, E. Barbier de La Serre et J. Peyre, *Le contrôle du juge communautaire sur les décisions d'incompatibilité en matière de contrôle des concentrations : quelques perspectives ouvertes par les arrêts Schneider et Tetra Laval*, *JCP* 2003, *Cah. dr. entr.* n° 3, pp. 1-8, J.-M. Thouvenin, *Après l'arrêt Airtours, trois nouveaux avertissements à la Commission*, *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, n° 464, janvier 2003, pp. 12-20, et J.-M. Thouvenin, *L'arrêt Airtours du 6 juin 2002 : l'irruption du juge dans le contrôle des concentrations entre les entreprises*, *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, n° 460, juillet-août 2002, pp. 482-485.

34 Le premier en date étant le règlement 2790/1999 de la Commission du 22 décembre 1999 sur les accords verticaux.

35 Pour une présentation d'ensemble du rôle du Chief Economist, v. l'article de L.-H. Röller et P.A. Buigues, *The Office of the Chief Competition Economist at the European Commission*, disponible à l'adresse suivante : http://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/officechiefecon_cc.pdf.

24. Changement de paradigme idéologique. L'approche par les effets met au second plan la question de la concurrence comme processus³⁶ pour ne s'intéresser à elle qu'en tant que résultat mesurable essentiellement en termes de baisse de prix. Dans cette nouvelle perspective, l'intervention d'une autorité de concurrence n'apparaît plus justifiée que lorsqu'il apparaît possible de démontrer que la pratique a effectivement eu un impact sur les prix ou la qualité des produits. Au prétexte de vouloir améliorer la qualité de leur pratique décisionnelle, les autorités de concurrence déclarent vouloir s'engager dans une véritable traque des "erreurs de type I", c'est-à-dire l'interdiction de pratiques ou structures de marché qui contribuent à l'efficacité économique (ou faux positifs) et des "erreurs de type II", c'est-à-dire l'autorisation de pratiques ou structures de marché qui, à l'inverse, portent atteinte à l'efficacité économique³⁷.

25. On assiste ainsi à une sorte de renversement de la charge de la preuve puisque le droit de la concurrence est en quelque sorte sommé, à tout moment, de justifier que son respect aurait permis une augmentation du surplus du consommateur. À défaut, les règles qu'il prétend promouvoir sont écartées : la règle n'existe plus que lorsque sa violation produit des effets mesurables. Les objectifs originels de la construction européenne³⁸ sont ainsi oubliés au profit d'une approche ne sanctionnant une pratique unilatérale ou collusive uniquement lorsqu'elle est susceptible de réduire, au cas d'espèce, le surplus du consommateur³⁹ et donc atteindre une certaine magnitude.

26. En mettant l'accent sur le surplus du consommateur (mais le résultat est le même si l'on évoque le surplus total), ce que remettent en cause les "Modernes" est également en réalité la continuation de la poursuite des objectifs de création ou d'intégration d'un espace économique européen intégré⁴⁰, dans lequel serait garantie l'égalité des chances dans la concurrence, c'est-à-dire

36 V. sur ce point W. P. J. Wils, The Judgement of the EU General Court in Intel and the So-Called 'More Economic Approach' to Abuse of Dominance, section intitulée "The objective of Article 102 TFEU", pp. 15-16, disponible à l'adresse suivante : http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2498407.

37 N. Petit, *Les stratégies juridiques en droit des coordinations entre entreprises – Une approche scénarisée*, p. 4, disponible à l'adresse suivante : <http://www.coleurop.be/content/gclc/documents/GCLC%20WP%2001-09%20Les%20strat%C3%A9gies%20juridiques%20en%20droit%20des%20coordinations%20entre%20entreprises.pdf>

38 Rappelons que le juge de l'Union européenne a, dès l'arrêt *Continental Can* du 21 février 1973, jugé que "l'article 86 relève du chapitre consacré aux règles communes définissant la politique de la communauté dans le domaine de la concurrence, que cette politique découle de l'article 3, lettre F) du traité, prévoyant que l'action de la Communauté comporte l'établissement d'un régime assurant que la concurrence n'est pas faussée dans le marché commun" (pt 23).

39 Commission, *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*, *JOUE* du 24 février 2009, n° C. 45/7, pt 5 : "En appliquant l'article 102 aux pratiques d'éviction des entreprises en position dominante, la Commission visera en particulier celles qui sont les plus préjudiciables aux consommateurs (...). La Commission va donc orienter son action en veillant à ce que les marchés fonctionnent convenablement et à ce que les consommateurs profitent de l'efficacité et de la productivité résultant d'une concurrence effective entre les entreprises".

40 H. Calvet, *Commerce parallèle et droit européen : la fin d'un dogme?* *RLC*, 2007, n° 10, pp. 138-140.

la possibilité effective d'entrée et de sortie du marché à des conditions égales. Les instruments de *soft law*, et en particulier les orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 102 TFUE aux pratiques d'éviction abusives⁴¹ ("Communication article 102"), ont fourni un vecteur de propagation de ce nouveau paradigme idéologique.

27. Nature de la Communication article 102 – la définition de simples "priorités d'application". La communication de la Commission sur les priorités d'application de l'article 102 avait pour objectif d'introduire une approche plus économique des effets d'exclusion⁴². La Commission, anticipant très certainement que la Cour de justice pourrait lui reprocher d'avoir procédé à une véritable redéfinition du champ de l'article 102 TFUE⁴³ et donc d'être allée plus loin qu'une simple communication interprétative⁴⁴, s'est contentée d'élaborer de simples "priorités d'application" et avance que son document "ne vise pas à établir le droit applicable"⁴⁵. À l'occasion de la publication du projet, la commissaire Neelie Kroes le décrivait pourtant de la façon suivante : "[l]e document donne des orientations en définissant une approche visant à s'attaquer aux abus de position dominante"⁴⁶.

28. Relevons que la possibilité pour une autorité de concurrence de déterminer certaines priorités d'application devrait susciter un questionnement, sauf si cela ne concernait que l'exercice par la Commission de son pouvoir de saisine *ex officio*. Certes, dès 1992, l'arrêt *Automec II* l'a admis en faisant référence à l'"intérêt communautaire suffisant" et à la "définition de priorités, dans le cadre établi par la loi, lorsque de telles priorités

n'ont pas été définies par le législateur"⁴⁷, mais l'arrêt relève d'une approche au cas par cas. La Cour a d'ailleurs précisé dans son arrêt *Ufex* que "[l]a Commission ne peut, lorsqu'elle arrête des ordres de priorité dans le traitement des plaintes dont elle est saisie, considérer comme exclues a priori de son champ d'action certaines situations qui relèvent de la mission qui lui est impartie par le Traité"⁴⁸. La généralisation d'une certaine forme d'opportunité des poursuites sans contrôle politique doit nécessairement interroger surtout si elle devait déborder du niveau de l'Union pour être reprise par les autorités nationales de concurrence⁴⁹.

29. Cette communication conduit en effet nécessairement à une certaine forme de redéfinition du champ de l'article 102 TFUE. Or, seuls le législateur européen ou encore les juridictions européennes sont habilités à faire évoluer le contenu normatif des règles du TFUE et en particulier son article 102.

30. Ainsi que l'indiquait l'avocat général Kokott dans ses conclusions sous l'affaire *British Airways*, "la manière dont la Commission envisage à l'avenir sa politique de la concurrence concernant l'article 82 CE est au demeurant sans importance. En effet, d'une part, d'éventuelles nouvelles orientations dans l'application de l'article 82 CE ne peuvent revêtir une importance que pour les décisions futures, mais pas pour l'appréciation juridique d'une décision déjà adoptée. D'autre part, même en cas de modification de sa pratique administrative, la Commission devrait continuer à agir dans le cadre que lui fixe l'article 82 CE tel qu'il est interprété par la Cour".

31. Quant à son contenu, cette communication prend la forme d'un rappel de jurisprudence au milieu de l'énonciation d'une myriade de paramètres devant ou pouvant être pris en compte sans tentative bien claire de hiérarchisation. En raison de son manque de clarté, elle favorise le recours à des procédures négociées et plus particulièrement à des procédures d'engagements

41 Commission, 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, OJ C 45, 24.2.2009, pp. 7-20.

42 Le communiqué de presse accompagnant sa publication est clair sur ce point : "[l]e document d'orientation définit une approche économique, fondée sur les effets, des pratiques d'exclusion conformément à la législation communautaire en matière d'ententes" (Commission, communiqué IP/08/1877 du 3 décembre 2008).

43 Sur ce point, il n'est pas inutile de relever, à titre contextuel, que dans le cadre des lignes directrices concernant l'application de l'article 81, § 3 CE, la Commission avait procédé à une relecture totale de l'article 81 CE, ces dernières contenant des développements substantiels sur l'article 81, § 1 dans la première partie. Pour une analyse plus approfondie sur ce point, v. L. Idot, La qualification de la restriction de concurrence : À propos des lignes directrices de la Commission concernant l'application de l'article 81, § 3 CE, en particulier le pt 4, disponible à l'adresse suivante: http://www.courdecassation.fr/colloques_activites_formation_4/2004_2034/acceder_texte_conference_8172.html#.

44 Pour une analyse approfondie de la question du risque d'empiètement des actes de *soft law* adoptés par les autorités administratives indépendantes sur le domaine de la loi ou du règlement, v. not. le rapport d'information n° 2925 de l'Assemblée nationale en date du 28 octobre 2010, Les autorités administratives indépendantes : pour une indépendance sous la garantie du Parlement, disponible à l'adresse suivante : <http://www.assemblee-nationale.fr/13/rap-info/i2925-ti.asp>. V. égal., E. Claudel, Le communiqué sur la méthode de détermination des sanctions pécuniaires validé sans réserve par la cour d'appel de Paris ou la *soft law* en roue libre, *RTD com.* 2014, p. 78.

45 Pour une analyse sur ce point v. not., N. Petit, Intel, Leveraging Rebates and the Goals of Article 102 TFEU, 20 mai 2015, disponible à l'adresse suivante: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2567628, pp. 17-19.

46 Commission, communiqué IP/08/1877 du 3 décembre 2008, disponible à l'adresse suivante : http://europa.eu/rapid/press-release_IP-08-1877_fr.htm?locale=fr.

47 Tribunal de l'Union, 18 septembre 1992, *Automec Srl c/ Commission (Automec II)*, aff. T-24/90, pt 77. À noter qu'en droit interne l'Autorité considère qu'elle "n'est appelée à intervenir, pour l'essentiel, que si le fonctionnement d'un marché est troublé en raison d'une déviation effective ou potentielle du processus de la concurrence", Conseil de la concurrence, Rapport annuel 1987, introduction, p. III.

48 CJUE, 4 mars 1999, *Ufex*, aff. C-119/97 P, pt 92. V. sur ce point, D. J. Calligan, *Discretionary Powers: A Legal Study of Official Discretion*, Oxford University Press, 1986, pp. 281-284.

49 La nature très particulière de la Commission en tant qu'organe mi-politique, mi-juridique peut permettre de le tolérer. Il en va en revanche différemment au niveau national, où la définition d'une politique de concurrence doit relever nécessairement de l'exécutif sous le contrôle du Parlement et non d'une autorité administrative indépendante. Sur ce point, relevons que, dans son étude annuelle 2013 consacrée au "droit souple", le Conseil d'État considère que le développement du droit souple "marquerait une dégradation des qualités attendues du droit, telles que la clarté et la sécurité juridique" et qu'"[i]l ouvrirait la voie à un contournement des institutions démocratiques" (p. 47), disponible à l'adresse suivante : <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/144000280/0000.pdf>. Pour un aperçu de cette étude annuelle particulièrement dense, v. not. H. Pauliat, La consécration du droit souple : insuffisance des règles normatives, renforcement de la qualité du droit ? *Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales*, n° 48, 25 novembre 2013, act. 912.

permettant prétendument de résoudre “rapidement”⁵⁰ des “préoccupations de concurrence”, et, partant, de se dispenser d’une véritable analyse dans les termes de cette communication⁵¹.

II. Nouvelle approche par les effets: Le devoir d’inventaire

32. Cette tentative de redessiner les interdictions en matière de pratiques unilatérales n’aura finalement donné lieu qu’à la Communication article 102, dont l’approche économique sous-jacente ne semble d’ailleurs pas avoir été pleinement reçue par la jurisprudence (1.), alors que, dans le même temps, l’on constate un véritable engouement pour la notion d’objet anticoncurrentiel dépassant le cadre de l’article 102 TFUE qui semble témoigner d’une difficulté importante, voire peut être même, d’une impossibilité de mettre en œuvre une approche par les effets au plan juridictionnel (2.).

1. Une réception très réservée de l’approche par les effets en droit positif

33. La réception de l’approche par les effets en jurisprudence est nécessairement contrastée. Certes les concepts et les tests évoluent en prenant en compte, le cas échéant, des approches économiques nouvelles. Pour autant, la mise en œuvre d’une approche en fonction des effets “concrets” se heurte à des obstacles juridiques et politiques manifestes.

34. On peut mesurer les résistances à cette approche par l’absence de consécration de la protection du surplus du consommateur comme point focal du droit de la concurrence et par le fait qu’à ce jour aucun arrêt n’évoque ou ne définit ce qu’il faut entendre par *theory of harm*. En revanche, la pénétration de la notion de “concurrent hypothétique aussi efficace” comme test encadrant l’appréciation des effets d’éviction de la pratique d’un opérateur dominant montre que, sans renoncer à la définition d’un standard abstrait, le droit de la concurrence peut s’adapter à l’évolution de la réflexion économique.

50 Aut. conc., communiqué de procédure du 2 mars 2009 relatif aux engagements en matière de concurrence, pt 9, disponible à l’adresse suivante : http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/standard.php?id_rub=260&id_article=911.

51 V. not. D. Bosco, Le choc des modernisations du droit de la concurrence, *Contrats, conc., consom.*, n° 10, octobre 2012, repère 9.

1.1 En droit de l’Union européenne

35. **L’atteinte au surplus du consommateur.** Dans l’affaire *GlaxoSmithKline*, la Cour de justice a précisément censuré le Tribunal de l’Union pour avoir jugé que “l’objectif assigné à l’article 81, paragraphe 1, CE est d’éviter que des entreprises, en restreignant la concurrence entre elles ou avec des tiers, réduisent le bien-être du consommateur final”⁵². La Cour de justice a, quant à elle, rappelé que “l’article 81 CE vise, à l’instar des autres règles de concurrence énoncées dans le traité, à protéger non pas uniquement les intérêts des concurrents ou des consommateurs, mais la structure du marché et, ce faisant, la concurrence en tant que telle”⁵³.

36. Plus récemment, la Cour de justice a confirmé que la protection du surplus du consommateur ne constituait pas le point focal de l’application du droit de la concurrence mais seulement l’un de ses objectifs⁵⁴ en jugeant que “[les règles de concurrence] ont précisément pour objectif d’éviter que la concurrence ne soit faussée au détriment de l’intérêt général, des entreprises individuelles et des consommateurs, contribuant ainsi au bien-être dans l’Union”⁵⁵. De même, dans ses conclusions dans l’affaire *Post Danmark*, l’avocat général Mengozzi rappelle que “l’article 82 CE vis[e] non seulement les pratiques susceptibles de causer un préjudice immédiat aux consommateurs, mais également celles qui leur causent préjudice en portant atteinte à une structure de concurrence effective”⁵⁶.

37. Il ressort de cette jurisprudence que le surplus des consommateurs n’apparaît pas être retenu comme participant de la qualification d’une infraction. Il n’est en effet pas nécessaire de démontrer qu’un comportement y a porté atteinte pour qu’il soit prohibé sur le fondement des articles 101 et 102 TFUE.

38. **La démonstration d’une *theory of harm*.** Les difficultés auxquelles sont confrontées les autorités de concurrence sont si manifestes que la Commission, dans sa décision *Intel* – qui constitue à ce jour un record d’amende imposée à une entreprise dominante –, n’a par exemple consacré que quelques paragraphes à l’examen de la notion pourtant fondamentale de *theory of harm*.

39. De même, dans un arrêt *Tomra Systems* du 19 avril 2012, la Cour de justice a jugé qu’en présence d’un mécanisme de remises de fidélité “qui permet à un fournisseur d’évincer ses concurrents en aspirant à son profit la partie disputable de la demande”, il n’est pas nécessaire pour qualifier l’abus “de procéder à une analyse des effets concrets des rabais sur la concurrence étant donné (...) qu’il suffit de démontrer que le comportement en cause est susceptible d’avoir un tel effet”⁵⁷.

52 Tribunal de l’Union, 27 septembre 2006, *GlaxoSmithKline*, aff. T-168/01, pt 118.

53 CJUE, 6 octobre 2009, *GlaxoSmithKline*, aff. C-501/06 P, pt 63.

54 Relevons toutefois que, en matière de pratiques unilatérales, l’article 102 TFUE fait une référence explicite aux consommateurs à son b), qui dispose que : “[c]es pratiques abusives peuvent notamment consister à : b) limiter la production, les débouchés ou le développement technique au préjudice des consommateurs”.

55 CJUE, 17 février 2011, *TeliaSonera*, aff. C-52/09, pt 22.

56 Conclusions de l’avocat général Mengozzi présentées le 24 mai 2011 dans l’affaire C-209/10, *Post Danmark A/S c/ Konkurrenceådet*, pt 55.

57 CJUE, 19 avril 2012, *Tomra Systems c/ Commission*, aff. C-549/10 P, pt 79.

40. Certes l'arrêt *Post Danmark*, rendu en grande chambre, témoigne selon une partie de la doctrine d'une certaine "allégeance à la modernisation"⁵⁸ et pourrait ainsi constituer la première prise de position de la Cour de justice – donc tout de même plus de dix ans après la mise en œuvre du processus de modernisation – en faveur d'une approche plus orientée vers les effets. D'autres commentateurs se sont en revanche montrés plus circonspects quant à la réelle portée de cet arrêt. Daniel Dittert, actuellement référendaire à la CJUE, indique, au sujet de l'arrêt *Post Danmark* : "[s]i la Cour saisit l'occasion de cette affaire pour affiner certains détails de sa jurisprudence en la matière (en particulier les exigences pesant sur l'entreprise dominante lorsqu'elle souhaite prévaloir d'éventuels gains d'efficacité), son arrêt *Post Danmark* ne saurait être considéré comme un glissement vers une approche nouvelle, prétendument plus économique"⁵⁹.

41. L'affaire *Intel* (toujours pendante) offre également un éclairage intéressant puisque l'examen de la *theory of harm* a été au cœur du recours formé devant le Tribunal de l'Union contre la décision de la Commission. Dans son recours contre la décision de sanction, Intel faisait valoir que l'approche adoptée par la Commission dans cette décision – dont la Commission considérait elle-même, rappelons-le, qu'elle était "en ligne avec les orientations formulées dans sa communication article 102" – contrevient aux orientations qu'elle s'était elle-même fixées dans sa Communication article 102. Le Tribunal de l'Union, souhaitant visiblement éviter une analyse quant à la valeur de cette communication et son application en l'espèce, s'est pour sa part contenté d'indiquer que "[l]es orientations article 82 visant à déterminer les priorités dans le choix des cas sur lesquels la Commission se concentrera dans le futur, elles n'ont pas vocation à s'appliquer à une procédure que la Commission avait déjà ouverte avant leur publication"⁶⁰. Pour le Tribunal de l'Union, "[l]e fait que la Commission donne des indications sur les priorités qui guideront son action dans le futur ne saurait l'obliger à reconsidérer la question de savoir si elle traite comme prioritaire une affaire qu'elle avait déjà

décidé de traiter comme prioritaire et dont, en plus, le traitement se trouve à un stade avancé"⁶¹ et "[i]l n'est donc pas nécessaire d'examiner la question de savoir si la décision attaquée est conforme aux orientations article 82"⁶².

42. Du reste, l'arrêt *Intel* n'offre malheureusement que peu d'éclairages sur ces points. Le Tribunal de l'Union écarte sèchement l'argumentation d'Intel en jugeant que "[l]a qualification d'abusif d'un rabais d'exclusivité ne dépend pas d'une analyse des circonstances de l'espèce visant à établir un effet potentiel d'éviction"⁶³ et que "[c]ette approche se justifie par le fait que les rabais d'exclusivité accordés par une entreprise en position dominante ont par leur nature même la capacité de restreindre la concurrence"⁶⁴. Le Tribunal de l'Union précise encore que "[c]'est uniquement dans le cas des rabais relevant de la troisième catégorie⁶⁵ qu'il est nécessaire d'apprécier l'ensemble des circonstances"⁶⁶. Plus surprenant encore, l'arrêt *Intel* rapporte que "[p]endant l'audition, la Commission a précisé à Intel, qui l'a bien compris, que l'appréciation économique n'était pas une condition indispensable à la constatation d'un abus"⁶⁷.

43. De la même façon, les conclusions de l'avocat général Ján Mázak dans *AstraZeneca*⁶⁸ sont révélatrices d'un certain malaise. Selon lui, "la mesure dans laquelle l'effet anticoncurrentiel doit être démontré est largement controversée et est d'une importance capitale en vue d'une mise en œuvre appropriée et en temps utile de l'article 102 TFUE"⁶⁹. Conscient de l'absence de tests pouvant facilement être mis en œuvre dans le cadre d'un contrôle de légalité (et non pas seulement d'un contrôle d'opportunité), l'avocat général recommande une "voie médiane" entre, d'une part, un standard de preuve trop élevé qui pourrait avoir pour conséquence qu'une pratique anticoncurrentielle préjudiciable ne soit pas sanctionnée et, d'autre part, un standard trop bas, dans le cadre duquel une concurrence "agressive" mais néanmoins fondée sur les mérites pourrait constituer une pratique abusive⁷⁰. Nous laisserons aux autorités de concurrence le soin d'interpréter cette recommandation et de trouver la façon la plus adéquate de lui donner corps...

58 V. commentaire d'Anne-Lise Sibony, chronique Pratiques unilatérales, *Concurrences* n° 2-2012, pp. 64-68.

59 D. Dittert, Abus de position dominante : vers une approche plus "économique", *RAE*, 2012/1, p. 205.

60 Trib. UE, 12 juin 2014, *Intel Corp. c/ Commission*, aff. T-286/09, pt 155. Pour un commentaire de cet arrêt, v. not., parmi une littérature abondante, R. Maulin, Arrêt Intel en matière d'abus de position dominante : beaucoup de bruit pour rien ? *AJCA*, n° 7, octobre 2014, pp. 276-278 ; W. P. J. Wils, The Judgement of the EU General Court in Intel and the So-Called 'More Economic Approach' to Abuse of Dominance, disponible à l'adresse suivante : http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2498407 ; L. 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, *Concurrences* n° 1-2015, pp. 43-63 ; H. Zenger, Intel and the future of Article 102 - EU Competition Case Law Digest, Rebates and Competition Law : An Overview of EU and National Law, disponible à l'adresse suivante : http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2429138 ; R. Whish, Intel v Commission: Keep Calm and Carry on! *Journal of European Competition Law & Practice*, 2015, 6(1), pp. 1-2 ; A. Wachsmann, N. Zacharie, Rabais de fidélité : Le Tribunal de l'Union européenne confirme la décision de la Commission européenne tout en réaffirmant clairement le caractère anticoncurrentiel par nature ou par objet des rabais attribués en contrepartie d'une exclusivité et des rémunérations destinées à retarder l'arrivée sur le marché d'un concurrent (*Intel / Commission*), *Concurrences* n° 3-2014, pp. 91-95, et L. Idot, Regards sur l'arrêt Intel. Confirmations ou évolution ? *Europe*, 2014, étude 7, pp. 5-11.

61 Trib. UE, 12 juin 2014, *Intel Corp. c/ Commission*, aff. T-286/09, pt 156.

62 *Ibid.*, pt 157.

63 *Ibid.*, pt 80.

64 *Ibid.*, pt 80.

65 Selon le Tribunal de l'Union, un "rabais de troisième catégorie" est un rabais pour lequel l'octroi d'une incitation financière n'est pas directement lié à une condition d'approvisionnement exclusif ou quasi exclusif auprès de l'entreprise dominante, mais où le mécanisme de l'octroi du rabais peut aussi revêtir un effet fidélisant.

66 *Ibid.*, pt 84.

67 Trib. UE, 12 juin 2014, *Intel Corp. c/ Commission*, aff. T-286/09, pt 162.

68 Conclusions de l'avocat général Ján Mázak, présentées le 15 mai 2012 dans l'affaire C-457/10 P, *AstraZeneca AB et AstraZeneca plc c/ Commission*.

69 *Ibid.*, pt 62.

70 *Ibid.*, pt 62.

44. Il n'est toutefois pas certain que ces dernières trouvent des indications claires sur ce point dans l'arrêt *AstraZeneca* puisque, selon la Cour, "si la pratique d'une entreprise en position dominante ne saurait être qualifiée d'abusives en l'absence du moindre effet anticoncurrentiel sur le marché, il n'est en revanche pas requis qu'un tel effet soit nécessairement concret, étant suffisante la démonstration d'un effet anticoncurrentiel potentiel"⁷¹. Or, on sait que, dans cette affaire, pour certaines juridictions dans lesquelles les offices de brevets n'avaient pas délivré les certificats complémentaires de protection (CCP), l'effet anticoncurrentiel des déclarations trompeuses d'AstraZeneca était difficile, voire impossible, à établir. La Cour de justice estime que "le fait que cette stratégie a été infructueuse dans certains pays (...) ne prive pas le comportement de AZ (...) de son caractère abusif"⁷². Certains commentateurs ont ainsi considéré qu'il était permis de se demander si cet arrêt "[n]'illustre[ait] pas les limites du recours à l'appréciation des effets dans la caractérisation d'un abus de position dominante (...) [p]our caricaturer, il y aurait abus dès lors qu'est démontrée une tentative suffisamment sérieuse pour éventuellement provoquer un résultat restrictif de concurrence sur un marché sur lequel l'entreprise peut ne plus être en position dominante, peu importe que celle-ci n'ait pas été concrétisée"⁷³.

45. L'arrêt récemment rendu par la Cour de justice dans l'affaire *GIE Cartes Bancaires* mérite également que l'on s'y intéresse. Cet arrêt, déjà abondamment commenté⁷⁴, semble vouloir mettre un coup d'arrêt au recours excessif à la notion de restriction par objet⁷⁵, tendance à laquelle le Tribunal de l'Union a d'ailleurs pu s'associer en particulier dans cette affaire. La Cour de justice stigmatise, et cela donne assurément le ton de l'arrêt, un "défaut général d'analyse" et "une absence d'examen complet et approfondi des arguments des requérants"⁷⁶. Selon la Cour,

71 CJUE, 6 décembre 2012, *AstraZeneca c/ Commission*, aff. C-457/10 P, pt 112.

72 *Ibid.*, pt 111.

73 E. Diény, Arrêt *AstraZeneca* : un pas trop loin dans la prise en compte des effets des abus de position dominante, *JCP E*, n° 3, 17 janvier 2013, 1036.

74 Parmi une littérature abondante, v. not. R. Maulin, Arrêt Intel en matière d'abus de position dominante : beaucoup de bruit pour rien ? *AJCA*, n° 7, octobre 2014, pp. 276-278 ; W. P. J. Wils, The Judgement of the EU General Court in Intel and the So-Called 'More Economic Approach' to Abuse of Dominance, disponible à l'adresse suivante : http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2498407 ; L. 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, *Concurrences* n° 1-2015, pp. 43-63 ; H. Zenger, Intel and the future of Article 102 - EU Competition Case Law Digest, Rebates and Competition Law : An Overview of EU and National Law, disponible à l'adresse suivante : http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2429138 ; R. Whish, Intel v Commission: Keep Calm and Carry on! *Journal of European Competition Law & Practice*, 2015, 6(1), pp. 1-2 ; A. Wachsmann, N. Zacharie, *Concurrences* n° 3-2014, pp. 91-95, et L. Idot, Regards sur l'arrêt Intel. Confirmations ou évolution ? *Europe*, 2014, étude 7, pp. 5-11.

75 Pour une analyse différente, v. en particulier I. Luc, Objet et effets potentiels d'une pratique anticoncurrentielle doivent-ils être distingués ? *RJDA* 2/15, p. 74 : "[l]'arrêt constitue davantage un rappel à l'ordre du Tribunal, sanctionné pour avoir méconnu la portée de son contrôle, qu'une remise en cause de la notion d'objet anticoncurrentiel (...). Il ne faut pas lire dans cet arrêt une restriction de la définition des pratiques anticoncurrentielles par objet, qui irait à l'encontre de la rédaction du texte d'incrimination (...). Il s'agit donc d'un arrêt d'espèce".

76 CJUE, 11 septembre 2014, *Groupeement des Cartes Bancaires c/ Commission*, aff. C-67/13 P, pt 89.

"[c]'est à tort que le Tribunal a considéré (...) que la notion de restriction de concurrence par objet ne doit pas être interprétée de manière restrictive"⁷⁷. Cet attendu, particulièrement cinglant, doit certainement encore raisonner dans les couloirs de la DG Comp et autres autorités nationales de concurrence. Il sera donc intéressant de voir dans quelle mesure le Tribunal de l'Union, auquel est maintenant renvoyée l'affaire, le prendra en compte⁷⁸.

1.2 En droit français

46. Dans son étude thématique 2003 intitulée "Objet, effet et intention anticoncurrentiels", l'Autorité de la concurrence (ci-après l'«Autorité») relevait que la notion d'objet présentait un intérêt certain "surtout pour la Commission", mais n'existait qu'à un "moindre degré pour le Conseil, qui sanctionne a posteriori"⁷⁹. Dans ce même rapport, la partie consacrée à "l'effet anticoncurrentiel"⁸⁰ ne faisait référence à aucune décision française ayant interprété ou appliqué cette notion, indiquant ainsi que cette notion n'avait jusqu'alors eu que peu, voire pas d'écho, dans la pratique décisionnelle de l'Autorité.

La confusion créée par la notion de dommage à l'économie

47. La notion, spécifique au droit français, de "dommage à l'économie" semble de nature à brouiller les cartes puisque l'Autorité va analyser au seul stade de la détermination du quantum de la sanction pécuniaire des éléments contextuels qui auraient dû l'être au stade de la caractérisation de la pratique. Rappelons que la notion de dommage à l'économie a pour but "d'apprécier les effets (réels ou potentiels) d'une pratique sur un marché déterminé, en comparant la situation avant et après la commission de cette pratique"⁸¹. Selon la contribution française à une table ronde de l'OCDE, le dommage à l'économie s'apprécie en fonction des éléments suivants : "(i) l'ampleur de la pratique ; (ii) les caractéristiques économiques des activités, des secteurs ou des marchés en cause ; (iii) les conséquences conjoncturelles de la pratique ; (iv) ses conséquences structurelles ; et (v) son incidence plus générale sur l'économie, sur les utilisateurs en aval et sur les consommateurs finaux"⁸². Au total, il nous semble qu'il existe donc un recoupement quasi parfait

77 *Ibid.*, pt 58.

78 Notons que la gêne provoquée par l'arrêt *GIE Cartes Bancaires* au sein de la DG Comp est palpable puisqu'Alexandre Italianer (directeur général de la DG Comp) et l'ancien commissaire à la concurrence Joaquín Almunia ont soutenu que cet arrêt était en contradiction apparente avec l'arrêt *Intel*, dans lequel la Commission a été dispensée d'analyser les effets des pratiques en cause, avant de faire valoir qu'en tout état de cause l'analyse économique est, depuis longtemps, prise en compte dans la pratique décisionnelle de la Commission et fait même partie de son "ADN", source : Mlex en date du 19 septembre 2014, *Cartes Bancaires*, Intel rulings show EU needs case-by-case approach to 'by object', Almunia says, et du 10 décembre 2014, EU's 'effects-based' antitrust approach 'still very much alive', Italianer says.

79 Aut. conc., rapport annuel 2003, Étude thématique – Objet, effet et intention anticoncurrentiels, p. 62.

80 *Ibid.*, pp. 63-64.

81 E. Combe, Le dommage à l'économie et sanction pécuniaire – une introduction économique, *Concurrences* n° 4-2010, pt 2.

82 *Ibid.*, pt 6.

entre les éléments pouvant être pris en compte au stade de la caractérisation d'une restriction de concurrence par effet et de l'appréciation du dommage à l'économie.

48. Ainsi, dans l'affaire du ciment corse, l'Autorité relève que *“l'alignement des prix entre les deux cimentiers et les différences régionales de leurs prix s'expliquent par les effets des deux ententes précédemment établies entre les cimentiers d'une part, le GIE ou le Syndicat de l'autre, et de leurs pratiques de remises fidélisantes”* et, de façon plus surprenante, *“[l']importance de ces effets sera prise en compte, infra, lors de l'évaluation des dommages à l'économie créés par les ententes, sans qu'il soit besoin de retenir ces effets au soutien d'un grief spécifique”*⁸³.

49. Dans une affaire NMPP de 2009, l'Autorité s'est intéressée aux remises fidélisantes consenties par cet opérateur en situation de position dominante. L'Autorité apprécie succinctement, et d'ailleurs uniquement dans la section portant sur le dommage à l'économie, les effets des pratiques en cause en considérant que *“[le surplus de consommateurs aurait été plus élevé en l'absence de pratiques fidélisantes”* dans la mesure où *“les éditeurs auraient alors bénéficié de sommes équivalentes aux remises constatées et n'auraient pas été limités dans leurs possibilités de choix, situation conduisant de fait à un surplus supérieur”*⁸⁴.

50. Dans une décision FNAC/Tickenet de 2012, l'Autorité a estimé que les pratiques en cause avaient eu *“un objet et des effets anticoncurrentiels entraînant une augmentation des prix publics de vente des billets de spectacle”*⁸⁵. Là encore, l'Autorité renvoie l'analyse des effets de la pratique au stade ultime de la détermination du montant de la sanction pécuniaire en estimant que *“la circonstance que les grilles tarifaires auraient été fréquemment imposées aux distributeurs par les organisateurs n'est pas un facteur d'atténuation de la gravité des pratiques, mais relève de l'appréciation de leurs effets et donc de l'importance du dommage à l'économie”*⁸⁶.

Inventaire de l'analyse des effets en droit interne : En matière de pratiques unilatérales

51. L'affaire dans laquelle une approche par les effets de la restriction de la concurrence semble avoir, pour la première fois, été mise en œuvre concerne les remises de couplage dont TPS soutenait qu'elles avaient été

consenties par Canal Plus⁸⁷. Dans cette décision, le Conseil, après avoir estimé que la pratique de couplage n'excédait pas les limites d'un comportement de concurrence par les mérites et n'avait pas un objet anticoncurrentiel visant à évincer TPS⁸⁸, en a examiné les effets⁸⁹. Sur la base d'une grille d'analyse comportant une appréciation des éléments suivants : (i) la courte durée (5 mois) de l'offre de couplage en question⁹⁰, (ii) le fait que Canal Plus n'ait pas fait une importante campagne de publicité au sujet de cette offre⁹¹, (iii) le fait que le nombre de clients de TPS ait crû de façon importante pendant cette période⁹² et (iv) le fait que TPS a pu se permettre d'augmenter ses tarifs pendant la période en question⁹³, le Conseil a considéré qu'il n'était pas démontré que la pratique de couplage *“ait eu pour effet d'évincer la société TPS du marché de la télévision payante, voire même ait nui à son développement”*⁹⁴. Cette décision fut confirmée par la cour d'appel de Paris⁹⁵.

52. Dans sa décision n° 10-D-32, qui est une décision de non-lieu, l'Autorité a examiné dans quelle mesure le discours commercial du Groupe Canal Plus, reconnu en situation de position dominante sur le marché de la télévision payante, avait eu pour effet de présenter France Télécom comme objectivement incapable d'exercer le métier d'opérateur de télévision et, partant, de la discréditer auprès de ses partenaires commerciaux éventuels et des marchés financiers⁹⁶. L'Autorité rappelle qu'en matière de dénigrement constitutif d'un abus de position dominante, il lui appartient de vérifier et de démontrer si le discours commercial est *“de nature à influencer la structure du marché”*, ce qui suppose un examen des *“effets attendus ou réels de celui-ci auprès des partenaires commerciaux ou de la clientèle potentielle de son concurrent”*⁹⁷. Or, pour l'Autorité, *“malgré leur caractère parfois vif, [les propos du Groupe Canal Plus] n'excèdent pas les limites de l'expression d'une rivalité normale des entreprises sur le marché”*⁹⁸. L'Autorité conclut que *“l'instruction n'a pas permis d'établir que le discours tenu par le Groupe Canal Plus pouvait avoir pour effet de freiner l'arrivée de France Télécom / Orange sur le marché de la distribution de services de télévision payante en 2008”*⁹⁹, le grief en question, une prétendue pratique anticoncurrentielle

83 Aut. conc., déc. n° 07-D-08 du 12 mars 2007 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'approvisionnement et de la distribution du ciment en Corse, pt 281.

84 Aut. conc., déc. n° 09-D-04 du 27 janvier 2009 relative à des saisines de la société les Messageries Lyonnaises de Presse à l'encontre de pratiques mises en œuvre par le groupe des Nouvelles Messageries de la Presse Parisienne dans le secteur de la distribution de la presse, pt 224. Pour un commentaire, critique, de cet arrêt, v. H. Zenger, Intel and the Future of Article 102 - EU Competition Case Law Digest, Rebates and Competition Law : An Overview of EU and National Law, disponible à l'adresse suivante : http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2429138.

85 Aut. conc., déc. n° 12-D-27 du 20 décembre 2012 relative à des pratiques relevées dans le secteur de la billetterie de spectacles, pt 417.

86 Aut. conc., déc. n° 12-D-27 du 20 décembre 2012, pt 43.

87 Aut. conc., déc. n° 05-D-13 du 18 mars 2005 relative aux pratiques mises en œuvre par le groupe Canal Plus dans le secteur de la télévision à péage.

88 *Ibid.*, pt 68.

89 Aut. conc., déc. n° 05-D-13 du 18 mars 2005, pt 71.

90 Aut. conc., déc. n° 05-D-13 du 18 mars 2005, pt 73.

91 Aut. conc., déc. n° 05-D-13 du 18 mars 2005, pt 73.

92 Aut. conc., déc. n° 05-D-13 du 18 mars 2005, pt 75.

93 Aut. conc., déc. n° 05-D-13 du 18 mars 2005, pt 75.

94 Aut. conc., déc. n° 5-D-13 du 18 mars 2005, pt 76.

95 CA Paris, 1^{re} chambre, section H, 15 novembre 2005.

96 Aut. conc., déc. n° 10-D-32 du 16 novembre 2010 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la télévision payante, pt 304.

97 Aut. conc., déc. n° 10-D-32 du 16 novembre 2010, pt 307.

98 Aut. conc., déc. n° 10-D-32 du 16 novembre 2010, pt 311.

99 Aut. conc., déc. n° 10-D-32 du 16 novembre 2010, pt 311.

de dénigrement, étant donc considéré comme non établi. Pour l'Autorité, "il n'a pas été démontré que ces propos étaient susceptibles de revêtir un effet dissuasif, soit sur les éditeurs de chaînes, en les détournant de la conclusion d'accords de distribution avec Orange, soit sur les consommateurs, en influant négativement sur leur choix de souscription à une offre de télévision distribuée par Orange"¹⁰⁰.

53. Le secteur pharmaceutique a, lui aussi, donné lieu à un certain nombre d'affaires de pratiques unilatérales dans lesquelles les effets des pratiques en question ont été analysés au stade de la caractérisation de l'infraction.

54. Ainsi, dans sa décision no 07-D-09 (*Flavelab/Glaxo*), l'Autorité, après avoir rappelé qu'en matière de prédation l'analyse des effets de la pratique n'est pas nécessaire à sa qualification, a tout de même relevé qu'"[i]l peut cependant être observé, en l'espèce, que cette stratégie a produit des effets sur chacun des marchés concernés, de façon directe (sortie d'un concurrent, remontée des prix) ou indirecte (dissuasion de l'entrée de concurrents potentiels)"¹⁰¹. L'Autorité relève, par exemple, qu'"[e]n 2002, trois ans après l'expiration du brevet, la part de marché du laboratoire Glaxo était de 55 % en valeur et, en 2005, six ans après l'expiration du brevet, elle était encore de 17 % en valeur. La politique d'éviction du second offreur de génériques [TEVA et Merck] a donc été efficace". L'Autorité considère également que "[l]e petit nombre de fabricants de génériques présents sur ce marché et surtout leur faiblesse en termes de part de marché, certains n'ayant que des ventes marginales, plusieurs années après la fin des droits de propriété intellectuelle, constitue donc un indice fort de la réussite de la stratégie de prédation"¹⁰².

Cette décision fut annulée par la cour d'appel de Paris qui, après avoir admis que Glaxo "avait vendu aux hôpitaux du Zinnat injectable en dessous de ses coûts d'achat"¹⁰³, a toutefois considéré qu'elle devait être mise hors de cause en raison de l'absence d'effets de cette pratique. La cour d'appel s'est notamment fondée sur les éléments suivants pour parvenir à cette conclusion : (i) malgré sa "réputation d'agressivité" Glaxo "n'a pas résisté à la progression continue de Panpharma qui, après avoir racheté Flavelab, a dépassé le seuil de 50 % de part de ce marché puis n'a cessé de conforter sa position à son détriment", (ii) Glaxo n'a pas engagé d'action judiciaire contre Merck "pour contester son entrée irrégulière sur [le marché dominé de l'aciclovir injectable (Zovirax® injectable)]" et (iii) trois fabricants de génériques sont entrés sur le marché de l'aciclovir injectable à la fin de l'année 2002 et "rien ne permet de faire un lien entre l'absence d'entrée sur ce marché d'autres fabricants de génériques et les pratiques de prix de Glaxo sur le marché du céfuroxime sodique"¹⁰⁴.

100 Aut. conc., déc. n° 10-D-32 du 16 novembre 2010, pt 311.

101 Aut. conc., déc. n° 07-D-09 du 14 mars 2007 relative à des pratiques mises en œuvre par le laboratoire GlaxoSmithKline France, pt 351.

102 Aut. conc., déc. n° 07-D-09 du 14 mars 2007, pt 358.

103 CA Paris, 1^{re} chambre, section H, 8 avril 2008 (recours contre la déc. n° 07-D-09), p. 11.

104 CA Paris, 1^{re} chambre, section H, 8 avril 2008 (recours contre la déc. n° 07-D-09), p. 15.

55. Dans sa décision n° 13-D-21, l'Autorité a examiné les effets de la pratique mise en œuvre par le laboratoire Schering-Plough, en l'occurrence une communication globale et structurée de dénigrement du générique, sur les marchés de la buprénorphine haut dosage ("BHD") et du Subutex®. Si elle a rappelé qu'il était possible de "n'examiner que les effets potentiels du dénigrement", l'Autorité a toutefois précisé que "les pièces au dossier permettent de constater ses effets avérés comme cela n'est pas contesté par les sociétés mises en cause"¹⁰⁵. Pour l'Autorité, dont la décision est actuellement sous recours, "le discours de Schering-Plough a effectivement eu des effets constatables sur le comportement des professionnels de santé à l'égard du générique d'Arrow" et "Schering-Plough a ainsi fait obstacle à la concurrence, aux deux étapes clés de la substitution générique : au stade de la prescription, en renfonçant significativement le nombre de mentions non substituables, ce qui a permis de limiter le taux de généralisation de Subutex® ; au stade de la délivrance du médicament, en incitant les pharmaciens à ne pas substituer Subutex® lorsque l'ordonnance ne comportait pas la mention non substituables"¹⁰⁶. Afin de parvenir à cette conclusion l'Autorité a relevé notamment les éléments suivants : (i) "les médecins ont indiqué sur leurs ordonnances la mention non substituables dans des proportions inhabituellement observées par les pharmaciens"¹⁰⁷ et (ii) "le président-directeur général de Schering-Plough relevait à cet égard qu'une de ses déléguées médicales avait réussi à faire abandonner le projet d'une pharmaceutique consistant à commander Buprénorphine Arrow® concurrent de Subutex®"¹⁰⁸. Plus généralement l'Autorité constate que, malgré l'arrivée des génériques, la part de marché de Schering-Plough est restée stable et particulièrement élevée (plus de 93 %), et ce, alors même que, selon la Commission, "la mise sur le marché d'un générique concurrent d'un princeps réduit en moyenne la part de marché du détenteur du princeps à 70 % dès la première année et à 55 % la deuxième année"¹⁰⁹. Il sera intéressant de voir si cette analyse, qui se fonde sur des éléments tout de même disparates, sera validée par la cour d'appel de Paris.

Inventaire de l'analyse des effets en droit interne : En matière de pratiques collusives

56. Dans sa décision concernant le secteur de l'alimentation pour chiens et chats, l'Autorité a notamment analysé une clause prévoyant une interdiction d'exporter et liant Hill's, producteur de nourriture industrielle animale, et ses grossistes vétérinaires. Hill's faisait toutefois valoir que cette clause n'avait jamais été appliquée et, partant, que les ventes passives n'avaient donc jamais été restreintes en pratique. Au moyen d'un raisonnement quelque peu circulaire, l'Autorité

105 Aut. conc., déc. n° 13-D-21 du 18 décembre 2013 relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché français de la buprénorphine haut dosage commercialisée en ville, pt 383.

106 Aut. conc., déc. n° 13-D-21 du 18 décembre 2013, pt 387.

107 Aut. conc., déc. n° 13-D-21 du 18 décembre 2013, pt 384.

108 Aut. conc., déc. n° 13-D-21 du 18 décembre 2013, pt 386.

109 Aut. conc., déc. n° 13-D-21 du 18 décembre 2013, pt 389.

considère que “la circonstance qu’elle n’a pas reçu d’application – autrement dit, qu’elle n’aurait pas eu d’effet – n’est pas de nature à remettre en cause cette qualification [son objet anticoncurrentiel]”¹¹⁰. Selon l’Autorité, le débat doit, se placer au seul stade de la détermination du quantum de la sanction : “[la circonstance que la clause en question n’a pas reçu d’application] doit être prise en compte au titre de la sanction, mais pas de la qualification des pratiques”¹¹¹. Notons que cette approche a été validée par la cour d’appel saisie d’un recours en annulation dans cette affaire et qui a jugé que “dès lors que la clause litigieuse d’interdiction d’exporter avait, compte tenu de son économie et de sa finalité, un objet anticoncurrentiel, et que l’objet anticoncurrentiel de l’accord étant démontré, il n’est pas nécessaire d’établir l’existence des effets qu’il est à même d’engendrer”¹¹². Par nature, il nous semble que la démonstration des effets engendrés par une clause non appliquée aurait été délicate à réaliser...

57. Il nous semble aussi que l’arrêt de la Cour de cassation de 2010 dans l’affaire *iPhone* doit être interprété à l’aune de l’approche par les effets, si l’on exclut bien sûr de l’analyse le fait qu’il s’agit d’un arrêt concernant une demande de mesures conservatoires et non une saisine au fond, ce qui peut être de nature à en amoindrir la portée. Rappelons que, dans cette affaire, l’Autorité, saisie d’une demande de mesures conservatoires, avait en effet estimé que les exclusivités consenties par Apple à Orange étaient, conformément au standard applicable en matière de mesures conservatoires, susceptibles de constituer une entente anticoncurrentielle au sens des articles 101 TFUE et L. 420-1 du code de commerce.. La Cour de cassation a pour sa part annulé cette décision en estimant que l’analyse et la prise en compte d’éventuels effets anticoncurrentiels n’avaient en l’espèce pas été réalisées, ce qui au stade préliminaire d’une demande de mesures conservatoires peut tout de même constituer un reproche quelque peu surprenant¹¹³. L’attendu de la Cour de cassation sur ce point est d’ailleurs particulièrement cinglant et mérite d’être reproduit : “(...) en se déterminant ainsi, sans rechercher, comme elle y était invitée, si l’existence de terminaux concurrents de l’iPhone fabriqué par Apple, nouvel entrant sur le marché des terminaux, n’était pas de nature à permettre à des opérateurs de téléphonie mobile concurrents d’Orange, de proposer aux consommateurs des offres de services de téléphonie et internet haut débit mobiles associées à des terminaux, concurrentes de celles proposées par Orange avec l’iPhone, la cour d’appel a privé sa décision de base légale”¹¹⁴.

58. Au total, le bilan en droit interne peut paraître quelque peu limité. Ce bilan témoigne surtout d’une difficulté pratique à mettre en œuvre une approche davantage orientée vers les effets.

110 Aut. conc., déc. n° 12-D-10 du 20 mars 2012 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l’alimentation pour chiens et chats, pt 203.

111 Aut. conc., déc. n° 12-D-10 du 20 mars 2012, pt 203.

112 CA Paris, pôle 5, ch. 5-7, 10 octobre 2013 (recours contre la déc. n° 12-D-10), p. 24.

113 Cass. com., 16 février 2010, n° V 09-11.968 et S 09-65.440 (déc. n° 08 MC 01).

114 Cass. com., 16 février 2010, *ibid.*

2. Le retour en grâce de l’objet anticoncurrentiel ou l’aveu du caractère difficilement opératoire d’une approche par les effets au plan juridictionnel

59. Cette tendance se constate tant en droit de l’Union européenne (2.1) qu’au plan interne (2.2). Elle se manifeste par ailleurs tant au plan substantiel qu’au plan procédural dans la mesure où les autorités de concurrence sont contraintes d’utiliser tous les outils procéduraux à leur disposition, et en particulier la procédure d’engagements en matière de pratiques unilatérales, afin d’éviter à avoir à se placer uniquement sur le terrain des effets¹¹⁵.

2.1 En droit de l’Union européenne

60. L’analyse de la jurisprudence récente semble démontrer un “retour de l’objet anticoncurrentiel”¹¹⁶ qui semble difficilement conciliable avec une montée en puissance d’une approche par les effets¹¹⁷. Cette tendance pourrait s’expliquer par les difficultés rencontrées par les autorités de concurrence pour démontrer, plusieurs années après les faits et parfois sur des marchés en proie à des évolutions profondes, les effets d’éviction d’une pratique donnée¹¹⁸. Cette difficulté, conjuguée au fait que la charge de la preuve d’une infraction incombe invariablement à l’autorité de concurrence¹¹⁹, peut inciter ces dernières à procéder à l’analyse de la restriction de concurrence de préférence sous l’angle de la restriction par l’objet¹²⁰.

115 Sur ce point, v. not., parmi une littérature abondante, D. Bosco, Le choc des modernisations du droit de la concurrence, *Contrats, conc., consom.*, n° 10, octobre 2012, repère 9, et D. Waelbroeck, Le développement en droit européen de la concurrence des solutions négociées (engagements, clémence, non-contestation des faits et transactions) : que va-t-il rester aux juges ? GCLC Working Paper 01/08, 2008.

116 L. Idot, Le retour de l’objet anticoncurrentiel..., *Concurrences* n° 4-2009, pp. 1-2.

117 H. Zenger and M. Walker, Theories of Harm in European Competition Law: A Progress Report, disponible à l’adresse suivante : http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2009296. Dans cet article, les auteurs constatent notamment que : “The examples in the previous section [Restrictions of parallel trade, Resale price maintenance, and Payment card multi-lateral card interchange fees] have illustrated the extension of the object category to a variety of open commercial practices which may often lack anti-competitive intent and effect. The reason why it is so tempting to characterise conduct as restrictive by object is clear. From the point of view of a competition authority, it might relieve case teams of the necessity of formulating and proving a theory of harm”, p. 19.

118 Sur ce point, v. not. D. Bosco, Coup de froid sur la régulation concurrentielle du secteur bancaire français, disponible à l’adresse suivante : http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2020213&download=yes.

119 Règlement 1/2003, article 2 et considérant 5 : “Dans toutes les procédures nationales et communautaires d’application des articles 101 et 102 TFUE, la charge de la preuve d’une violation de l’article 101, paragraphe 1, ou de l’article 102 du traité incombe à la partie ou à l’autorité qui l’allègue (...)” Pour une étude d’ensemble de la question v., parmi une littérature abondante, J. Buhart et R. Maulin, La preuve en matière de cartels : État des lieux et perspectives, *Concurrences* 4-2011, pp. 51-64.

120 Dans une étude datant de 2012, Damien Gerard relevait, de façon intéressante, la chose suivante : “At Commission level, 17 out of the 18 infringements decisions issued since the first of January 2000 were framed in ‘object’ terms, the only exception being the boycott of Morgan Stanley by Visa where the Commission did not expressly exclude the ‘object’ characterisation but simply did not refer to it. All vertical cases decided over that period involved parallel trade or absolute territorial protection issues and were treated as object restrictions” (D. M. B. Gerard, The Effects-Based Approach Under Article 101 TFEU and its Paradoxes: Modernisation at War with Itself? disponible à l’adresse suivante : http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2117780).

61. Plusieurs exemples jurisprudentiels récents et concernant différents types de pratiques anticoncurrentielles sont concernés par cette tendance¹²¹ avec, comme point d'orgue, l'arrêt *T-Mobile*, dans lequel la Cour de justice a jugé que “pour avoir un objet anticoncurrentiel, il suffit que la pratique concertée soit susceptible de produire des effets négatifs sur la concurrence. En d'autres termes, elle doit simplement être concrètement apte (...) à restreindre ou à fausser le jeu de la concurrence”¹²². On perçoit immédiatement le caractère extensif d'un tel test dans la mesure où, dans la réalité des relations d'affaires, un accord entre deux partenaires commerciaux reflète nécessairement un rapport de force et produit des effets sur la concurrence.

62. Ainsi l'on sait par exemple que les pratiques d'échanges d'informations ne sont, *a priori*, condamnables qu'en fonction de leurs effets¹²³. Or, dans un certain nombre de cas, les effets d'un échange d'informations sont difficiles à apprécier, voire impossibles à prouver. La jurisprudence semble avoir contourné cette difficulté en dégageant une présomption d'alignement selon laquelle “il y a lieu de présumer, sous réserve de la preuve contraire qu'il incombe aux opérateurs intéressés de rapporter, que les entreprises participant à [des échanges d'informations sensibles avec leurs concurrents] et qui demeurent actives sur le marché tiennent compte des informations échangées avec leurs concurrents pour déterminer leur comportement sur ce marché”¹²⁴. Il est toutefois possible de douter de la compatibilité d'une telle présomption, dérogée initialement dans le seul but de faciliter le travail probatoire de l'autorité de concurrence¹²⁵, avec une approche fondée sur les effets.

63. L'arrêt *Allianz Hungaria*, rendu dans le cadre d'un renvoi préjudiciel, complète selon nous cet inventaire de la jurisprudence existante. Dans cette affaire se posait

la question de savoir si un accord bilatéral entre une société d'assurance automobile et un concessionnaire automobile pouvait, en l'espèce, s'analyser en une entente verticale et constituer une restriction de concurrence par l'objet. Les parties soutenaient que, eu égard à la gravité plus limitée de cet accord par rapport aux accords horizontaux classiques, la qualification de restriction par l'objet devait être exclue. Selon les parties à l'accord, seul le terrain de la restriction par les effets semblait envisageable, quoique contesté en l'espèce¹²⁶.

La Cour ne les suit pas sur ce point en considérant, dans la lignée de l'arrêt *Expedia*¹²⁷, que “la circonstance qu'il s'agit de relations verticales n'exclut nullement la possibilité que l'accord en cause constitue une restriction de la concurrence par objet”¹²⁸. Plus novatrice toutefois est la réponse de la Cour, pour laquelle, en l'espèce, les accords peuvent être considérés comme une restriction de concurrence par objet par la juridiction de renvoi “si, à la suite d'un examen individuel et concret de la teneur et de l'objectif de ces accords ainsi que du contexte économique et juridique dans lequel ils s'inscrivent, il apparaît que ceux-ci sont, par leur nature même, nuisibles au bon fonctionnement du jeu normal de la concurrence sur l'un des deux marchés concernés”¹²⁹. La Cour demande, *in fine*, à ce que la juridiction de renvoi se livre à une analyse particulièrement fouillée de l'accord et de la structure de marché dans laquelle il s'inscrit. Il est en particulier demandé à la juridiction de renvoi d'apprécier le “pouvoir de marché des sociétés”¹³⁰ ; l'économie procédurale disparaît donc pleinement. Certains commentateurs ont pu relever que, sur la base de cet arrêt, “on peut légitimement s'interroger sur ce qu'il reste de la distinction entre objet et effet anticoncurrentiel”¹³¹.

64. Dans l'affaire *Premier League*, la Cour a jugé, dans une formule dont le sens exact est difficilement saisissable, que “[l]orsqu'un contrat de licence vise à interdire ou limiter la prestation transfrontalière des services de radio-diffusion, il est réputé avoir pour objet de restreindre la concurrence, à moins que d'autres circonstances relevant de son contexte économique et juridique ne permettent de constater qu'un tel contrat n'est pas susceptible de porter atteinte à la concurrence”¹³². En d'autres mots, une telle clause est une restriction de concurrence par l'objet sauf si son analyse contextuelle milite en faveur d'une conclusion inverse. Le recours à la notion d'objet semble donc ici perdre ainsi de son utilité...

121 Dans son article, Le retour de l'objet anticoncurrentiel, Laurence Idot rappelait notamment que :

- dans l'arrêt *SoT Lelos* du 16 septembre 2008, la Cour de justice fait une lecture très large de l'objet anticoncurrentiel en considérant que (i) l'objet anticoncurrentiel ne se limitait pas aux seules ententes injustifiables et aux restrictions caractérisées (pt 21) et (ii), en l'espèce, l'accord avait un objet anticoncurrentiel du seul fait que les entreprises ne se déterminaient pas de manière autonome sur le marché (pt 34) ;
- dans l'affaire *T-Mobile* du 4 juin 2009, la Cour de justice a jugé qu'un échange d'informations, au surplus limité à une seule réunion, poursuit un objet anticoncurrentiel dès lors qu'il élimine les incertitudes des entreprises quant à leurs comportements futurs ;
- dans l'affaire *Peugeot Nederland* du 9 juillet 2009, le Tribunal de l'Union rappelle que des entraves aux exportations entre États membres relèvent de la catégorie des infractions par l'objet (pt 46).

122 CJUE, 4 juin 2009, *T-Mobile Netherlands e.a.*, aff. C-8/08, pt 31.

123 Les autorités de concurrence ont, à plusieurs occasions, reconnu que les échanges d'informations entre entreprises pouvaient favoriser la concurrence lorsqu'ils leur donnent la possibilité de recueillir des données générales sur le marché et, partant, d'accroître leur efficacité interne et ainsi de mieux répondre aux besoins des clients : v. par exemple la décision de la Commission du 3 décembre 2003, aff. C.38.359, *produits à base de carbone et de graphite pour applications électriques et mécaniques*, pt 82, et Aut. conc., avis n° 10-A-11 du 7 juin 2010 relatif au Conseil interprofessionnel de l'optique, pt 47.

124 CJUE, 8 juillet 1991, *Commission c/ Anic Participazioni*, aff. C-49/92 P, pt 121.

125 V. Fauré, *L'apport du Tribunal de première instance des Communautés européennes au droit communautaire de la concurrence*, Dalloz, 2005, § 579, p. 378.

126 CJUE, 14 mars 2013, *Allianz Hungaria*, aff. C-32/11, pt 32.

127 CJUE, 13 décembre 2012, *Expedia*, aff. C-226/11.

128 CJUE, 14 mars 2013, *Allianz Hungaria*, aff. C-32/11, pt 43.

129 CJUE, 14 mars 2013, *Allianz Hungaria*, aff. C-32/11, pt 51.

130 CJUE, 14 mars 2013, *Allianz Hungaria*, aff. C-32/11, pt 48.

131 L. Idot, *Accords verticaux et objet anticoncurrentiel*, *Europe* n° 5, mai 2013, commentaire 216.

132 CJUE, *Football Association Premier League Ltd c/ Media Protection Services Ltd*, 4 octobre 2011, pt 140. Pour un commentaire, v. not. M. Debroux, *Concurrences* n° 2012-1, chronique Ententes, pp. 87-88.

65. D'autres affaires, actuellement à l'instruction, illustrent la volonté de la Commission d'étendre encore davantage l'application du concept de restriction de concurrence par l'objet à des pratiques qui n'ont encore jamais été sanctionnées et, partant, appréhendées sous l'angle de l'objet et pour lesquelles il est donc difficile de soutenir que "*l'expérience (...) montre [qu'elles] sont susceptibles d'avoir des effets négatifs sur le marché*"¹³³. C'est le cas notamment dans l'affaire des compagnies de transport maritime régulier par conteneurs pour des pratiques alléguées de *price signaling*¹³⁴ et dans l'affaire de la fourniture transfrontière des services de télévision payante¹³⁵.

66. Relevons enfin que, bien que le propos de la présente étude ne soit assurément pas de se prononcer sur l'opportunité d'élargir le recours à la notion d'objet, nous partageons toutefois l'analyse de l'avocat général Nils Wahl qui, dans l'affaire *GIE Cartes Bancaires*, considérait qu'"[u]ne extension non contrôlée des comportements tombant sous le coup des restrictions par objet est dangereuse sous l'angle des principes devant, en principe, régir l'établissement de la charge de la preuve de comportements anticoncurrentiels"¹³⁶. Ce dernier prend en outre soin de préciser qu'"en dépit du caractère ouvert de la liste des comportements pouvant être jugés restrictifs du fait de leur objet, il est proposé de maintenir une attitude relativement prudente dans la détermination d'une restriction de concurrence par objet"¹³⁷.

2.2 En droit français

67. Dans l'affaire des liaisons maritimes vers la Corse, l'Autorité a été amenée à analyser, à la suite d'une plainte de la CMN et de Corsica Ferries, les conditions dans lesquelles la SNCM avait remporté, en partie, l'appel d'offres lancé par la collectivité territoriale de Corse pour la desserte maritime de l'île à partir de Marseille. Parallèlement à la saisine de l'Autorité, les plaignants avaient obtenu, dans le cadre de deux référés précontractuels, l'annulation de l'appel d'offres par le Conseil d'État. De façon intéressante, la société mise en cause, la SNCM, contestait l'objet et/ou l'effet anticoncurrentiels de l'offre globale, annulée par le Conseil d'État, en faisant valoir que "*le Conseil ne peut se prononcer que sur une offre acceptée (...), tant qu'elle ne l'est pas, elle ne constitue qu'un projet, susceptible d'être qualifié d'abus de position dominante*"¹³⁸. L'Autorité considère pourtant qu'"[i]l faut écarter la conception erronée selon laquelle les infractions par objet seraient limitées aux infractions

les plus graves et, de ce fait, assimilables à une liste réduite d'infractions comme les ententes de prix ou les répartitions de marché"¹³⁹. Dans une tentative de synthèse, l'Autorité indique que "*pour constituer une infraction par objet, la pratique incriminée doit permettre, sur la base d'un ensemble d'éléments objectifs de droit ou de fait, d'envisager avec un degré de probabilité suffisant qu'elle puisse exercer une influence directe ou indirecte, actuelle ou potentielle, sur la concurrence*"¹⁴⁰. Convenons qu'il s'agit là d'une définition particulièrement englobante. Appliquant cette définition en l'espèce, l'Autorité a considéré que "*l'offre globale et indivisible présentée par la SNCM, entreprise incontournable dans l'appel d'offres, avait bien un objet anticoncurrentiel car elle aurait abouti de manière certaine à évincer les autres candidats, si elle avait pu prospérer*"¹⁴¹. Cette décision fut confirmée en appel¹⁴².

68. Dans une affaire concernant le secteur de la fourniture d'électricité, l'Autorité a considéré que la simple diffusion, par un opérateur dominant, d'un communiqué de presse dévalorisant, et par ailleurs jugé comme constitutif d'un acte de concurrence déloyale et de dénigrement par le juge consulaire, pouvait s'analyser en une restriction de concurrence par l'objet. L'Autorité considère ainsi qu'"en ayant diffusé un communiqué dénigrant les prestations de son concurrent Poweo", la société Gaz Électricité de Grenoble (GEG) a abusé de sa position dominante¹⁴³. L'Autorité relève que "*les termes de ce communiqué étaient péjoratifs, faisant état de conception de la qualité des services très relative, d'usage de méthodes peu scrupuleuses et enfin de la poursuite de fins strictement financières*"¹⁴⁴. Pour l'Autorité, les pratiques de GEG étaient destinées à "*entraver la pénétration du marché par un nouveau concurrent*"¹⁴⁵ et ont donc eu un objet anticoncurrentiel¹⁴⁶. Là encore, cette décision fut confirmée en appel¹⁴⁷.

69. Dans une affaire *MasterCard* de 2013 qui a donné lieu à la souscription d'engagements de la part de MasterCard, l'Autorité a été amenée à se prononcer, une nouvelle fois¹⁴⁸, sur la légalité des commissions multilatérales d'interchange (CMI). L'Autorité s'est intéressée notamment à leur "*éventuel objet restrictif de concurrence*"¹⁴⁹ dans le cadre de son évaluation préliminaire.

133 Commission, Lignes directrices concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, *JOUE* n° C. 101/97 du 27 avril 2004, pt 21.

134 Commission, communiqué de presse du 22 novembre 2013.

135 Commission, communiqué de presse du 13 janvier 2014.

136 Conclusions de l'avocat général Nils Wahl présentées le 27 mars 2014 dans l'affaire C-67/13 P, *Groupement des cartes bancaires c/ Commission*, pt 57.

137 Conclusions de l'avocat général Nils Wahl présentées le 27 mars 2014 dans l'affaire C-67/13 P, *Groupement des cartes bancaires c/ Commission*, pt 58.

138 Aut. conc., déc. n° 09-D-10 du 27 février 2009 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du transport maritime entre la Corse et le continent, pt 161.

139 Aut. conc., déc. n° 09-D-10 du 27 février 2009, pt 168.

140 Aut. conc., déc. n° 09-D-10 du 27 février 2009, pt 172.

141 Aut. conc., déc. n° 09-D-10 du 27 février 2009, pt 177.

142 CA Paris, 9 mars 2010 (recours contre déc. n° 09-D-10).

143 Aut. conc., déc. n° 09-D-14 du 25 mars 2009 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la fourniture de l'électricité, pt 69.

144 Aut. conc., déc. n° 09-D-14 du 25 mars 2009, pt 61.

145 Aut. conc., déc. n° 09-D-14 du 25 mars 2009, pt 76.

146 Aut. conc., déc. n° 09-D-14 du 25 mars 2009, pt 80.

147 CA Paris, 23 mars 2010 (recours contre déc. n° 09-D-14).

148 Ces commissions ont été analysées notamment dans le cadre des décisions suivantes : Aut. conc., déc. 11-D-11 et 12-D-17 des 7 juillet 2011 et 5 juillet 2012, Commission, décision du 19 décembre 2007 de la Commission.

149 Aut. conc., déc. n° 13-D-17 du 20 septembre 2013 relative à des pratiques de MasterCard relevées dans le secteur des cartes de paiement, pts 90 à 94.

Selon l'Autorité, “les CMI ont le potentiel de fixer tout ou partie des prix factures aux commerçants pour les services d'acquisition” et “sont dès lors susceptibles de constituer des restrictions de concurrence”. L'Autorité précisait d'ailleurs que le mécanisme mis en place “renforce l'importance de l'atteinte à la concurrence que ces pratiques sont de nature à causer par leur objet même, et donc les préoccupations de concurrence qu'elles suscitent”¹⁵⁰. Pourtant l'Autorité a estimé, toujours aux termes d'une évaluation préliminaire, qu'une CMI “peut présenter certaines vertus, et notamment celle d'encourager l'utilisation de la carte de paiement, qui est un moyen de paiement relativement efficace par rapport aux espèces et aux chèques”¹⁵¹, ouvrant ainsi la voie du recours à la procédure d'engagements.

70. Toujours en matière bancaire, l'affaire des commissions interbancaires “CEIC/Chèques” fournit un exemple tout à fait intéressant en matière de pratiques collusives. Dans cette affaire, l'Autorité a souhaité se placer sur le terrain de l'objet anticoncurrentiel, suggérant ainsi un choix politique consistant à interdire ces pratiques indépendamment de l'analyse de leurs effets. La décision de l'Autorité relevait toutefois que “[l]'appréciation des pratiques a nécessité des études économiques poussées, pour l'évaluation notamment du caractère exemptable des pratiques en cause”¹⁵².

La cour d'appel n'a pas validé cette approche dans la mesure où, selon elle, la qualification de restriction par l'objet n'était pas appropriée pour correctement se prononcer sur ce type d'accord, à la fois “*inédit et complexe*”¹⁵³. Il est vrai qu'à la lecture de l'arrêt de la cour d'appel¹⁵⁴, le dossier semblait regorger d'éléments qui auraient pu dissuader les services de l'Autorité de se placer sur le terrain de la restriction par l'objet, au premier rang desquels “*l'absence de précédent*”¹⁵⁵ en la matière. La cour d'appel a ainsi jugé que “*l'analyse conduite par la décision (...) ne permet pas d'affirmer qu'au regard de sa teneur appréciée dans le contexte juridique et économique dans lequel il s'inscrit, cet accord révèle un degré suffisant de nocivité à l'égard de la concurrence en l'assimilant assurément, conformément aux exigences de la jurisprudence communautaire, à des formes de collusion (...) telles qu'il serait inutile, aux fins de l'application de l'article 101, paragraphe 1 du traité, de démontrer que cet accord a eu des effets concrets sur le marché*”¹⁵⁶. L'on regrettera que

la Cour de cassation¹⁵⁷, saisie d'un pourvoi dans cette affaire, se soit “contentée” de censurer l'arrêt d'appel sur un point de procédure sans apporter les clarifications attendues, en droit interne, sur les notions de restriction par objet et par effet¹⁵⁸.

Observations finales

71. Au terme de cette analyse, les constats suivants peuvent être dégagés :

- du point de vue des praticiens, l'approche par les effets emporte des difficultés considérables dans l'autoévaluation par les entreprises de leur conduite. Alors que, selon la Commission, la Communication article 102 avait pour objet de “*rendre plus clair et plus prévisible le cadre général d'analyse*”¹⁵⁹, il est loin d'être certain que cet objectif originel a été atteint. Rappelons que la prévisibilité est d'autant plus fondamentale qu'il s'agit d'une norme répressive¹⁶⁰ ;
- du point de vue purement judiciaire, en dépit de son coût important, l'approche par les effets conduit en outre à des résultats judiciaires faibles. L'analyse des arrêts montre une remise en cause quasi systématique des études économiques produites par les parties, à laquelle s'ajoute souvent une certaine réticence du juge à se faire l'arbitre de controverses se situant à la frontière du droit et de l'économie. Bien souvent, les analyses économiques différentes conduisent *in fine* à des conclusions irréconciliables ou si dépendantes de conditions initiales du modèle qu'elles n'apportent que peu d'éclairage utile au juge. Relevons d'ailleurs sur ce point qu'en dehors de certaines indications contenues dans certains textes de *soft law* émanant de la Commission¹⁶¹ ou de l'Autorité¹⁶², il n'existe pas, en droit de la concurrence, de règles

150 Aut. conc., déc. n° 13-D-17 du 20 septembre 2013, pt 94.

151 Aut. conc., déc. n° 13-D-17 du 20 septembre 2013, pt 113.

152 Aut. conc., déc. n° 10-D-28 du 20 septembre 2010 relative aux tarifs et aux conditions liées appliquées par les banques et les établissements financiers pour le traitement des chèques remis aux fins d'encaissement, pt 142.

153 Pour une analyse de cet arrêt, v. not., D. Bosco, Coup de froid sur la régulation concurrentielle du secteur bancaire français, disponible à l'adresse suivante : http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2020213&download=yes.

154 Cet arrêt fait actuellement l'objet d'un pourvoi devant la Cour de cassation.

155 CA Paris, 23 février 2012 (recours contre déc. n° 10-D-28), p. 64.

156 CA Paris, ch. 5-7, 23 février 2012 (recours contre déc. n° 10-D-28), p. 69. Cet arrêt fait actuellement l'objet d'un pourvoi devant la Cour de cassation.

157 Cass. com., 14 avril 2015, pourvoi n° G, 12-15.971.

158 V. not., lettre *Creda-concurrence* n° 2015/37 du 15 avril 2015.

159 Commission, 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, *JOUE* du 24 février 2009, n° C. 45/7, pt 2.

160 Article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : “*La Loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une Loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée.*” Et article 7.1 CEDH : “*Nul ne peut être condamné pour une action ou une omission qui, au moment où elle a été commise, ne constituait pas une infraction d'après le droit national ou international. De même, il n'est infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'infraction a été commise.*”

161 Commission, Best practices for the submission of economic evidence and data collection in cases concerning the application of articles 101 and 102 TFUE and in merger cases, disponible (uniquement en anglais) à l'adresse suivante : <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/legislation.html>.

162 Sur ce point, le président Bruno Lasserre déclarait récemment que “[d]ans son communiqué sur les sanctions 2011 puis dans ses recommandations pour la soumission d'études économiques, l'Autorité a fixé des orientations aux entreprises et aux conseils afin qu'elles contribuent le plus efficacement possible, par leurs études, à l'instruction du dossier à charge comme à décharge” (*AJ Contrats d'affaires, Concurrence, Distribution*, n° 2, mai 2014, p. 96).

jurisprudentielles similaires aux règles *Daubert*¹⁶³ appliquées aux États-Unis, alors que celles-ci permettraient vraisemblablement de réduire les débats d'experts économiques ;

- du point de vue du fonctionnement des marchés, la promotion d'une approche par les effets peut conduire certains opérateurs économiques à adopter des comportements qu'ils n'auraient certainement pas pris le risque d'adopter autrefois. Dans la mesure où ils peuvent être tentés de penser qu'ils auront désormais la possibilité de démontrer l'absence d'effet anticoncurrentiel concret, cela peut augmenter leur propension à prendre un risque juridique. La généralisation du discours sur une "approche par les effets", en ce qu'elle revient à valoriser une appréciation *ex post* des conséquences d'un comportement sur un processus concurrentiel, peut aujourd'hui constituer pour les opérateurs économiques une certaine forme d'incitation à ne pas se soucier des effets réels de leurs comportements sur le marché. La faiblesse du nombre de précédents et de condamnations pour pratiques unilatérales milite d'ailleurs en faveur de cette prise de risque¹⁶⁴ ;
- du point de vue des autorités de poursuite, eu égard à la complexité de sa mise en œuvre, l'approche par les effets emporte une forme de dissuasion pour une autorité de concurrence qui, dans un cas pour lequel l'effet anticoncurrentiel fait débat, pourrait chercher à éviter de prendre une décision de sanction et, partant, s'épargner le risque d'une censure par une juridiction de contrôle. Les autorités de concurrence, lorsqu'elles sont confrontées à une pratique unilatérale potentielle dont les effets concurrentiels exacts sont difficilement déter-

minables, peuvent, "au terme de mesures d'instruction allégées"¹⁶⁵, être incitées à recourir à la procédure d'engagements comme alternative au prononcé d'une sanction. Le droit y perd cependant en clarté faute de condamnation ou de mise hors de cause et les tiers sont largement évincés du processus.

72. Pour notre part, il nous semble que l'usage des outils suggérés dans le cadre d'une approche plus économique devrait être limité au stade de la définition de la norme et ne concerner, au stade de son application, que l'analyse des faits :

- au stade de la définition de la norme, l'approche économique constitue un élément conceptuel déterminant mais non exclusif. Elle ne peut prétendre se substituer à la définition *a priori*, par le législateur, d'un certain nombre de paramètres, en l'occurrence l'intensité de la rivalité souhaitable entre opérateurs économiques, les structures de marché désirables ou encore l'arbitrage entre le surplus du consommateur/surplus total qu'il ne peut appartenir à une autorité de poursuite d'effectuer *ex post* à l'occasion d'une affaire pouvant donner lieu au prononcé d'une sanction.
- au stade de l'application de la norme, l'approche économique peut éventuellement participer "*de l'établissement des faits*" dans le cadre d'un débat contradictoire. L'économétrie peut aider à analyser des faits économiques complexes et constitue donc un outil pertinent sous réserve qu'elle ne se prétende pas "prescriptive" mais seulement "descriptive". Il faut en revanche poser une limite claire à l'idée qu'un comportement dont l'effet ne serait pas mesurable, ou non suffisamment mesurable, ne serait, pour cette seule raison, pas condamnable. ■

163 L'arrêt *Daubert* de la Cour suprême (1993) a dégagé deux critères devant être réunis afin qu'une expertise (par exemple une expertise économique) soit admissible : (i) celui de la *relevance* ou pertinence et (ii) celui de la *reliability* c'est-à-dire la fiabilité.

164 V. not. D. Bosco, Le choc des modernisations du droit de la concurrence *Contrats, conc., consom.*, n° 10, octobre 2012, repère 9 : "*En France, il faut avoir bonne mémoire pour se souvenir d'une décision marquante sur l'abus : tout est réglé aujourd'hui par la procédure d'engagements.*"

165 Aut. conc., communiqué de procédure du 2 mars 2009 relatif aux engagements en matière de concurrence, pt 18, disponible à l'adresse suivante : http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/standard.php?id_rub=260&id_article=911.

Concurrences est une revue trimestrielle couvrant l'ensemble des questions de droits de l'Union européenne et interne de la concurrence. Les analyses de fond sont effectuées sous forme d'articles doctrinaux, de notes de synthèse ou de tableaux jurisprudentiels. L'actualité jurisprudentielle et législative est couverte par onze chroniques thématiques.

Editoriaux

Jacques Attali, Elie Cohen,
Laurent Cohen-Tanugi,
Claus-Dieter Ehlermann, Ian Forrester,
Thierry Fossier, Eleanor Fox, Laurence Idot,
Frédéric Jenny, Jean-Pierre Jouyet,
Hubert Legal, Claude Lucas de Leyssac,
Mario Monti, Christine Varney, Bo Vesterdorf,
Louis Vogel, Denis Waelbroeck,
Marc van der Woude...

Interviews

Sir Christopher Bellamy, Thierry Dahan,
John Fingleton, François Hollande,
Frédéric Jenny, William Kovacic, Neelie Kroes,
Christine Lagarde, Ségolène Royal,
Nicolas Sarkozy, Sheridan Scott,
Christine Varney...

Dossier

Jacques Barrot, Jean-François Bellis,
Murielle Chagny, Claire Chambolle,
Luc Chatel, John Connor,
Dominique de Gramont, Damien Gérardin,
Christophe Lemaire, Ioannis Lianos,
Pierre Moscovici, Jorge Padilla, Emil Paulis,
Joëlle Simon, Richard Whish...

Articles

Guy Canivet, Emmanuel Combe,
Thierry Dahan, Luc Gyselen,
Daniel Fasquelle, Barry Hawk, Laurence Idot,
Frédéric Jenny, Bruno Lasserre, Anne Perrot,
Nicolas Petit, Catherine Prieto, Patrick Rey,
Didier Théophile, Joseph Vogel, Wouter Wils...

Pratiques

Tableaux jurisprudentiels : Bilan de la pratique des engagements, Droit pénal et concurrence, Legal privilege, Cartel Profiles in the EU...

International

Allemagne, Belgique, Canada, Chine,
Hong-Kong, India, Japon, Luxembourg,
Suisse, Sweden, USA...

Droit & économie

Emmanuel Combe, Philippe Choné,
Laurent Flochel, Frédéric Jenny,
François Lévêque Penelope Papandropoulos,
Anne Perrot, Etienne Pfister, Francesco Rosati,
David Sevy, David Spector...

Chroniques

ENTENTES

Martine Behar-Touchais
Ludovic Bernardeau
Michel Debroux

PRATIQUES UNILATÉRALES

Frédéric Marty
Anne-Lise Sibony
Anne Wachsmann

PRATIQUES COMMERCIALES DÉLOYALES

Muriel Chagny, Valérie Durand,
Jean-Louis Fourgoux, Rodolphe Mesa,
Marie-Claude Mitchell

DISTRIBUTION

Nicolas Ereseo, Dominique Ferré,
Didier Ferrié, Anne-Cécile Martin

CONCENTRATIONS

Dominique Berlin, Olivier Billard,
Jean-Mathieu Cot, Ianis Girgenson,
Jacques Gunther, David Tayar

AIDES D'ÉTAT

Jacques Derenne
Bruno Stromsky
Raphael Vuitton

PROCÉDURES

Pascal Cardonnel
Alexandre Lacresse
Christophe Lemaire

RÉGULATIONS

Hubert Delzangles
Emmanuel Guillaume
Jean-Paul Tran Thiet

MISE EN CONCURRENCE

Centre de Recherche en Droit Public

SECTEUR PUBLIC

Jean-Philippe Kovar
Francesco Martucci
Stéphane Rodrigues

JURISPRUDENCES

EUROPÉENNES ET ÉTRANGÈRES

Florian Bien, Karounga Diawara,
Pierre Kobel, Silvia Pietrini,
Jean-Christophe Roda, Julia Xoudis

POLITIQUE INTERNATIONALE

Frédérique Daudret John, Sophie-Anne Descoubes, Marianne Faessel-Kahn,
François Souty, Stéphanie Yon

Revue

Christelle Adjémian, Mathilde Brabant,
Emmanuel Frot, Alain Ronzano, Bastien Thomas

Livres

Institut de recherche en droit international et européen de la Sorbonne (IREDIÉS)

> Revue Concurrences | Journal Concurrences

<input type="checkbox"/> Abonnement annuel - 4 n° (version électronique + e-archives) <i>1 year subscription (4 issues) (electronic version + e-archives)</i>	490,00 €	588,00 €
<input type="checkbox"/> Abonnement annuel - 4 n° (version papier) <i>1 year subscription (4 issues) (print version)</i>	512,00 €	614,40 €
<input type="checkbox"/> Abonnement annuel - 4 n° (versions papier & électronique + e-archives) <i>1 year subscription (4 issues) (print & electronic versions + e-archives)</i>	766,00 €	919,20 €

> e-Bulletin e-Competitions | e-Bulletin e-Competitions

<input type="checkbox"/> Abonnement annuel + e-archives <i>1 year subscription + e-archives</i>	678,00 €	813,60 €
--	----------	----------

> Revue Concurrences + e-Bulletin e-Competitions | Journal Concurrences + e-Bulletin e-Competitions

<input type="checkbox"/> Abonnement annuel revue (version électronique + e-Bulletin + e-archives) <i>1 year subscription to the Journal (online version + e-Bulletin + e-archives)</i>	876,00 €	1051,20 €
<input type="checkbox"/> Abonnement annuel revue (versions papier & électronique + e-Bulletin + e-archives) <i>1 year subscription to the Journal (print & electronic versions + e-Bulletin + e-archives)</i>	986,00 €	1183,20 €

Renseignements | Subscriber details

Nom-Prénom | *Name-First name*

e-mail

Institution | *Institution*

Rue | *Street*

Ville | *City*

Code postal | *Zip Code* Pays | *Country*

N° TVA intracommunautaire | *VAT number (EU)*

Formulaire à retourner à | Send your order to:

Institut de droit de la concurrence

21 rue de l'Essonne - 45 390 Orville - France | contact: webmaster@concurrences.com

Conditions générales (extrait) | Subscription information

Les commandes sont fermes. L'envoi de la revue ou des articles de Concurrences et l'accès électronique aux Bulletins ou articles de e-Competitions ont lieu dès réception du paiement complet. Tarifs pour licences monopostes; nous consulter pour les tarifs multipostes. Consultez les conditions d'utilisation du site sur www.concurrences.com ("Notice légale").

Orders are firm and payments are not refundable. Reception of Concurrences and on-line access to e-Competitions and/or Concurrences require full prepayment. Tarifs for 1 user only. Consult us for multi-users licence. For "Terms of use", see www.concurrences.com.

Frais d'expédition Concurrences hors France 30 € | 30 € extra charge for shipping outside France