Concurrences

COMPETITION LAW REVIEW

L'objet anticoncurrentiel : Facilité probatoire ou présomption irréfragable ? (Paris, 23 juin 2026)

Conférence | Concurrences N° 11-2026 | www.concurrences.com

Fernando Castillo de la Torre*
fernando.castillo-de-la-torre@ec.europa.eu
Conseiller juridique principal, Team CONC (Competition)
Commission européenne, Luxembourg

Romain Maulin
romain.maulin@maulin-avocats.com
Avocat associé
Maulin Avocats, Paris

Maya-Salomé Garnier
maya-salome.garnier@univ-amu.fr
Maître de conférences
Faculté de droit et de science politique, Aix-Marseille Université

Concurrences
Antitrust Publications & Events

ABSTRACT

Cette conférence, tenue à Paris le 23 juin 2026, réunit Maya-Salomé Garnier, maître de conférences à Aix-Marseille Université et auteure d'une thèse sur l'intention en droit des pratiques anticoncurrentielles, Fernando Castillo de la Torre, conseiller juridique principal à la Commission européenne, et Romain Maulin, avocat associé, autour d'une question : l'objet anticoncurrentiel est-il une simple facilité probatoire ou une présomption devenue irréfragable ? Les échanges portent sur quatre thèmes principaux : l'origine de l'alternative entre restrictions de concurrence par objet et par effet et le rôle du législateur européen dans son élaboration, la prise en compte des effets économiques dans la qualification des infractions, les enjeux liés à la modernisation de l'approche par objet et à l'auto-évaluation des entreprises, ainsi que la place de l'objet anticoncurrentiel dans le système actuel du droit de la concurrence.

Actes du colloque du 23 juin 2026 s'étant tenu au sein du cabinet Maulin Avocats, à Paris. L'oralité des débats a été conservée.

Citation : Fernando Castillo de la Torre, Romain Maulin, Maya-Salomé Garnier, L'objet anticoncurrentiel : Facilité probatoire ou présomption irréfragable ? (Paris, 23 juin 2026), 1er novembre 2026, Concurrences N° 11-2026, Art. N° 140388, www.concurrences.com

**Fernando Castillo de la Torre s'exprimant strictement à titre personnel, ses propos n'engagent pas la Commission européenne*

---

1. Romain Maulin. Je suis très heureux de vous accueillir aujourd'hui au cabinet pour cet événement assez exceptionnel. Si le sujet, en lui-même, est assez classique – l'objet anticoncurrentiel étant une notion qui anime la communauté du droit de la concurrence depuis de nombreuses années déjà –, ce qui est, en revanche, tout à fait exceptionnel, c'est de pouvoir échanger autour d'une thèse comme celle de Maya-Salomé Garnier, *L'intention en droit des pratiques anticoncurrentielles* [1].

2. Cette thèse propose une analyse approfondie de la jurisprudence afin de comprendre quelle a été l'intention ayant présidé à la création de cette notion et la manière dont elle a réellement été appliquée. Certains l'ont qualifiée de révolutionnaire, d'autres d'audacieuse, parce qu'elle défend des positions particulièrement fortes. C'est précisément pour cette raison que nous avons souhaité donner la parole à Maya-Salomé Garnier afin qu'elle nous présente ses travaux et qu'ils puissent être confrontés au point de vue du régulateur, représenté par Fernando Castillo de la Torre, qui dirige le service juridique de la Commission européenne (ci-après la "Commission"). Il est sans doute l'un des plus grands juristes européens en exercice en droit de la concurrence.

3. Nous avons souhaité organiser cette conférence autour de quatre grandes thématiques, qui correspondent aux principaux axes de sa thèse. Pour que les échanges restent vivants, nous avons prévu que, pour chacune de ces questions, Maya-Salomé Garnier expose d'abord son analyse d'universitaire et les conclusions de sa thèse, avant que nous engagions tous les trois une discussion plus libre.

I. L'origine de l'alternative entre objet et effet : Un choix du législateur européen ?

4. Pour commencer, nous souhaitions aborder une première question, essentielle pour les juristes : celle de l'intention du législateur. Quel était, au moment de la rédaction des textes, l'objectif poursuivi ? Quelle était ensuite l'intention du juge européen lorsqu'il

1. M.-S. Garnier, *L'intention en droit des pratiques anticoncurrentielles*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, vol. 658, préface de D. Bosco, Paris-La Défense, 2025, 624 p.

Ce document est protégé au titre du droit d'auteur par les conventions internationales en vigueur et le Code de la propriété intellectuelle du 1er juillet 1992. Toute utilisation non autorisée constitue une contrefaçon, délit pénalement sanctionné jusqu'à 3 ans d'emprisonnement et 300 000 € d'amende (art. L. 335-2 CPI). L'utilisation personnelle est strictement autorisée dans les limites de l'article L. 122 5 CPI et des mesures techniques de protection pouvant accompagner ce document.

a interprété cette notion et précisé la manière dont elle devait être appliquée par les autorités de concurrence ? Autrement dit, quelle était son intention lorsqu'il a construit cette distinction entre les restrictions de concurrence par objet et par effet ?

5. Maya-Salomé Garnier. Je ne peux pas répondre à cette question sans commencer par quelques remerciements. Tout d'abord, je tiens à remercier maître Maulin. Nous ne nous connaissions pas avant qu'il m'adresse un message pour me dire qu'il avait lu ma thèse et me demander s'il pouvait la présenter sur LinkedIn. J'ai évidemment accepté avec plaisir. Puis il m'a proposé d'organiser cette conférence. Elle ne porte pas directement sur ma thèse, puisque cette dernière est consacrée à la notion d'intention. Mais il est vrai que l'alternative entre l'objet et l'effet y occupe une place centrale. Nous reviendrons d'ailleurs peut-être sur les raisons pour lesquelles la notion d'intention paraît relativement peu séduisante aux yeux des juristes du droit de la concurrence.

6. Je remercie également très chaleureusement M. de la Torre. Lorsque j'écrivais ma thèse, j'étais à mille lieues d'imaginer avoir un jour l'occasion d'échanger avec vous lors d'un tel événement. Je me souviens que, lorsque j'étais doctorante, je m'étais dit en lisant plusieurs de vos écrits [2] : "*Voilà quelqu'un qui développe certaines idées proches des miennes*." Lorsque l'on rédige une thèse, on travaille souvent dans une grande solitude ; plusieurs personnes ici présentes le savent. C'est donc un véritable plaisir de pouvoir aujourd'hui discuter des idées qui sont nées de ce travail dans un cadre aussi stimulant.

7. Venons-en maintenant à la question qui nous est posée : quelle était l'intention du législateur lorsqu'il a introduit, dans le texte d'incrimination, l'alternative entre les restrictions de concurrence par objet et par effet ? Existait-il une véritable intention derrière cette rédaction, ou s'agissait-il simplement d'une formule reprise, sans réflexion particulière, par les rédacteurs du traité de Rome [3] ?

8. La première question que je me suis posée en travaillant sur ce sujet a été de savoir à quand remontait cette distinction. Apparaît-elle seulement en 1957, avec le traité de Rome, ou existait-elle déjà auparavant ?

9. En réalité, et ce détail est beaucoup plus important qu'il n'y paraît, l'expression "*ayant pour objet ou pour effet*" apparaît quatre ans plus tôt, en France. Ce fait est relativement peu connu. Pourtant, le texte qui a servi de modèle aux rédacteurs de l'article 85 du traité instituant la Communauté économique européenne (CEE) [4], devenu aujourd'hui l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), est un décret français de 1953 [5] ayant introduit, dans l'ordonnance de 1945 sur les prix [6], un article 59 bis relatif aux ententes. On pourrait penser que cette précision est anecdotique. Elle ne l'est pas.

10. Comme on ne trouve pas grand-chose dans les travaux préparatoires du traité de Rome sur la signification de cette alternative entre objet et effet, je me suis demandé si, en remontant à la source française, il ne serait pas possible de mieux comprendre les raisons ayant conduit à retenir cette formulation. Or, cet article 59 bis était rédigé dans des termes extrêmement proches de ceux de l'actuel article 85 du traité CEE, aujourd'hui article 101 du TFUE. Selon l'un de ses deux rédacteurs, Louis Franck, alors haut fonctionnaire, futur directeur général des Prix, le texte avait été rédigé à la hâte "*sans gloire, un peu à la sauvette*" [7].

11. Très rapidement, cette rédaction a suscité d'importantes difficultés d'interprétation de la part de l'institution chargée de son application, qui s'appelait à l'époque la Commission technique des ententes. La Commission technique des ententes s'est notamment interrogée sur la nature de l'infraction : s'agissait-il d'une infraction intentionnelle, comme semblait le suggérer la formule "*ayant pour objet*", ou contraventionnelle (partant, non intentionnelle) dans

2. En particulier, F. Castillo de la Torre, Is the Effects-Based Approach Too Cumbersome ? Taking Stock of Recent Practice and Case Law on Article 102 TFEU, dans *The Transformation of EU Competition Law : Next Generation Issues*, A. Claici, A. Komninos et D. Waelbroeck (dir.), Wolters Kluwer, Alphen-sur-le-Rhin, 2023 ; et F. Castillo de la Torre et E. Gippini Fournier, *Evidence, Proof and Judicial Review in EU Competition Law*, Edward Elgar, coll. Elgar Competition Law and Practice, Cheltenham, 2017.

3. Traité instituant la Communauté économique européenne, 25 mars 1957.

4. *Ibid*.

5. Décret no 53-704 du 9 août 1953 dit décret anti-trust réglementant les ententes professionnelles et rétablissant la libre concurrence, abrogé par l'ordonnance no 86-1243 du 1er décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence.

6. Ordonnance no 45-1483 du 30 juin 1945 relative aux prix, abrogée par l'ordonnance no 86-1243 du 1er décembre 1986.

7. L. Franck, *697 ministres : souvenirs d'un directeur général des prix, 1947-1962*, L. Franck, Neuilly, 1986, pp. 142-143.

Ce document est protégé au titre du droit d'auteur par les conventions internationales en vigueur et le Code de la propriété intellectuelle du 1er juillet 1992. Toute utilisation non autorisée constitue une contrefaçon, délit pénalement sanctionné jusqu'à 3 ans d'emprisonnement et 300 000 € d'amende (art. L. 335-2 CPI). L'utilisation personnelle est strictement autorisée dans les limites de l'article L. 122 5 CPI et des mesures techniques de protection pouvant accompagner ce document.

le cas d'une entente ayant seulement des effets anticoncurrentiels ? L'articulation entre ces deux notions demeurait particulièrement incertaine et les rapports de la Commission technique des ententes adressés au ministre montrent que cette question est longtemps restée sans réponse satisfaisante.

12. À vrai dire, cette expression "*ayant pour objet ou pour effet*" paraît assez étrange pour un juriste classique. Les spécialistes du droit de la concurrence y sont aujourd'hui habitués, mais si l'on raisonne en droit pénal général, une infraction est généralement soit intentionnelle soit non intentionnelle. Je n'ai pas trouvé d'exemple, en droit pénal, d'une infraction qui puisse être tantôt intentionnelle, tantôt non intentionnelle.

13. C'est pourquoi je me suis demandé d'où provenait cette formule. Elle n'a pas été inventée par Louis Franck. En réalité, elle trouve son origine dans le droit administratif français. Elle y était utilisée afin de faciliter l'opération de qualification juridique, notamment lorsqu'il n'était pas nécessaire de rechercher l'intention exacte de l'auteur de l'acte.

14. Je prendrai un exemple figurant dans le code de justice administrative. L'article L. 77-10-23 [8] prévoit qu'"[e]*st réputée non écrite toute clause ayant pour objet ou pour effet d'interdire à une personne de participer à une action de groupe*." Dans une telle hypothèse, il n'est pas nécessaire de rechercher si l'auteur de la clause avait réellement l'intention d'empêcher cette participation. Il suffit de constater que cette clause produit un tel résultat. L'alternative entre l'objet et l'effet constituait donc, à l'origine, un moyen particulièrement efficace de faciliter la qualification juridique en permettant, en quelque sorte, de présumer l'objet à partir de l'effet lorsque l'objet n'était pas aisé à prouver.

15. Cette expression s'est ensuite répandue comme une traînée de poudre à d'autres matières et bien au-delà des frontières du droit administratif. On la retrouve même en droit pénal, y compris dans la définition des infractions intentionnelles – ce qui semble plutôt étrange. Là encore, je me contenterai de citer un exemple parmi beaucoup d'autres : l'article 222-33-2 du code pénal, qui incrimine le fait de harceler autrui "*par des propos ou comportements répétés ayant pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de travail*". Cela signifie que, même quand on parle de harcèlement – le harcèlement étant, vous en conviendrez, une infraction intentionnelle –, on peut utiliser cette alternative. En somme, celle-ci ne préjuge en rien du caractère intentionnel ou non intentionnel des infractions. Finalement, cette formule ouvre la porte à une forme de présomption d'intention, puisqu'elle permet de faciliter la qualification de l'intention à partir des effets produits par un comportement.

16. Maintenant, *quid* de la signification que lui a donnée le juge en droit de la concurrence ? Pour schématiser – et je parle sous le contrôle de M. de la Torre, qui me contredira peut-être –, je pense que des débuts de la jurisprudence communautaire jusqu'à la modernisation, donc jusqu'aux années 2000, la Cour de justice des Communautés européennes (devenue la Cour de justice de l'Union européenne et dénommée ci-après la "Cour de justice") n'a pas accordé une très grande portée à cette distinction. Il en est de même pour la Commission.

17. La Cour de justice requérait, aux débuts de la jurisprudence communautaire, "*la preuve de l'influence de l'entente litigieuse sur la concurrence*" [9]. Ici, tous les mots ont leur importance. La preuve de l'influence de l'entente sur la concurrence, pas sur le marché, pas sur les consommateurs. J'y reviendrai. S'agissant de la pratique décisionnelle de la Commission durant cette première période, on constate qu'elle mentionnait le plus souvent les deux termes "objet" et "effet" sans véritablement les différencier, en employant quasiment systématiquement la conjonction "et", c'est-à-dire non pas "*pour objet ou pour effet*", mais "*pour objet et pour effet*".

18. Cette alternative n'a, ainsi, pas fait couler énormément d'encre et n'était pas au cœur des débats contentieux. Il semble que le changement se soit produit dans les années 2000 avec les lignes

8. Art. L. 77-10-23 du code de justice administrative, abrogé par la loi no 2025-391 du 30 avril 2025.

9. Garnier, *op. cit.*, p. 303, § 294, et v. not. L. Focsaneanu, *La jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes en matière de concurrence : les règles applicables aux entreprises (Articles 85 et 86 du Traité de Rome)*, Éditions techniques et économiques, Paris, 1977, p. 170. V. *ex multis* : CJCE, 18 février 1971, *Sirena*, aff. 40-70, EU:C:1971:18, réponse à la première question préjudicielle ; CJCE, 6 mai 1971, *Cadillon*, aff. 1-71, EU:C:1971:47, pt 7 ; CJCE, 8 juin 1971, *Deutsche Grammophon*, aff. 78-70, pt 6, EU:C:1971:59 ; CJCE, 25 novembre 1971, *Béguelin*, aff. 22-71, EU:C:1971:113, pts 7-32 ; CJCE, 11 juillet 1974, *Procureur du Roi*, aff. 8-74, EU:C:1974:82, pt 12.

Ce document est protégé au titre du droit d'auteur par les conventions internationales en vigueur et le Code de la propriété intellectuelle du 1er juillet 1992. Toute utilisation non autorisée constitue une contrefaçon, délit pénalement sanctionné jusqu'à 3 ans d'emprisonnement et 300 000 € d'amende (art. L. 335-2 CPI). L'utilisation personnelle est strictement autorisée dans les limites de l'article L. 122 5 CPI et des mesures techniques de protection pouvant accompagner ce document.

directrices concernant l'application de l'article 81 de 2004 [10] et les orientations sur l'article 82 publiées en 2009 [11]. Là, vous le savez, les effets ont commencé à acquérir plus d'importance. Or, une chose est à cet égard notable, c'est que l'éviction anticoncurrentielle fut définie comme l'éviction préjudiciable pour les consommateurs. Si l'on suit les lignes directrices de la Commission [12], il y a un véritable changement de prisme. L'objet et l'effet ne sont plus mis en lien avec la concurrence, entendue comme le processus de concurrence, mais avec un éventuel effet sur les consommateurs ou sur le marché.

19. Ainsi, faute d'objet anticoncurrentiel, la Commission laisse à penser qu'il serait nécessaire de rapporter la preuve des effets, et que la démonstration d'effets pourrait pallier l'absence d'objet. À mon sens, c'est d'ailleurs pour cette raison qu'on s'est mis à affirmer que l'objet est une présomption d'effets – idée qui, j'expliquerai pourquoi, me semble fausse.

20. Le problème tient au fait que, dans les années 2000, ce qui est apparu comme une révolution dans l'interprétation des règles de concurrence s'est fait par le biais de la *soft law* – ce qui est, pour une révolution juridique, aussi peu habituel que peu commode.

21. Rappelons-le, les lignes directrices et les orientations de la Commission n'ont pas une grande portée normative. Elles éclairent les justiciables sur la pratique décisionnelle de la Commission, c'est tout leur intérêt, mais la Commission doit elle-même agir dans le respect de la jurisprudence de la Cour de justice. Et précisément, on y reviendra plus longuement par la suite, la jurisprudence de la Cour de justice n'impose pas de caractériser un effet anticoncurrentiel pour sanctionner une infraction de concurrence. Les infractions de concurrence sont des infractions dites "formelles" au sens du droit pénal, c'est-à-dire qu'elles ne requièrent pas de résultats à titre d'élément constitutif. Dit autrement, peut être sanctionnée une entente qui n'a pas produit d'effets, voire qui n'a même pas été mise en œuvre, donc qui n'a pas pu en produire. Il en va de même en matière d'abus de position dominante. On abordera peut-être d'ailleurs le pendant de l'objet en matière d'abus mais, de jurisprudence constante, la circonstance que le résultat escompté n'a pas été atteint par la mise en œuvre de cet abus ne peut pas suffire à écarter la qualification d'abus de position dominante. Là encore, le principe est de jurisprudence constante.

22. En somme, et je vais conclure ainsi, les rédacteurs du traité de Rome n'avaient très certainement pas mesuré la portée de cet emprunt, conscient ou inconscient, au droit administratif français. Le juge a longtemps neutralisé la portée de cette alternative jusqu'à ce que la Commission en fasse, par le biais d'outils de *soft law*, la pierre angulaire de la qualification. Mais cette révolution des effets n'a pas vraiment eu l'effet escompté, puisque la Cour de justice n'a jamais renoncé à la qualification formelle de l'infraction. C'est-à-dire qu'elle n'a jamais exigé, en sus de la preuve du comportement anticoncurrentiel, une preuve des effets.

23. Romain Maulin. Excellent, merci. Fernando, vous avez un droit de réponse.

24. Fernando Castillo de la Torre. Les réflexions académiques sont toujours importantes pour nous, praticiens du droit, qui travaillons à la Commission. Nous n'avons pas toujours le temps de prendre du recul et de réfléchir aux notions et aux principes. Il est donc précieux de pouvoir s'appuyer sur des contributions intellectuelles qui permettent, soit de rendre la jurisprudence plus cohérente, soit, au contraire, de montrer qu'elle ne l'est pas toujours et d'expliquer pourquoi.

25. Je suis donc toujours avec beaucoup d'intérêt les publications en droit de la concurrence. À l'époque, Maya-Salomé Garnier m'avait envoyé sa thèse de doctorat, il y a un an et demi ou deux ans. Je l'ai trouvée absolument excellente. Elle démontre également une chose : en droit de la concurrence, nous parlons constamment anglais, mais les meilleurs ouvrages et les meilleures thèses ne sont presque jamais écrits en anglais. Ils sont souvent en français ou en allemand. C'est important, car je trouve qu'il existe une véritable richesse intellectuelle dans ces

10. Communication de la Commission, Lignes directrices concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité (2004/C 101/08), *JOUE* no C 101 du 27 avril 2004, p. 97.

11. Communication de la 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 (2009/C 45/02), *JOUE* no C 45 du 24 février 2009, p. 7. V. égal. communication de la Commission, Modifications apportées à la communication de la Commission intitulée "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" (2023/C 116/01), *JOUE* no C 116 du 31 mars 2023, p. 1.

12. Lignes directrices concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité, préc.

Ce document est protégé au titre du droit d'auteur par les conventions internationales en vigueur et le Code de la propriété intellectuelle du 1er juillet 1992. Toute utilisation non autorisée constitue une contrefaçon, délit pénalement sanctionné jusqu'à 3 ans d'emprisonnement et 300 000 € d'amende (art. L. 335-2 CPI). L'utilisation personnelle est strictement autorisée dans les limites de l'article L. 122 5 CPI et des mesures techniques de protection pouvant accompagner ce document.

travaux. Beaucoup de publications en anglais passent parfois à côté de cette richesse, alors que les sources françaises, allemandes, mais aussi espagnoles, contiennent des analyses remarquables. J'ai notamment lu une excellente thèse espagnole sur la responsabilité [13], qui est malheureusement peu connue en dehors du monde hispanophone. Je referme cette parenthèse pour dire combien j'apprécie les publications rédigées dans d'autres langues.

26. Pour revenir à la première question, celle de l'intention du législateur, je dois reconnaître que je ne connais pas en détail tous les travaux préparatoires ni l'historique complet de ces dispositions. Il est vrai que la Cour de justice n'a jamais accordé une importance déterminante aux travaux préparatoires des traités de Rome [14] ou de Paris [15]. Elle a toujours privilégié une approche différente, qui ne consiste pas nécessairement à rechercher l'intention des rédacteurs du traité, mais plutôt à assurer l'effet utile du droit européen.

27. Cela étant, lorsque l'on examine les premiers débats et les premiers arrêts, on voit déjà apparaître cette distinction entre l'objet et l'effet. Les premiers arrêts, notamment *Société Technique Minière* [16] et quelques autres dans les années 1960, commencent par rechercher s'il existe une restriction par objet. À défaut, ils examinent les effets. On voit également apparaître la notion de "*degré suffisant de nocivité*". À cette époque, cette notion reste encore assez imprécise. Par ailleurs, plusieurs auteurs établissaient déjà un lien entre la notion d'objet et celle d'intention.

28. Cette distinction entre objet et effet est ensuite restée relativement en sommeil pendant de nombreuses années, aussi bien dans la pratique décisionnelle de la Commission que dans la jurisprudence, comme Maya-Salomé Garnier vient de l'expliquer. Elle est véritablement redevenue centrale au début des années 2000, dans le contexte de la modernisation et de la décentralisation de l'application des règles de concurrence. À partir du moment où l'on a voulu donner davantage d'importance aux effets, il est devenu nécessaire de préciser ce qu'était exactement une restriction par objet. Cette question est donc naturellement revenue devant la Cour de justice, notamment par la voie des questions préjudicielles.

29. Pendant longtemps, de nombreux arrêts se contentaient d'affirmer qu'un comportement était restrictif de concurrence "*par objet ou par effet*", sans approfondir réellement cette distinction. Cette distinction révèle d'ailleurs une tension naturelle entre une approche plus formaliste et une approche davantage fondée sur les effets. S'agit-il d'une présomption ? Si oui, d'une présomption de quoi ? Certainement pas d'une présomption d'effet, puisque l'absence d'effet n'empêche pas nécessairement de constater une infraction.

30. Enfin, une dernière réflexion : pourquoi les rédacteurs du traité n'ont-ils pas introduit cette distinction entre objet et effet à propos de l'abus de position dominante ? Je n'ai pas de réponse définitive. Lorsque l'on relit aujourd'hui l'article 102 du TFUE, on constate qu'il était essentiellement conçu pour les abus d'exploitation, beaucoup plus que pour les abus d'éviction. Cette dernière catégorie s'est développée progressivement grâce à la jurisprudence. Peut-être que, dans ce contexte, la distinction entre objet et effet paraissait moins pertinente.

31. Enfin, il est intéressant de constater que les termes "objet" et "effet" continuent d'apparaître constamment dans notre pratique quotidienne. Par exemple, lorsqu'une décision constate une infraction et impose des mesures correctives, il est souvent indiqué que l'entreprise ne doit pas adopter à l'avenir un comportement ayant "*le même objet ou les mêmes effets*" que celui qui a été sanctionné.

32. Ces deux notions continuent donc d'être utilisées très largement, y compris en matière d'abus de position dominante, même si leur signification exacte varie parfois selon le contexte.

33. Romain Maulin. Très bien, merci pour ces premières réflexions. Je pense que vous avez compris que Maya-Salomé Garnier nous explique qu'en 1953, c'est-à-dire il y a plus de soixante-dix ans de cela, un haut fonctionnaire français a introduit cette alternative entre l'objet et l'effet, et que nous en débattons encore aujourd'hui. C'est tout de même

13. E. Pastor Martínez, *La responsabilidad por daño por infracción del Derecho de la Competencia*, Tirant Lo Blanch, Valence, 2024.

14. Traité CEE, préc.

15. Traité instituant la Communauté européenne du charbon et de l'acier (CECA), 18 avril 1951.

16. CJCE, 30 juin 1966, *Société Technique Minière (L.T.M.) c/ Maschinenbau Ulm GmbH (M.B.U.)*, aff. 56-65, EU:C:1966:38.

Ce document est protégé au titre du droit d'auteur par les conventions internationales en vigueur et le Code de la propriété intellectuelle du 1er juillet 1992. Toute utilisation non autorisée constitue une contrefaçon, délit pénalement sanctionné jusqu'à 3 ans d'emprisonnement et 300 000 € d'amende (art. L. 335-2 CPI). L'utilisation personnelle est strictement autorisée dans les limites de l'article L. 122 5 CPI et des mesures techniques de protection pouvant accompagner ce document.

assez remarquable.

34. Je partage également ce qui a été dit sur les mouvements de la jurisprudence. En droit européen, peut-être davantage qu'en droit français, on s'intéresse relativement peu, en contentieux, à l'intention du législateur, c'est-à-dire à ce qu'il voulait atteindre comme objectif. On ne cherche pas à enfermer l'interprétation d'un texte dans son intention initiale. En droit européen, l'interprétation est beaucoup plus dynamique, beaucoup plus téléologique. Vous avez évoqué l'effet utile, et cela apparaît très clairement dans la jurisprudence.

35. Le premier arrêt véritablement important sur cette distinction est évidemment *Société Technique Minière*, rendu en 1966 [17]. Il pose, me semble-t-il, un cadre analytique qui demeure encore aujourd'hui tout à fait pertinent. Ce que dit cet arrêt – et cela n'est pas toujours parfaitement compris, y compris parfois par certains régulateurs, qui se précipitent, peut-être un peu rapidement, vers une qualification par objet –, c'est que, quel que soit le terrain sur lequel on se place, qu'il s'agisse de l'objet ou des effets, il faut toujours tenir compte du contexte. C'est évidemment un point que nous faisons très souvent valoir en défense. Nous expliquons que, même lorsqu'une pratique est regardée comme ayant un objet anticoncurrentiel, le juge rappelle, et cela depuis 1966, qu'il faut nécessairement prendre en considération le contexte économique et juridique dans lequel cette pratique s'inscrit. C'était déjà, à l'époque, un message d'espoir pour les praticiens.

36. Ensuite, il y a eu un deuxième mouvement, lors duquel, je pense, le principe d'interprétation fondé sur l'effet utile a pleinement joué. Le régulateur, suivi dans une certaine mesure par le juge, a adopté une approche que certains ont qualifiée d'approche formaliste de la restriction de concurrence. Concrètement, cela revenait à considérer que, dès lors qu'une clause contractuelle ressemblait à un contrôle des prix, à un système de prix imposés ou à une autre pratique traditionnellement considérée comme restrictive, il n'était plus nécessaire d'analyser en profondeur le contexte économique, la définition du marché pertinent ou les parts de marché des entreprises. Tout cela pouvait être traité assez rapidement, assez formellement. Il y a donc eu une première période de tension dans l'interprétation et dans l'application du droit de la concurrence.

37. Puis est venue la période actuelle, dans laquelle nous nous trouvons encore aujourd'hui. Je crois qu'elle se caractérise par une analyse beaucoup plus contextuelle de la restriction de concurrence. Je ne dirais pas pour autant qu'il s'agit d'une véritable approche par les effets – et nous y reviendrons –, en tout cas pas au sens de l'article 101 du TFUE.

38. En revanche, l'arrêt *Cartes bancaires*, rendu en 2014 par la Cour de justice [18], marque une étape essentielle. Il réaffirme très clairement que, même en cas de restriction par objet, il est nécessaire de s'intéresser au contexte économique, de le comprendre, de le qualifier, et que ce n'est qu'à cette stricte condition que la qualification par objet peut être retenue sans encourir la censure.

39. En droit français, nous retrouvons la même idée dans l'affaire des commissions d'interchange entre banques [19]. Là encore, la cour d'appel de Paris [20] rappelle que la qualification d'une restriction de concurrence, y compris par objet, suppose une démonstration sérieuse du contexte dans lequel la pratique s'insère.

40. Fernando Castillo de la Torre. Je voudrais peut-être revenir sur cette référence au contexte juridique et économique. Pour ma part, cette contextualisation de plus en plus poussée me préoccupe. Évidemment, du point de vue de la défense des entreprises, elle est très utile. Il est également vrai que cette référence au contexte est présente dès les premiers arrêts de la Cour de justice. Mais, au fil de l'évolution de la jurisprudence, on constate que cette analyse contextuelle est devenue extrêmement variable.

41. Je n'entrerai pas dans le détail de tous les arrêts, mais aujourd'hui le contexte joue un rôle à géométrie variable. Dans l'affaire *Banco BPN/Banques portugaises* [21] et dans l'arrêt *Tondela* [22], par exemple,

17. *Ibid*.

18. CJUE, 11 septembre 2014, *Groupement des cartes bancaires (CB) c/ Commission européenne*, aff. C-67/13 P, EU:C:2014:2204.

19. Aut. conc., déc. no 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 (décision ayant fait l'objet de recours).

20. CA Paris, 2 décembre 2021, RG 20/04626 (confirmé par Cass. com., 28 juin 2023, no M 21-26.015).

21. CJUE, 29 juillet 2024, *Banco BPN/BIC Português SA et autres c/ Autoridade da Concorrência*, aff. C-298/22, EU:C:2024:638.

22. CJUE, 30 avril 2026, *CD Tondela – Futebol, SAD et autres c/ Autoridade*

Ce document est protégé au titre du droit d'auteur par les conventions internationales en vigueur et le Code de la propriété intellectuelle du 1er juillet 1992. Toute utilisation non autorisée constitue une contrefaçon, délit pénalement sanctionné jusqu'à 3 ans d'emprisonnement et 300 000 € d'amende (art. L. 335-2 CPI). L'utilisation personnelle est strictement autorisée dans les limites de l'article L. 122 5 CPI et des mesures techniques de protection pouvant accompagner ce document.

la Cour rappelle qu'il existe des situations où l'analyse du contexte est très limitée : il s'agit simplement de vérifier qu'il n'existe pas de circonstances particulières rendant impossible toute restriction de concurrence. À l'inverse, elle précise que dans d'autres affaires, l'analyse contextuelle doit être beaucoup plus approfondie.

42. La Cour de justice insiste d'ailleurs sur le fait qu'une analyse du contexte n'est pas une analyse par les effets. Il ne s'agit pas d'examiner tous les effets économiques de la pratique, mais d'apprécier son degré de nocivité. En pratique, cela dépend beaucoup des circonstances. Dans l'affaire portugaise [23], par exemple, la Cour de justice explique qu'une pratique présente, en principe, un degré suffisant de nocivité par sa nature même, sauf circonstances particulières. Ce n'est donc pas une analyse économique complète, mais ce n'est pas non plus une simple qualification abstraite.

43. La Cour de justice a progressivement construit un cadre analytique relativement formalisé : il faut examiner le contenu de l'accord, ses objectifs, le contexte économique et juridique, la nature des produits concernés, la structure du marché, etc. Ainsi, on comprend qu'il y aurait deux catégories d'ententes par objet : une première imposant un examen abouti du contexte et une seconde permettant une présentation abrégée de ce contexte.

44. Ce qui me préoccupe, c'est que cette contextualisation croissante risque aussi de nuire à la sécurité juridique. Auparavant, dans une approche, disons, plus formaliste, les entreprises savaient plus facilement quels comportements étaient interdits. Aujourd'hui, cette appréciation contextuelle est devenue beaucoup plus nuancée.

45. Maya-Salomé Garnier. Est-ce qu'il n'y aurait pas un lien entre le degré de nocivité *prima facie* et ensuite le degré de contextualisation proportionnelle ? Autrement dit, plus la pratique est manifestement grave, moins il est nécessaire de la contextualiser. À l'inverse, lorsque sa nocivité est moins évidente, l'analyse du contexte devient beaucoup plus importante.

46. Fernando Castillo de la Torre. Tout à fait, c'est ce qui peut être constaté à l'analyse de la jurisprudence. En théorie, le principe est clair : plus une pratique est, par nature, nocive, moins l'analyse contextuelle est nécessaire. Mais, en pratique, tout le débat consiste précisément à déterminer quelles pratiques appartiennent à cette catégorie.

47. Prenons l'exemple des prix de revente imposés (RPM ou *resale price maintenance*). Certains considèrent qu'il s'agit d'une pratique intrinsèquement très nocive, justifiant une contextualisation limitée. D'autres estiment au contraire qu'il faut procéder à une analyse beaucoup plus approfondie. Les principes sont donc relativement simples, mais leur mise en œuvre concrète reste souvent délicate.

II. La prise en compte des effets économiques : Mythe ou réalité ?

48. Romain Maulin. Merci beaucoup, nous allons aborder notre second thème. Maya, existe-t-il aujourd'hui, dans la jurisprudence, une véritable approche par les effets ? Ou, pour le dire autrement, existe-t-il aujourd'hui une meilleure prise en compte des effets concrets d'une pratique anticoncurrentielle, que ce soit au stade de sa qualification ou au stade de la sanction ?

49. Maya-Salomé Garnier. Existe-t-il une approche par les effets ? C'était en tout cas la promesse fondatrice de la modernisation. Vingt ans plus tard, je pense que l'on peut en dresser un premier bilan. D'ailleurs, vous avez vous-même écrit un article sur cette question [24]. À mon sens, le bilan est plutôt mitigé.

50. Cette approche plus économique, dite "par les effets", visait à intégrer le standard du bien-être du consommateur et à s'assurer que les pratiques sanctionnées avaient effectivement des conséquences sur les prix, la production, l'innovation, la diversité ou encore la qualité. Autrement dit, nous sommes

da Concorrência, aff. C-133/24, EU:C:2026:361.

23. *Banco BPN*.

24. R. Maulin, L'approche par les effets en droit de la concurrence : le devoir d'inventaire, *Concurrences*, no 3-2015, art. no 73845, pp. 24-39.

Ce document est protégé au titre du droit d'auteur par les conventions internationales en vigueur et le Code de la propriété intellectuelle du 1er juillet 1992. Toute utilisation non autorisée constitue une contrefaçon, délit pénalement sanctionné jusqu'à 3 ans d'emprisonnement et 300 000 € d'amende (art. L. 335-2 CPI). L'utilisation personnelle est strictement autorisée dans les limites de l'article L. 122 5 CPI et des mesures techniques de protection pouvant accompagner ce document.

passés d'un raisonnement centré sur les effets exercés sur le processus concurrentiel à une réflexion davantage orientée vers les effets sur le marché et sur les consommateurs. Les textes de la modernisation définissaient ainsi la restriction anticoncurrentielle comme une pratique préjudiciable aux consommateurs [25].

51. Or, cette évolution était difficilement conciliable avec la jurisprudence constante de la Cour de justice et, plus fondamentalement, avec la structure même des infractions de concurrence. C'est la thèse que je défends. Libre à vous de ne pas être d'accord. Je vais à présent résumer quelques-uns des arguments développés dans ma thèse.

52. La première chose qu'il faut comprendre est que les infractions de concurrence sont des infractions formelles. Les spécialistes du droit de la concurrence ne sont généralement pas pénalistes ; pourtant, les rapprochements entre le droit pénal et le droit de la concurrence sont extrêmement féconds. Une infraction formelle est une infraction qui peut être sanctionnée alors même qu'aucun résultat ne s'est produit. C'est le cas, par exemple, du faux, de l'usage de faux ou encore de la corruption. On n'attend pas qu'un dommage se réalise pour considérer que l'infraction est constituée. Il s'agit, en quelque sorte, d'une tentative que le législateur a choisi d'ériger en infraction autonome.

53. Or, la jurisprudence constante en droit de la concurrence va exactement dans ce sens, aussi bien pour les ententes que pour les abus de position dominante. En matière d'ententes, une pratique peut être sanctionnée même si elle n'a jamais été mise en œuvre. Or, si elle n'a pas été mise en œuvre, elle n'a évidemment pas pu produire d'effets. De même, un abus de position dominante peut être caractérisé alors qu'il n'a reçu qu'un commencement d'exécution. Je pense notamment à l'affaire *AstraZeneca* [26]. Autrement dit, même lorsqu'une pratique n'a produit aucun effet, voire n'a pas pu en produire faute d'avoir été mise en œuvre, elle peut néanmoins être sanctionnée. Cela signifie que les effets ne constituent pas un élément constitutif des infractions de concurrence.

54. Dans ma thèse, je vais plus loin : je soutiens que les effets ne peuvent pas servir à définir l'infraction elle-même. Pourquoi ? Parce que rien ne permet, si on le prend isolément, de distinguer un effet anticoncurrentiel d'un effet proconcurrentiel. Prenons quelques exemples : on observe une hausse des prix ou une baisse de la qualité sur un marché. Ces phénomènes peuvent parfaitement résulter de l'évolution naturelle du marché. On ne va évidemment pas ouvrir une enquête à chaque fois que les prix augmentent, même si cela peut constituer un indice. Autre exemple : un concurrent disparaît du marché. Cette disparition peut être la conséquence normale du jeu de la concurrence. Une entreprise peut être plus performante qu'une autre, et le concurrent le moins efficace disparaît alors du marché, sans qu'il y ait le moindre comportement anticoncurrentiel. Autrement dit, si l'on isole uniquement le résultat – hausse des prix, éviction d'un concurrent, baisse de qualité –, il est impossible de savoir si ce résultat est la conséquence d'une pratique anticoncurrentielle ou d'une concurrence parfaitement légitime.

55. Le résultat n'est anticoncurrentiel qu'à la condition d'avoir été obtenu par des moyens illégitimes, c'est-à-dire par des moyens qui ne relèvent pas de la concurrence par les mérites. C'est pourquoi je considère que les infractions de concurrence sont des infractions de moyens – c'est-à-dire des infractions dont le résultat n'est illicite qu'en raison des moyens employés pour l'obtenir.

56. On peut faire un parallèle avec l'escroquerie. L'escroquerie consiste à employer des manœuvres frauduleuses afin d'obtenir la remise d'une chose. Or, la remise de cette chose est, en elle-même, parfaitement licite. Nous concluons tous les jours des contrats qui conduisent à la remise d'un bien ou d'une somme d'argent. Ce qui rend le comportement illicite, ce ne sont pas les conséquences, mais les manœuvres frauduleuses qui ont permis d'obtenir ce résultat. Il en va de même en droit de la concurrence.

57. La question est alors la suivante : quel rôle les effets peuvent-ils encore jouer, si l'on admet qu'ils ne sont ni un élément constitutif de l'infraction ni un élément permettant de la définir ? Je pense que leur rôle est finalement accessoire. Je ne dis pas qu'il est inexistant, seulement accessoire.

58. Les effets – qu'il s'agisse d'une éviction de concurrents, d'une hausse des prix ou d'une baisse

25. 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, préc., iii, B.

26. CJUE, 6 décembre 2012, *AstraZeneca AB et AstraZeneca plc c/ Commission européenne*, aff. C-457/10 P, EU:C:2012:770.

Ce document est protégé au titre du droit d'auteur par les conventions internationales en vigueur et le Code de la propriété intellectuelle du 1er juillet 1992. Toute utilisation non autorisée constitue une contrefaçon, délit pénalement sanctionné jusqu'à 3 ans d'emprisonnement et 300 000 € d'amende (art. L. 335-2 CPI). L'utilisation personnelle est strictement autorisée dans les limites de l'article L. 122 5 CPI et des mesures techniques de protection pouvant accompagner ce document.

de la qualité – peuvent constituer des éléments de preuve. Ils peuvent corroborer l'existence d'un comportement anticoncurrentiel. Cela rejoint ce que disait M. de la Torre : plus le caractère anticoncurrentiel d'une pratique est difficile à établir, plus les éléments de contexte, y compris les effets observés, peuvent être utiles pour caractériser l'infraction. Par exemple, si l'on hésite sur le degré de nocivité d'une pratique et que l'on constate parallèlement une éviction de concurrents et une hausse des prix, ces éléments pourront conforter l'analyse. Ils constituent donc des indices pertinents. En revanche, ils ne suffisent jamais, à eux seuls, à démontrer l'existence d'une pratique anticoncurrentielle.

59. En résumé, les effets ne sont pas un élément constitutif des infractions de concurrence. Ils peuvent, dans certains cas, venir corroborer un faisceau d'indices déjà établi, mais ils ne deviennent jamais, même après la modernisation, une condition autonome ou suffisante de qualification de l'infraction.

60. D'ailleurs, contrairement à ce qui est parfois affirmé, les effets étaient déjà pris en considération avant la modernisation. La jurisprudence a toujours exigé une analyse contextuelle des pratiques. Depuis la modernisation, il est vrai que la Commission réalise beaucoup plus fréquemment des analyses des effets. C'est une évolution réelle. Mais ce qui est intéressant, c'est que ces analyses sont très souvent présentées, dans les décisions, comme étant effectuées à titre surabondant. À ma connaissance, il n'existe d'ailleurs pas d'affaire dans laquelle une infraction aurait été caractérisée exclusivement sur la base de ses effets. La preuve d'effets concrets n'est jamais exigée en tant que telle. Elle peut simplement renforcer une démonstration déjà établie par d'autres éléments.

61. Fernando Castillo de la Torre. Oui, je pourrais dire que je suis 100 % d'accord et m'arrêter là, mais je ne vais pas le faire. En tout cas, je parle ici à titre personnel. Cela ne signifie pas que la Commission est 100 % d'accord avec Maya-Salomé Garnier. Ce *disclaimer* est important, parce qu'évidemment, la question des effets et de la méthode ainsi que les débats entre juristes et économistes continuent d'exister au sein de la Commission. Mais, à titre personnel, je pourrais m'arrêter là. Je vais quand même ajouter quelque chose.

62. Concernant la question de savoir si le droit de la concurrence protège le processus de concurrence ou les consommateurs et le marché, je pense qu'il existe malgré tout une possibilité de rapprocher les deux thèses. En effet, les effets sur la concurrence dont on parle aujourd'hui ne concernent plus uniquement les prix. Certes, en introduisant des éléments comme le choix, la qualité ou l'innovation, on introduit aussi des critères un peu plus subjectifs que les prix, lesquels peuvent, en théorie, être déterminés empiriquement. Mais ces effets couvrent ce que l'on appelle aujourd'hui les paramètres de la concurrence, c'est-à-dire les éléments sur lesquels les entreprises se font concurrence. Si l'on adopte cette conception large des effets, on revient finalement, dans une certaine mesure, à une analyse des processus concurrentiels. Car ce dont on parle, c'est bien de la concurrence comme processus de rivalité entre entreprises. Les entreprises rivalisent précisément sur ces paramètres de concurrence. Il peut donc y avoir un certain rapprochement intellectuel à ce niveau-là. C'était ma première remarque.

63. Ma deuxième remarque rejoint tout à fait celle de Maya concernant l'importance des moyens employés. On sait bien que l'exclusion, en tant que telle, ou la disparition d'un concurrent n'est pas, en soi, un problème. Si cette exclusion résulte d'une concurrence par les mérites, c'est normal : une entreprise peut avoir un meilleur produit et cela ne pose pas de difficulté du point de vue du droit de la concurrence. C'est d'ailleurs pour cette raison que, récemment, tant la jurisprudence que la Commission, dans son projet de lignes directrices sur les abus de position dominante [27], mettent davantage l'accent sur les moyens utilisés pour exclure les concurrents. La question est de savoir si ces moyens sont légitimes. La manière d'apprécier ces critères fait encore l'objet d'un débat, mais, sur le principe, il est évident que l'exclusion, en elle-même, ne suffit pas. De la même manière, l'absence d'effets réels ne signifie pas nécessairement que le comportement est licite, pas plus que l'existence d'effets réels ne confirme automatiquement son illégalité.

64. Finalement, tout se focalise sur les moyens utilisés. On le voit dans des décisions récentes, notamment *Google Shopping* [28], ou encore dans les

27. Lignes directrices aujourd'hui publiées : communication de la Commission, Lignes directrices sur l'application de l'article 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes (C/2026/4675), 9 septembre 2026.

Ce document est protégé au titre du droit d'auteur par les conventions internationales en vigueur et le Code de la propriété intellectuelle du 1er juillet 1992. Toute utilisation non autorisée constitue une contrefaçon, délit pénalement sanctionné jusqu'à 3 ans d'emprisonnement et 300 000 € d'amende (art. L. 335-2 CPI). L'utilisation personnelle est strictement autorisée dans les limites de l'article L. 122 5 CPI et des mesures techniques de protection pouvant accompagner ce document.

affaires relatives au *self-preferencing* [29]. De plus en plus, le cœur de l'analyse ne porte pas tant sur les effets réellement observés sur le marché – où l'on a parfois constaté des évolutions favorables malgré une position dominante – que sur la question de savoir si les moyens employés (notamment le *self-preferencing*) relevaient ou non d'une concurrence par les mérites. Les moyens reviennent donc au centre de l'analyse. Je vais m'arrêter là, parce que nous aurons l'occasion d'y revenir un peu plus tard dans la présentation.

65. Romain Maulin. Merci. Si j'ai bien compris, et si l'on peut converger sur certains constats, ce que l'on peut dire, c'est qu'à partir des années 2000, et sous l'influence américaine, il y a eu ce mouvement de modernisation ; en tout cas, c'est ainsi qu'il a été présenté. Il s'agissait d'une nouvelle approche du droit de la concurrence. Cette évolution a été marquée, comme vous l'avez rappelé, par la décentralisation opérée par le règlement de 2003 [30] et par tout un ensemble de réformes institutionnelles qui ont également renforcé les pouvoirs des autorités nationales de concurrence ainsi que des juridictions nationales.

66. L'une des manifestations les plus visibles de cette modernisation, au-delà du fait que l'on compte aujourd'hui de nombreux économistes de la concurrence, présents dans cette salle ou intervenant à distance, est que les autorités de concurrence se sont elles-mêmes dotées de services économiques. La Commission a ouvert la voie. Si l'on prend aujourd'hui une photographie de l'Autorité de la concurrence française (ci-après "l'Autorité"), on constate qu'elle est dirigée par un économiste de formation. Le rapporteur général, c'est-à-dire celui qui conduit les poursuites, est lui aussi économiste de formation. Le vice-président, Thibaud Vergé, est également économiste de la concurrence. L'Autorité dispose en outre d'un service économique dont, parfois, on ne sait pas très bien à quel stade il intervient dans l'instruction des dossiers. Certainement intervient-il davantage en coulisses, même si cela n'apparaît pas explicitement dans les notifications de griefs, ni même nécessairement dans les décisions elles-mêmes.

67. Il n'en demeure pas moins qu'il existe aujourd'hui, me semble-t-il, une progression de l'analyse économique dans l'appréciation des restrictions de concurrence. Cette évolution va-t-elle suffisamment loin ? Évidemment, selon que l'on est régulateur ou avocat, il sera difficile de parvenir à un consensus. En tout cas, probablement pas aujourd'hui, ni au cours de cette conférence. Mais il existe désormais un contexte institutionnel qui favorise une meilleure prise en compte des effets.

68. Est-elle pleinement satisfaisante ? Je n'en suis pas certain. Il faut néanmoins revenir aux déclarations de la Commission lors de la réforme de 2004. Celle-ci affirmait que les instruments de la politique de concurrence avaient été revus et que leur application concrète serait désormais fondée sur une approche plus économique. C'est peut-être à ce moment-là que la promesse a été mal comprise par certains praticiens, qui ont certainement cru que l'on ouvrait désormais la possibilité de contester toute pratique anticoncurrentielle dès lors qu'il serait possible, à l'appui d'analyses économiques sophistiquées ou de travaux économétriques, de démontrer que les effets avaient été relativement neutres, voire inexistants.

69. Fernando Castillo de la Torre. Pour être clair, les économistes sont indispensables au droit de la concurrence, et il faut en avoir beaucoup. Une part importante de notre activité concerne le contrôle des concentrations, où il s'agit, par définition, d'anticiper l'avenir. Les analyses apportées par les économistes y sont donc absolument essentielles.

70. Pour ma part, lorsque je parle d'une approche plus formelle, cela ne signifie pas que je défends une approche formaliste. L'analyse de ce qui relève d'une concurrence par les mérites n'est pas un exercice purement formel. Pour de nombreux comportements, notamment certains abus liés aux prix, les analyses économiques des prix et des coûts sont indispensables. De même, lorsque l'on s'intéresse aux paramètres de la concurrence, la contribution des économistes reste essentielle, même lorsqu'il n'est plus seulement question des prix.

71. Prenons l'exemple de l'innovation. Si l'on veut apprécier l'impact d'un comportement sur

28. CJUE, 10 septembre 2024, *Google LLC et Alphabet Inc. c/ Commission européenne*, aff. C-48/22 P, EU:C:2024:726.

29. *Ibid*. et Comm. eur., déc. C(2026) 5358 final du 23 juillet 2026, *Alphabet – Online Search Engine – Google Search – Article 6(5)*, aff. DMA.100193 (en anglais).

30. Règlement (CE) no 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, *JOCE* no L 1 du 4 janvier 2003, p. 1.

Ce document est protégé au titre du droit d'auteur par les conventions internationales en vigueur et le Code de la propriété intellectuelle du 1er juillet 1992. Toute utilisation non autorisée constitue une contrefaçon, délit pénalement sanctionné jusqu'à 3 ans d'emprisonnement et 300 000 € d'amende (art. L. 335-2 CPI). L'utilisation personnelle est strictement autorisée dans les limites de l'article L. 122 5 CPI et des mesures techniques de protection pouvant accompagner ce document.

l'innovation, il faut disposer d'études économiques permettant d'identifier les facteurs qui favorisent ou, au contraire, freinent l'innovation. Je disais tout à l'heure que les analyses portant sur d'autres paramètres que les prix sont parfois plus subjectives. Justement, le rôle de l'analyse économique est d'éviter cette subjectivité, en apportant une base aussi objective que possible. Même lorsqu'on parle d'innovation, il ne s'agit pas d'apprécier les choses "au doigt mouillé". Il faut analyser précisément le fonctionnement des marchés afin d'identifier les éléments susceptibles de stimuler ou de réduire l'innovation. Là encore, les économistes sont indispensables.

72. Ce que je veux simplement dire, c'est que, pour certains types de comportements, il ne faut peut-être pas pousser l'analyse économique à l'excès lorsqu'elle n'apporte rien de plus. En revanche, dans la majorité des affaires, elle demeure un élément central. C'est particulièrement vrai lorsqu'il s'agit d'apprécier les gains d'efficience au titre de l'article 101, paragraphe 3, du TFUE, où l'approche économique est devenue incontournable. La Cour de justice évoque même, dans certaines affaires, la nécessité de procéder à des quantifications.

73. Il ne faut donc surtout pas croire que la position défendue par Maya-Salomé Garnier reviendrait à dire que les économistes n'ont plus leur place en droit de la concurrence. Ce n'est absolument pas le cas. Il s'agit simplement de reconnaître que, pour certains types d'infractions, il ne faut pas exagérer le rôle de l'analyse économique. Elle reste néanmoins essentielle dans la plupart des dossiers, précisément parce qu'elle permet de rendre l'analyse aussi objective que possible. En effet, ce n'est pas parce que l'on ne s'intéresse plus exclusivement aux prix et que l'on élargit l'analyse aux processus concurrentiels ou à l'innovation, que l'on peut désormais se permettre de raisonner de manière arbitraire. Il faut toujours rechercher le maximum d'objectivité, et c'est précisément ce à quoi contribuent les économistes.

74. Romain Maulin. Effectivement, les économistes occupent aujourd'hui une place importante. Je ne sais pas quelle est la situation exacte à la Commission, mais, à l'Autorité, c'est particulièrement visible. Au sein des services d'instruction, c'est-à-dire parmi les rapporteurs, on observe aujourd'hui une quasi-parité entre les juristes de formation et les économistes. Certains rapporteurs passent d'ailleurs du service des concentrations au service antitrust. Cela montre bien qu'il existe une progression naturelle de la prise en compte des arguments économiques.

75. Fernando Castillo de la Torre. Je ne connais pas exactement la composition des équipes de la Direction générale de la concurrence, mais je dirais qu'elle est probablement assez proche d'un équilibre de type *fifty-fifty*. Évidemment, cela ne signifie pas que tous les juristes doivent devenir économistes. En revanche, les juristes doivent posséder une véritable culture économique, parce qu'une partie essentielle de notre travail consiste précisément à traduire des analyses économiques, parfois très techniques, dans un langage qui puisse ensuite être compris par les juges. Il faut être capable de rédiger des décisions intelligibles. Même lorsque le raisonnement repose sur des analyses économiques sophistiquées, il faut que ces analyses puissent être présentées de manière claire, lisible et compréhensible par les juridictions.

76. De ce point de vue, nous avons tous un effort à faire. À la DG Concurrence, il existe une véritable sensibilisation à cette question. Les juristes doivent acquérir des connaissances en économie, tout comme les économistes doivent comprendre les contraintes propres au raisonnement juridique. Ce n'est d'ailleurs pas toujours évident.

77. Les économistes qui ont un parcours très académique ne réalisent pas toujours qu'une décision d'une autorité de concurrence est avant tout un acte juridique. Elle doit respecter un certain formalisme, être motivée et, surtout, être lisible par les parties ainsi que par les juges qui seront amenés à en contrôler la légalité. En définitive, le dialogue entre juristes et économistes est indispensable. Il ne s'agit pas de substituer une discipline à l'autre, mais bien de les faire travailler ensemble afin de produire des décisions qui soient à la fois économiquement solides et juridiquement convaincantes.

Ce document est protégé au titre du droit d'auteur par les conventions internationales en vigueur et le Code de la propriété intellectuelle du 1er juillet 1992. Toute utilisation non autorisée constitue une contrefaçon, délit pénalement sanctionné jusqu'à 3 ans d'emprisonnement et 300 000 € d'amende (art. L. 335-2 CPI). L'utilisation personnelle est strictement autorisée dans les limites de l'article L. 122 5 CPI et des mesures techniques de protection pouvant accompagner ce document.

III. Objet anticoncurrentiel, modernisation et auto-évaluation par les entreprises

78. Romain Maulin. Je vous propose de passer au troisième thème. Là encore, nous allons peut-être commencer par vous, Maya-Salomé Garnier. Nous nous interrogions sur la question suivante : la préférence aujourd'hui très marquée, voire quasi exclusive, des autorités de concurrence pour la notion d'objet anticoncurrentiel vous paraît-elle compatible avec le mouvement de modernisation du droit de la concurrence ? Ce mouvement a notamment conduit à la disparition des lettres de confort et des notifications préalables des accords, au profit d'un principe d'auto-évaluation. Autrement dit, chaque entreprise est désormais légalement tenue d'apprécier, elle-même, si ses pratiques contractuelles ou commerciales sont susceptibles de relever des articles 101 ou 102 du TFUE. Comment cette préférence pour la qualification par l'objet s'articule-t-elle, selon vous, avec cette exigence d'auto-évaluation qui pèse désormais sur les entreprises ?

79. Maya-Salomé Garnier. Elle me paraît, à certains égards, paradoxale. Le recours devenu quasiment systématique à la notion d'objet anticoncurrentiel semble en effet quelque peu en décalage avec l'approche plus économique, fondée sur les effets, qui avait été annoncée par la Commission. Cela étant, sur le papier, l'objet anticoncurrentiel est parfois caricaturé, car il ne faut pas oublier qu'il implique toujours une analyse contextuelle. Malgré tout, cette notion constitue, en principe, un facteur de sécurité juridique. Grâce à la célèbre *object box* – c'est-à-dire l'ensemble des comportements identifiés comme poursuivant un objet anticoncurrentiel –, les entreprises sont davantage en mesure de savoir si tel ou tel comportement est susceptible d'être qualifié d'infraction au regard de la jurisprudence.

80. C'est précisément ce qu'exige la logique de l'auto-évaluation instaurée par le règlement no 1/2003. Une telle logique suppose des règles simples, lisibles et suffisamment prévisibles pour permettre aux entreprises d'apprécier elles-mêmes la licéité de leurs pratiques, sans devoir mobiliser, pour chaque accord ou chaque comportement, une analyse économique approfondie. Que les autorités de concurrence disposent d'économistes est évidemment indispensable. En revanche, les entreprises, notamment les PME, voire les entrepreneurs individuels, doivent pouvoir adopter des pratiques commerciales sans être contraints de recourir systématiquement à une expertise économique.

81. À mon sens, le problème ne réside pas véritablement dans l'alternative entre l'objet et les effets. Cette distinction correspond essentiellement à une répartition de la charge de la preuve. Comme nous l'avons évoqué tout à l'heure, lorsque l'objet anticoncurrentiel n'apparaît pas suffisamment évident, il est nécessaire de procéder à une analyse contextuelle plus approfondie, qui peut conduire à examiner les effets de la pratique. J'en profite d'ailleurs pour préciser que les effets permettent essentiellement de corroborer une démonstration fondée sur l'objet. Autrement dit, l'objet anticoncurrentiel ne constitue pas une présomption d'effets. En réalité, la difficulté tient davantage à un manque de lisibilité de certains concepts fondamentaux du droit de la concurrence.

82. Je m'en suis d'ailleurs rendu compte au cours de mes recherches. Comme vous l'avez rappelé, et comme indiqué dans la préface de ma thèse, certaines de mes conclusions et propositions ont pu paraître audacieuses. Pourtant, le fait que M. de la Torre partage certaines de ces positions me conforte dans l'idée qu'il existe aujourd'hui un véritable problème dans la manière dont les infractions de concurrence sont présentées, tant dans la doctrine que dans l'enseignement. Lorsque j'ai étudié le droit de la concurrence, on insistait beaucoup sur les effets. J'avais l'impression qu'ils constituaient un élément constitutif de l'infraction. Si j'ai entrepris cette thèse, c'est précisément parce qu'il me semblait incohérent d'affirmer que les ententes ou les abus de position dominante ne requéraient pas l'intention, tout en faisant des effets un élément constitutif de l'infraction. C'est cette apparente contradiction qui m'a conduite à engager ce travail de recherche. Au fil de mes lectures doctrinales, je me suis aperçue qu'il existait parfois un décalage entre la manière dont la matière est présentée et la réalité de la jurisprudence.

83. À mon sens, le véritable problème se situe là.

Ce document est protégé au titre du droit d'auteur par les conventions internationales en vigueur et le Code de la propriété intellectuelle du 1er juillet 1992. Toute utilisation non autorisée constitue une contrefaçon, délit pénalement sanctionné jusqu'à 3 ans d'emprisonnement et 300 000 € d'amende (art. L. 335-2 CPI). L'utilisation personnelle est strictement autorisée dans les limites de l'article L. 122 5 CPI et des mesures techniques de protection pouvant accompagner ce document.

Si, entre universitaires, nous peinons déjà à nous entendre sur les notions les plus fondamentales de notre discipline (qu'est-ce qu'une restriction de concurrence ? qu'est-ce qu'un comportement anticoncurrentiel ?), comment espérer que les entreprises, dont beaucoup ne disposent pas d'une expertise juridique spécialisée, puissent savoir avec certitude dans quelles situations elles risquent de commettre une infraction ? Cette difficulté est d'autant plus importante que les autorités de concurrence développent aujourd'hui une pratique décisionnelle particulièrement dynamique, parfois audacieuse. Elles ne se contentent plus de sanctionner les cartels classiques ou les ententes verticales dont le caractère anticoncurrentiel est bien établi. Elles innovent constamment afin d'adapter le droit de la concurrence aux évolutions des marchés, ce qui est évidemment positif.

84. Mais cette dynamique présente également un revers. Lorsqu'une autorité décide de sanctionner une pratique qui n'a encore jamais été examinée par la jurisprudence, on est en droit d'attendre qu'elle motive, de manière particulièrement approfondie, les raisons qui justifient le rattachement de cette pratique inédite à la qualification d'infraction au droit de la concurrence. Dans certaines affaires, cette qualification découle naturellement de la jurisprudence existante et demeure parfaitement prévisible. Des difficultés apparaissent en revanche dans des cas limites, dans lesquels on se situe à la frontière entre ce qui est permis et ce qui ne l'est pas. C'est dans ces situations que les exigences de sécurité juridique et d'auto-évaluation prennent toute leur importance.

85. Je pense également que l'on peut adresser une critique aux procédures d'engagement. Si Mme Emmanuelle Claudel nous entend à distance, je pense qu'elle partagera probablement cette analyse. Les engagements permettent incontestablement de rétablir rapidement une situation concurrentielle satisfaisante. Mais cette efficacité s'obtient souvent au prix d'un renoncement à construire la jurisprudence de demain. En effet, lorsqu'une affaire est réglée par des engagements, aucun constat d'infraction n'est prononcé. On peut donc se demander si les autorités n'ont pas parfois privilégié cette voie procédurale afin d'éviter de se prononcer sur certaines questions juridiques inédites.

86. Or, lorsque les autorités font preuve d'audace dans la sélection des affaires qu'elles poursuivent, la véritable question devient la suivante : sur quels critères juridiques la qualification d'infraction va-t-elle reposer ? Si l'on ne dispose pas d'une définition suffisamment claire de l'infraction de concurrence, si l'on ne parvient pas à identifier ce qui en constitue véritablement l'essence, il devient difficile, tant pour les avocats que pour les autorités elles-mêmes, de savoir quels sont les éléments décisifs du débat.

87. Je pense notamment à certaines affaires récentes, comme l'affaire *Samsung* [31], dont vous souhaiterez peut-être parler, mais également aux accords de *no-poach* [32] récemment sanctionnés. J'ai d'ailleurs, récemment, consacré un article aux paramètres de la concurrence [33]. Il n'allait, par exemple, pas de soi que les ressources humaines puissent être considérées comme un véritable paramètre de concurrence susceptible de faire l'objet d'une restriction. Je pense également à la très délicate affaire du *Bisphénol A* [34], dont la solution me paraît particulièrement discutable, notamment parce que je peine à identifier un véritable rapport de concurrence entre les entreprises parties à l'entente.

88. La question que je me pose est donc la suivante : l'auto-évaluation demeure-t-elle possible lorsque la jurisprudence est encore en cours de construction ? Le droit de la concurrence est une matière profondément évolutive. Les autorités développent en permanence de nouvelles solutions afin de répondre aux mutations des marchés. Faut-il, dans ces conditions, faire preuve d'une certaine indulgence à l'égard des entreprises qui adoptent des comportements situés à la frontière entre la légalité et l'illégalité ? Ou bien faut-il considérer que, dès lors qu'une autorité décide finalement de qualifier un comportement d'objet anticoncurrentiel, cette qualification était nécessairement prévisible ? Il s'agit là d'un équilibre particulièrement délicat à trouver.

---

31. CJUE, *Samsung Electronics Benelux BV c/ Autoriteit Consument en Markt*, aff. C-50/26 (affaire pendante). V. égal. ACM, 14 septembre 2021, aff. ACM/20/040569 (en néerlandais).

32. Aut. conc., déc. no 25-D-03 du 11 juin 2025 relative à des pratiques mises en œuvre dans les secteurs de l'ingénierie et du conseil en technologies, ainsi que des services informatiques et *Tondela*.

33. M.-S. Garnier, Les "paramètres de concurrence" : renouveau ou statu quo ? Un essai de conceptualisation, *JDE* 2026, pp. 182-192.

34. Aut. conc., déc. no 23-D-15 du 29 décembre 2023 relative à des pratiques dans le secteur de la fabrication et la vente de denrées alimentaires en contact avec des matériaux pouvant ou ayant pu contenir du bisphénol A. Cette décision fait l'objet d'un recours auprès de la cour d'appel de Paris.

Ce document est protégé au titre du droit d'auteur par les conventions internationales en vigueur et le Code de la propriété intellectuelle du 1er juillet 1992. Toute utilisation non autorisée constitue une contrefaçon, délit pénalement sanctionné jusqu'à 3 ans d'emprisonnement et 300 000 € d'amende (art. L. 335-2 CPI). L'utilisation personnelle est strictement autorisée dans les limites de l'article L. 122 5 CPI et des mesures techniques de protection pouvant accompagner ce document.

89. J'ai parfois le sentiment que la notion d'objet anticoncurrentiel tend, je précise bien, dans certaines affaires seulement, à se rapprocher d'une fiction juridique destinée à faciliter la répression. Il existe aujourd'hui des situations dans lesquelles même un juriste spécialisé, un universitaire ou un avocat expérimenté serait incapable de prévoir, avec certitude, la qualification que retiendra finalement l'autorité de concurrence ou la Commission.

90. Fernando Castillo de la Torre. Oui, à nouveau, je suis en grande partie d'accord. Du point de vue de l'auto-évaluation, la sécurité juridique est effectivement essentielle. Une définition claire des infractions devrait donc, *a priori*, être encore plus importante. En même temps, l'auto-évaluation est arrivée avec la modernisation et avec une approche davantage centrée sur les effets. À l'époque, on s'était déjà rendu compte qu'il existait une certaine contradiction. Je me souviens d'un *workshop*, à la fin des années 2000, au cours duquel un juge nous disait : "*Bon, si vous vous concentrez désormais uniquement sur les effets, il ne devrait plus y avoir d'amendes, puisqu'on ne sait pas nécessairement à l'avance ce qui va se passer. Une entreprise adopte un comportement, puis,* a posteriori*, des économistes concluent qu'il y a eu des effets anticoncurrentiels et que, par conséquent, c'est interdit. Mais peut-être que l'entreprise ne pouvait pas le savoir au moment où elle a agi*." Cette contradiction était donc présente dès le départ.

91. Je suis d'accord avec Maya-Salomé Garnier sur le fait que le véritable problème ne réside pas tant dans la distinction entre l'objet et les effets que dans la définition même de ces notions par la jurisprudence. Malheureusement, la jurisprudence, tant sur la notion d'objet que sur celle d'effets, ou encore sur la clarification de ce qui constitue un abus de position dominante, ne nous a pas beaucoup aidés. On observe une évolution de la définition de l'objet anticoncurrentiel, avec des avancées et parfois des reculs, certaines décisions n'étant pas totalement cohérentes entre elles. Petit à petit, dans un processus très lent, la jurisprudence tente de préciser ce qu'est l'objet anticoncurrentiel et ce que signifie réellement une analyse contextuelle. Ce n'est évidemment pas idéal pour les petites entreprises, qui n'ont pas les moyens de suivre dans le détail toutes les évolutions jurisprudentielles.

92. Le même constat peut être fait en matière d'abus de position dominante. La Cour de justice elle-même est revenue, en 2017, sur sa jurisprudence antérieure dans l'arrêt *Intel* [35], notamment en ce qui concerne les rabais d'exclusivité. Là encore, on voit que la Cour de justice suit, en partie seulement, la logique de la modernisation. Il en résulte une certaine incertitude quant à ce qui est réellement interdit et à ce qui ne l'est pas.

93. S'agissant de la prévisibilité, il existe également cette référence, apparue à un moment donné, à l'"*expérience suffisamment solide*". Cette idée apparaît notamment dans l'arrêt *Budapest Bank* [36], où la Cour de justice évoque, un peu *out of the blue*, l'existence d'une expérience suffisamment solide permettant de qualifier une pratique de restriction par objet. Or, auparavant, personne n'avait réellement entendu parler de ce critère. Par la suite, il n'a d'ailleurs pas été véritablement développé. Malgré tout, cette référence a fourni aux entreprises un nouvel argument de défense, au-delà de la seule contextualisation. Elles peuvent désormais soutenir qu'une pratique ne saurait être qualifiée de restriction par objet lorsqu'elle est examinée pour la première fois, faute précisément d'une expérience suffisamment solide. Selon cette logique, ce ne serait qu'à partir de la deuxième ou de la troisième affaire similaire que la qualification par objet deviendrait envisageable.

94. Évidemment, cette approche ne peut pas être retenue de manière générale. La Cour de justice rappelle d'ailleurs, dans d'autres affaires – notamment dans plusieurs dossiers du secteur pharmaceutique – qu'il n'est nullement nécessaire qu'il existe un précédent pour qu'un comportement puisse être qualifié d'abus. Cette idée a notamment été réaffirmée dans l'affaire *Servier* [37], mais elle apparaissait déjà auparavant dans des affaires comparables, telles qu'*AstraZeneca* [38]. Dans cette dernière affaire, il avait été soutenu qu'il ne pouvait pas y avoir d'abus puisqu'aucune décision similaire n'avait encore été rendue. La Cour de justice a rejeté cet argument en considérant qu'un abus pouvait parfaitement être constaté, y compris lorsqu'il

35. CJUE, 6 septembre 2017, *Intel Corporation Inc. c/ Commission européenne*, aff. C-413/14 P, EU:C:2017:632.

36. CJUE, 2 avril 2020, *Gazdasági Versenyhivatal c/ Budapest Bank Nyrt. et autres*, aff. C-228/18, EU:C:2020:265.

37. Comm. eur., déc. C(2014) 4955 final du 9 juillet 2014, *Périndopril (Servier)*, aff. AT.39612.

38. *AstraZeneca* (aff. C-457/10 P).

Ce document est protégé au titre du droit d'auteur par les conventions internationales en vigueur et le Code de la propriété intellectuelle du 1er juillet 1992. Toute utilisation non autorisée constitue une contrefaçon, délit pénalement sanctionné jusqu'à 3 ans d'emprisonnement et 300 000 € d'amende (art. L. 335-2 CPI). L'utilisation personnelle est strictement autorisée dans les limites de l'article L. 122 5 CPI et des mesures techniques de protection pouvant accompagner ce document.

s'agissait d'une pratique inédite, et qu'une entreprise pouvait même avoir agi de manière délibérée malgré l'absence de précédent. Autrement dit, l'absence de jurisprudence antérieure n'implique pas nécessairement qu'une pratique soit licite. La situation est donc assez complexe aujourd'hui.

95. Pour certains comportements, bien sûr, les choses restent beaucoup plus simples. Je pense notamment aux cartels les plus classiques. Mais même là, les certitudes s'effritent. Prenons l'exemple des RPM. Il s'agit traditionnellement de restrictions verticales considérées comme des restrictions caractérisées (*hardcore restrictions*) dans le règlement d'exemption par catégorie [39]. Or, après l'arrêt *Super Bock* [40], la Cour de justice a néanmoins rappelé qu'il convenait malgré tout d'examiner le contexte. Ainsi, même dans des hypothèses où l'on pensait bénéficier d'une forte prévisibilité, une petite porte s'ouvre désormais, permettant éventuellement de conclure à l'absence d'infraction. Naturellement, les entreprises et leurs avocats s'engouffrent dans cette ouverture pour soutenir que, dans certains cas au moins, une pratique de RPM nécessite une véritable analyse contextuelle.

96. L'affaire *Samsung* [41], actuellement pendante à la suite d'un renvoi préjudiciel des juridictions néerlandaises, illustre parfaitement cette problématique. La question posée est précisément de savoir dans quelle mesure, en matière de restrictions verticales, l'autorité nationale de concurrence doit également analyser la concurrence intermarques, avec quel degré d'approfondissement et selon quelles modalités. Les entreprises soutiennent qu'une analyse trop succincte du contexte ne suffit pas et qu'il faut également examiner la structure du marché, les parts de marché, la pression concurrentielle exercée par les autres marques et, plus largement, le fonctionnement du marché concerné. Le problème, de notre point de vue, est que si l'on exige une analyse aussi approfondie, on aboutit pratiquement à une véritable analyse des effets. Or, la Cour de justice répond que, si l'analyse du contexte est effectivement indispensable, elle ne doit pas être confondue avec une analyse des effets.

97. Romain Maulin. Merci, c'est très intéressant. Là encore, si je devais tenter une synthèse, je crois qu'il existe une référence particulièrement éclairante : les conclusions de l'avocat général Wahl dans l'affaire *Groupement des cartes bancaires* [42]. Il y explique que le recours à la notion de restriction par objet est, je le cite, "*indubitablement source de prévisibilité, et donc de sécurité juridique, pour les entreprises, en ce qu'il leur permet d'avoir connaissance des conséquences juridiques (en termes notamment d'interdictions et de sanctions) qu'entraîneront certaines de leurs actions, telles que, par exemple, la conclusion d'accords portant sur les prix, et d'adapter leurs comportements en conséquence*" [43]. C'est le premier aspect. Mais, dans le même temps, il souligne également 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 et la charge de la preuve de comportements anticoncurrentiels*" [44]. Toute la difficulté est donc là.

98. Cette tension existe parce que le droit de la concurrence repose toujours sur un texte d'incrimination vieux de plus de soixante-dix ans, qui n'a pratiquement pas évolué et qui, sauf à convaincre le législateur d'intervenir, ne changera sans doute pas à court terme. On a toujours insisté sur sa plasticité et sur son effet utile : il faut que le droit puisse appréhender de nouvelles formes d'infractions.

99. À cet égard, un point m'a particulièrement marqué dans les affaires *no-poach*, que je connais assez bien, pour ce qui est de l'affaire devant l'Autorité [45]. C'est la volonté de l'Autorité d'être l'une des premières autorités européennes à rendre une décision contentieuse en la matière, après l'autorité portugaise, qui avait déjà publié un document de *soft law* sur les accords *no-poach* [46]. Or,

39. Règlement (UE) 2022/720 de la Commission du 10 mai 2022 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, *JOUE* no L 134 du 11 mai 2022, art. 4 a).

40. CJUE, 29 juin 2023, *Super Bock Bebidas SA c/ Autoridade da Concorrência*, aff. C-211/22, EU:C:2023:529.

41. CJUE, *Samsung Electronics Benelux BV c/ Autoriteit Consument en Markt*, aff. C-50/26 (affaire pendante).

42. Conclusions AG Wahl, 27 mars 2014, *Groupement des cartes bancaires (CB) c/ Commission européenne*, aff. C-67/13 P, EU:C:2014:1958.

43. *Ibid*., pt 35.

44. *Ibid*., pt 57.

45. Aut. conc., déc. no 25-D-03, préc. Cette décision fait l'objet d'un recours auprès de la cour d'appel de Paris.

46. AdC, Issues Paper on Labour Market Agreements and Competition, Issues Paper – Final Version, septembre 2021, https://www.concorrencia.pt/sites/default/files/Issues%20Paper_Labour%20Market%20Agreements%20and%20Competition%20Policy.pdf.

Ce document est protégé au titre du droit d'auteur par les conventions internationales en vigueur et le Code de la propriété intellectuelle du 1er juillet 1992. Toute utilisation non autorisée constitue une contrefaçon, délit pénalement sanctionné jusqu'à 3 ans d'emprisonnement et 300 000 € d'amende (art. L. 335-2 CPI). L'utilisation personnelle est strictement autorisée dans les limites de l'article L. 122 5 CPI et des mesures techniques de protection pouvant accompagner ce document.

il existe aujourd'hui, alors même que le règlement no 1/2003 devait favoriser la convergence des pratiques décisionnelles des autorités nationales de concurrence, une certaine forme de concurrence entre ces autorités pour être la première à découvrir et à sanctionner une nouvelle catégorie d'infraction. Il y a deux ans, tout le monde parlait des accords de *no-poach*. Aujourd'hui, le sujet est presque passé au second plan. La nouvelle actualité concerne désormais les acquisitions prédatrices (*killer acquisitions*) et le contrôle des concentrations sous les seuils.

100. Fernando Castillo de la Torre. Remarque intéressante. Pour ma part, je comprends le système un peu différemment. À mon sens, la décentralisation ne se base pas sur la prémisse d'une convergence parfaite et forcée entre les autorités de concurrence dans le cadre de leur pratique décisionnelle. Au contraire, le fait d'avoir décentralisé l'application du droit, tout en sachant que la Commission ne peut adopter qu'une dizaine de décisions par an, laisse précisément une marge de manœuvre aux autorités nationales pour expérimenter. Beaucoup d'évolutions du droit de la concurrence naissent ainsi au niveau national. Nous les suivons d'ailleurs de près, puisque les autorités nationales nous transmettent leurs projets de décision. Nous ne sommes pas là pour les bloquer ; nous les examinons avec intérêt. Elles osent parfois entreprendre des choses que nous-mêmes ne pourrions pas faire, soit parce que les dossiers sont trop complexes, soit parce que nos ressources sont limitées, soit encore parce que nous avons déjà fait des choix de priorités en décidant d'allouer nos moyens à certaines affaires plutôt qu'à d'autres. Je trouve donc que la décentralisation permet précisément aux autorités nationales d'expérimenter, de tester les limites du droit et d'explorer des terrains que, parfois, nous ne pouvons pas investir nous-mêmes. Nous ne pourrions pas non plus consacrer nos ressources à des affaires essentiellement nationales.

101. Prenons l'exemple des affaires dans le domaine du sport. Une affaire concernant une ligue nationale n'a pas nécessairement vocation à être reprise par la Commission. En revanche, une affaire comme *FIFA* [47], qui soulève des questions d'ampleur européenne, justifie davantage une intervention de notre part. Ainsi, au niveau national – voire local –, les autorités peuvent expérimenter et tester les limites du droit. Nous n'y voyons pas d'inconvénient. Évidemment, dans le cadre des échanges réguliers entre la Commission et les autorités nationales, il existe des discussions. Il nous arrive de dire qu'un raisonnement pourrait être formulé différemment ou qu'une approche mériterait d'être affinée.

102. Mais je ne crois pas que la décentralisation ait été pensée pour que tout le monde fasse exactement la même chose. Elle repose aussi sur le constat que la Commission ne dispose pas des moyens nécessaires pour tout faire ni pour tester elle-même toutes les évolutions possibles du droit. On pouvait donc légitimement s'attendre à ce que les autorités nationales prennent davantage d'initiatives afin d'explorer, par exemple, les limites de l'article 101 du TFUE, ou, dans d'autres domaines, celles de l'article 102 du TFUE. On l'a vu pour certains abus de position dominante. L'Autorité, notamment dans le secteur du numérique, a parfois ouvert la voie sur des questions que nous n'avions pas encore eu le temps de traiter, également parce que nos procédures sont particulièrement lourdes. Il faut le reconnaître : certaines autorités nationales peuvent aller plus vite que nous. Je pense notamment à l'autorité italienne, qui a récemment adopté des mesures provisoires en quelques jours ou quelques semaines, alors que, de notre côté, une telle procédure exige un processus beaucoup plus long.

103. Je considère donc que cette divergence n'est pas mauvaise en soi. Finalement, il existe toujours la Cour de justice, à travers le mécanisme du renvoi préjudiciel, pour assurer l'unité d'interprétation et déterminer, en dernier ressort, quelle est la bonne lecture du droit de l'Union. Finalement, la décentralisation crée une forme de *regulatory sandbox*, si je puis dire : un espace dans lequel les autorités nationales peuvent, dans des limites raisonnables bien entendu, tester les frontières du droit à travers des affaires parfois controversées.

104. Romain Maulin. C'est intéressant, parce que vous faisiez tout à l'heure référence aux travaux du professeur Emmanuelle Claudel, qui a beaucoup écrit sur les procédures négociées [48]. Celles-ci sont aujourd'hui devenues une réalité, et probablement

47. TPICE, 26 janvier 2005, *Laurent Piau c/ Commission des Communautés européennes*, aff. T-193/02, EU:T:2005:22.

48. V. p. ex. E. Claudel, Procédures négociées, accessoires ou alternatives à la sanction en droit de la concurrence : Raison garder !, *Concurrences* no 4-2015, art. no 75896, pp. 61-83.

Ce document est protégé au titre du droit d'auteur par les conventions internationales en vigueur et le Code de la propriété intellectuelle du 1er juillet 1992. Toute utilisation non autorisée constitue une contrefaçon, délit pénalement sanctionné jusqu'à 3 ans d'emprisonnement et 300 000 € d'amende (art. L. 335-2 CPI). L'utilisation personnelle est strictement autorisée dans les limites de l'article L. 122 5 CPI et des mesures techniques de protection pouvant accompagner ce document.

une nécessité, pour les autorités de concurrence. En revanche, elles ont incontestablement contribué à appauvrir la pratique décisionnelle et, par conséquent, la jurisprudence. Ce phénomène dure maintenant depuis plusieurs années et ses effets sont désormais très visibles.

105. Il existe également un autre élément, plus structurel. Lorsque l'on examine la pratique décisionnelle de l'Autorité, et c'est celle que je connais le mieux, on constate qu'elle rendait encore, il y a quelques années, entre cinquante et soixante décisions par an. Depuis trois ou quatre ans, ce chiffre est tombé à une dizaine de décisions seulement. Il y a donc un véritable ralentissement, qui est, sans aucun doute, plurifactoriel. Je sais que l'Autorité cherche, par divers moyens, à y remédier, mais cette évolution contribue, me semble-t-il, à réduire le nombre de décisions réellement exploitables par les entreprises comme sources de sécurité juridique. Or, c'est précisément ce qui nous intéresse ici.

106. Vous le disiez très justement, Maya-Salomé Garnier : il arrive que les universitaires eux-mêmes ne soient pas d'accord sur l'interprétation d'une décision. Les avocats, pour leur part, ne sont pratiquement jamais d'accord entre eux, et pas davantage sur ces questions. Les régulateurs eux-mêmes peuvent parfois être hésitants quant à la portée de certaines de leurs décisions. Selon que l'on s'adresse au service juridique, aux services d'instruction ou au collège de l'Autorité, il arrive que certains reconnaissent ne pas savoir exactement ce que l'institution a entendu faire dans telle ou telle affaire. Il existe donc une certaine confusion.

107. À cela s'ajoute peut-être un autre facteur : certains instruments de *soft law* qui se veulent, à juste titre, pédagogiques. Je comprends parfaitement cette intention. Mais lorsqu'on lit, par exemple, les lignes directrices sur les restrictions verticales [49], on peut parfois leur faire dire beaucoup de choses. Leur degré de détail, leur rédaction et leur volume rendent parfois très difficile le conseil concret que l'on doit apporter à une entreprise.

108. Prenons un exemple très simple. Un fournisseur vend ses produits sur Amazon. Il ne met pas en place un réseau de distribution sélective, il ne commercialise pas des produits de luxe ni des produits nécessitant une présentation technique particulière. Il vend simplement ses produits et ses revendeurs les achètent sur la base de conditions générales de vente, sans contrat de distribution sélective. Dans ces conditions, le fournisseur ne dispose d'aucun véritable moyen de contrôler la manière dont ses revendeurs présentent ses produits sur Amazon. Il souhaite donc leur interdire de vendre sur cette plateforme, ne serait-ce que pour garantir une présentation correcte de ses produits et de leurs caractéristiques techniques. Une telle interdiction constitue-t-elle une restriction par objet ? Est-elle licite ou non ? Je crois que, même sur une question aussi concrète et apparemment simple, la discussion reste éminemment ouverte. En tout cas, il existe une véritable hésitation.

109. Fernando Castillo de la Torre. Il est vrai que, même lorsque la Commission adopte une dizaine de décisions par an, la plupart sont fondées sur l'article 9 [50] (décision avec engagements) ou résultent d'une transaction. Les décisions constatant véritablement une infraction et développant le droit de manière substantielle sont finalement assez peu nombreuses. C'est précisément pour cette raison que le rôle des autorités nationales est important. Le droit ne se construit pas uniquement à travers les décisions de la Commission, qui sont relativement rares, mais aussi grâce aux décisions nationales et, surtout, grâce aux renvois préjudiciels, qui ont joué un rôle considérable dans l'évolution de la jurisprudence. Il est vrai également que le recours croissant aux engagements entraîne un certain appauvrissement. Autrefois, une décision comportait un véritable constat d'infraction. Aujourd'hui, les engagements offrent moins de matière et réduisent, d'une certaine manière, la prévisibilité du droit.

110. S'agissant des restrictions verticales, je comprends parfaitement la critique. Très souvent, nous ne pouvons pas assurer à une entreprise qu'une pratique est interdite à 100 %. Nous pouvons seulement procéder à une analyse du risque. Nous pouvons dire, par exemple : "*Il y a 80 % de chances que cette pratique soit jugée illicite*", et la réponse finale dépendra du contexte. C'est souvent tout ce que nous pouvons faire. Les lignes directrices [51] ne

49. Communication de la Commission, Lignes directrices sur les restrictions verticales (2022/C 248/01), *JOUE* no C 248 du 30 juin 2022, p. 1.

50. Règlement (CE) no 1/2003, art. 9.

51. Lignes directrices sur les restrictions verticales, préc.

Ce document est protégé au titre du droit d'auteur par les conventions internationales en vigueur et le Code de la propriété intellectuelle du 1er juillet 1992. Toute utilisation non autorisée constitue une contrefaçon, délit pénalement sanctionné jusqu'à 3 ans d'emprisonnement et 300 000 € d'amende (art. L. 335-2 CPI). L'utilisation personnelle est strictement autorisée dans les limites de l'article L. 122 5 CPI et des mesures techniques de protection pouvant accompagner ce document.

contiennent finalement que très peu de situations absolument certaines. On ne peut presque jamais affirmer, de manière catégorique, qu'une pratique est nécessairement licite ou nécessairement interdite. On est toujours conduits à nuancer la réponse, en expliquant que la pratique paraît plutôt interdite, mais qu'il convient malgré tout d'examiner le contexte particulier de l'affaire ainsi que les circonstances concrètes dans lesquelles elle s'inscrit.

IV. L'objet anticoncurrentiel, facilité probatoire ou présomption irréfragable ?

111. Romain Maulin. Merci, nous pouvons maintenant aborder le dernier thème. Le dernier thème est en réalité celui qui donne son titre à cette conférence. Vous avez vu que nous avons procédé par étapes et nous allons enfin répondre à la question initiale. La question est la suivante : l'objet anticoncurrentiel, qui a été construit à l'origine comme une présomption technique ou une facilité probatoire, n'est-il pas devenu aujourd'hui une véritable présomption irréfragable ? Autrement dit, une fois qu'un comportement est qualifié de restriction par objet par une autorité de concurrence, est-il encore réellement possible de s'en défendre ? Maya, je vous laisse nous dire ce que vous en pensez.

112. Maya-Salomé Garnier. Il est très difficile de répondre à cette question après la richesse de nos échanges. Je pense qu'elle est très étroitement liée à la précédente et qu'il faut distinguer deux situations. Avant cela, je voudrais simplement revenir sur certaines affaires récentes, notamment les affaires *no-poach* de l'Autorité [52]. Dans ces dossiers, on se trouvait parfois sur des marchés où la main-d'œuvre n'était pas nécessairement un paramètre de concurrence déterminant pour le consommateur final, contrairement à ce que l'on observe dans la jurisprudence de la Cour de justice relative au secteur du sport [53]. Je précise que je ne connais absolument rien au football. Mais il me semble que dans le domaine du sport, si on limite la mobilité des joueurs entre différentes équipes, on affecte directement un paramètre essentiel de la concurrence. En revanche, dans les affaires françaises, l'influence du paramètre des ressources humaines sur la décision finale du consommateur me paraît moins évidente.

113. Il en va de même dans l'affaire *Bisphénol A* [54]. Je comprends parfaitement qu'il existe des enjeux de santé publique, mais la réglementation devait de toute façon entrer en vigueur. Les consommateurs n'avaient pas encore conscience qu'il pouvait exister un risque sanitaire, et, surtout, il n'existait pas réellement de concurrence entre les différents fabricants concernés : les producteurs de boîtes de conserve pour légumes, les fabricants de canettes de boissons comme Pepsi, etc. Dans ce type d'affaires, il est donc légitime de s'interroger. J'attends d'ailleurs avec impatience les arrêts de la cour d'appel. Dans ces hypothèses, le recours à la qualification par objet peut effectivement devenir un peu fictif, dans la mesure où il est difficile de présumer que les entreprises avaient conscience d'enfreindre les règles de concurrence alors même qu'un doute juridique légitime existait. Les universitaires eux-mêmes s'interrogeaient sur la portée de ces règles, tout comme les avocats. Pour autant, est-ce que cela signifie que l'objet devient une présomption irréfragable ? Je ne le pense pas. Il faut justement attendre les arrêts d'appel pour savoir si les décisions de l'Autorité seront confirmées ou si les arguments développés par les entreprises seront accueillis. C'est un premier point.

114. À côté de cela, il existe d'autres affaires, par exemple *Doctolib* [55], concernant la volonté de sanctionner une acquisition réalisée sous les seuils du contrôle des concentrations au moyen du droit des abus de position dominante. Pour ma part, je n'y vois pas de difficulté. C'est évidemment une interprétation personnelle, mais il me semble que les

52. Aut. conc., déc. no 25-D-03, préc. (cette décision fait l'objet d'un recours auprès de la cour d'appel de Paris) et Aut. conc., déc. no 24-D-06 du 21 mai 2024 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des produits préfabriqués en béton (cette décision fait l'objet d'un recours auprès de la cour d'appel de Paris).

53. *Tondela*.

54. Aut. conc., déc. no 23-D-15, préc. Cette décision fait l'objet d'un recours auprès de la cour d'appel de Paris.

55. Aut. conc., déc. no 25-D-06 du 6 novembre 2025, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la prise de rendez-vous médicaux en ligne et des solutions de téléconsultation médicale. Cette décision fait l'objet d'un recours auprès de la cour d'appel de Paris.

Ce document est protégé au titre du droit d'auteur par les conventions internationales en vigueur et le Code de la propriété intellectuelle du 1er juillet 1992. Toute utilisation non autorisée constitue une contrefaçon, délit pénalement sanctionné jusqu'à 3 ans d'emprisonnement et 300 000 € d'amende (art. L. 335-2 CPI). L'utilisation personnelle est strictement autorisée dans les limites de l'article L. 122 5 CPI et des mesures techniques de protection pouvant accompagner ce document.

décisions qui ont fait suite à l'arrêt *Towercast* [56] (qu'elles reposent sur l'article 101 du TFUE, comme la décision *Équarrissage* [57], ou sur l'article 102 du TFUE, comme la décision *Doctolib* [58]), s'inscrivent dans la continuité de la jurisprudence *Continental Can* [59]. Cette jurisprudence admettait déjà que lorsqu'une acquisition participe à un abus de position dominante, elle peut être sanctionnée sur le fondement des règles générales du droit de la concurrence. Autrement dit, on ne sanctionne pas ici l'acquisition prédatrice en tant que telle, comme on le ferait dans le cadre du contrôle des concentrations. On sanctionne un comportement d'éviction plus global, dont l'acquisition constitue simplement l'un des éléments. Dans cette hypothèse, même si la situation est nouvelle, je ne pense pas qu'il existe un véritable doute légitime sur la portée de la règle. Mais ce n'est que mon interprétation et je comprends parfaitement qu'une entreprise ne maîtrise pas toutes les subtilités du droit de la concurrence.

115. En revanche, je pense que, dans certains cas, l'objet peut effectivement devenir une présomption pratiquement irréfragable. Et cela ne me paraît pas nécessairement problématique. Nous connaissons déjà, en droit de la concurrence, certaines présomptions qui sont, en pratique, extrêmement difficiles à renverser. Je pense notamment à la présomption d'influence déterminante au sein des groupes de sociétés. Lorsqu'une société mère détient 100 % du capital de sa filiale, on présume qu'elle exerce une influence déterminante sur celle-ci. Cette présomption est théoriquement réfragable, mais, en pratique, elle est presque impossible à renverser. Cela me paraît parfaitement légitime. Lorsqu'une société mère détient intégralement sa filiale, le fait qu'elle n'exerce pas de contrôle sur celle-ci révèle une négligence ; or, il serait de mauvaise jurisprudence de permettre à l'entreprise de s'en prévaloir pour échapper à sa responsabilité. Je parlerais ici de présomption normative, c'est-à-dire d'une présomption qui poursuit un objectif précis : imposer un devoir-être à la société mère, en l'occurrence un devoir de surveillance.

116. Il en va de même pour certaines ententes. Bon courage pour démontrer qu'un cartel portant sur les prix ne constitue pas une restriction par objet. Dans ce cas, il est tout à fait normal de présumer l'existence d'un objet anticoncurrentiel. On pouvait encore, avant les années 2000, invoquer certaines justifications, comme la théorie des cartels de crise, que la Commission avait parfois admise. Mais aujourd'hui, au regard de la jurisprudence, cette possibilité paraît complètement fermée. Dans ces situations, la présomption d'objet est théoriquement simple mais devient, en pratique, presque irréfragable. Est-ce problématique ? Je ne le pense pas.

117. Lorsqu'une personne tire à bout portant avec une arme à feu sur une autre, il lui sera extrêmement difficile de soutenir qu'elle n'avait pas l'intention de donner la mort. Certaines présomptions sont matériellement impossibles à renverser en raison du contexte factuel. Toutes proportions gardées, il en va de même pour un cartel sur les prix.

118. En revanche, dans les affaires, de plus en plus nombreuses, où les autorités poursuivent des comportements inédits et utilisent la qualification par objet comme une facilité probatoire, parfois en affirmant, certainement un peu rapidement, que la solution découle naturellement de la jurisprudence, voire de leurs propres décisions non contestées, la situation est différente. C'est là que le problème apparaît.

119. Cette question renvoie également aux moyens de défense dont disposent les entreprises. Comment une entreprise peut-elle justifier une pratique pourtant qualifiée d'anticoncurrentielle ? Peut-elle, par exemple, invoquer son modèle économique ? C'est ce qui est admis en matière de distribution sélective, notamment à travers la théorie des restrictions accessoires. Pourquoi ce raisonnement serait-il réservé à cette seule hypothèse ? Je m'interroge, par exemple, sur le RPM. Pourquoi ne serait-il pas légitime qu'une entreprise souhaite conserver un certain contrôle sur les prix de revente afin de préserver son image de marque ou le fonctionnement de son réseau de distribution ? Il sera très intéressant de voir ce que dira la Cour de justice sur cette question.

56. CJUE, 16 mars 2023, *Towercast SASU c/ Autorité de la concurrence et ministère de l'Économie*, aff. C-449/21, EU:C:2023:207.

57. Aut. conc., déc. no 24-D-05 du 2 mai 2024 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'équarrissage et M.-S. Garnier, Première mobilisation de l'arrêt Towercast par l'Autorité de la concurrence : une transposition inattendue au droit des ententes, *Contrats, conc., consom.* 2024, comm. 117.

58. Aut. conc., déc. no 25-D-06, préc. Cette décision fait l'objet d'un recours auprès de la cour d'appel de Paris.

59. CJCE, 21 février 1973, *Europemballage Corporation et Continental Can Company Inc. c/ Commission des Communautés européennes*, aff. 6-72, EU:C:1973:22.

Ce document est protégé au titre du droit d'auteur par les conventions internationales en vigueur et le Code de la propriété intellectuelle du 1er juillet 1992. Toute utilisation non autorisée constitue une contrefaçon, délit pénalement sanctionné jusqu'à 3 ans d'emprisonnement et 300 000 € d'amende (art. L. 335-2 CPI). L'utilisation personnelle est strictement autorisée dans les limites de l'article L. 122 5 CPI et des mesures techniques de protection pouvant accompagner ce document.

120. Plus généralement, depuis 2003, tant la Commission que la Cour de justice ont admis, à plusieurs reprises, que certains motifs légitimes – ou justifications objectives, selon que l'on raisonne sur le fondement de l'article 102 du TFUE ou sur celui de la théorie des restrictions accessoires de l'article 101 du TFUE – peuvent être invoqués, à condition qu'ils soient légitimes, nécessaires et proportionnés. Plusieurs exemples existent : la garantie du bon exercice de la profession d'avocat, la prise en compte des objectifs de la politique agricole commune, les objectifs de politique sociale poursuivis par les conventions collectives, les règlements antidopage destinés à assurer le déroulement loyal des compétitions sportives, la distribution sélective destinée à préserver l'image de luxe de certains produits ou, plus récemment, la préservation du modèle sportif européen. La véritable question est donc de savoir comment une entreprise peut identifier, à l'avance, les arguments susceptibles de renverser la présomption attachée à l'objet anticoncurrentiel.

121. On constate d'ailleurs que, hormis la distribution sélective, ces justifications sont presque toujours tirées de valeurs extérieures au droit de la concurrence. Elles trouvent leur source dans d'autres politiques de l'Union ou dans d'autres corpus normatifs, que l'on met ensuite en balance avec les exigences du droit de la concurrence. Je pense que cette question des motifs légitimes mérite aujourd'hui d'être davantage discutée. Elle est encore insuffisamment explorée, tant par la doctrine que par les praticiens. Au fond, la véritable interrogation est la suivante : quels arguments pourraient être jugés recevables par les autorités de concurrence, en dehors d'une demande d'exemption individuelle fondée sur l'article 101, paragraphe 3, du TFUE, qui demeure largement théorique, puisque nous ne disposons d'aucune décision d'exemption individuelle ?

122. En définitive, je ne pense donc pas que l'objet anticoncurrentiel soit devenu une présomption irréfragable. En revanche, il constitue une facilité probatoire qui ne doit jamais servir à compenser une motivation insuffisamment rigoureuse des décisions, en particulier lorsqu'il s'agit de comportements inédits. Le recours à l'objet n'est pas problématique en soi, à condition qu'il repose sur une théorie cohérente permettant d'expliquer clairement pourquoi un comportement est considéré comme anticoncurrentiel.

123. Fernando Castillo de la Torre. Il y a vingt ans, si l'on m'avait posé cette question, j'aurais probablement répondu que l'objet constituait pratiquement une présomption irréfragable. En effet, jusqu'au début des années 2000, la jurisprudence avait plutôt tendance à considérer qu'il n'était pas nécessaire d'examiner les effets. Il existait bien quelques situations particulières, par exemple lorsque les prix étaient déjà fixés par l'État, comme dans une ancienne affaire italienne concernant les allumettes [60], où il n'existait plus véritablement de concurrence.

124. Mais, depuis l'évolution de la jurisprudence, et notamment après plusieurs arrêts, dont *Banco BPN/Banques portugaises* [61], la conception de l'objet a évolué. Aujourd'hui, l'objet est davantage conçu comme une présomption de nocivité. La Cour de justice explique très clairement, notamment au point 48 de l'arrêt *Banco BPN/Banques portugaises*, qu'il ne s'agit pas d'analyser les effets de l'accord, mais d'utiliser le contexte pour vérifier si la présomption de nocivité demeure justifiée. Certaines formes de coordination ne peuvent être présumées nocives que lorsque certaines conditions particulières sont réunies. L'objet est donc aujourd'hui une présomption, parfois très forte, parfois moins forte selon les circonstances, mais il ne s'agit pas d'une présomption d'effets.

125. Je ne suis d'ailleurs pas certain que la différence entre objet et effets soit uniquement une question de facilité probatoire. Il me semble plutôt que l'objet même de la preuve est légèrement différent. L'arrêt *Generics* [62] de 2020 montre d'ailleurs que les méthodes de preuve diffèrent selon que l'on raisonne par objet ou par effets. Je ne suis donc pas certain que l'on cherche exactement à démontrer la même chose dans les deux hypothèses.

126. Il reste toutefois plusieurs incertitudes, notamment sur le rôle exact de l'analyse contextuelle. Sert-elle à renverser une présomption déjà établie ? Ou constitue-t-elle, au contraire, un élément que l'Autorité doit démontrer avant même que la présomption puisse jouer ? La différence est importante, notamment au regard de la répartition de

60. CJCE, 9 septembre 2003, *Consorzio Industrie Fiammiferi (CIF) c/ Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, aff. C-198/01, EU:C:2003:430.

61. *Banco BPN*.

62. CJUE, 30 janvier 2020, *Generics (UK) Ltd e.a. c/ Competition and Markets Authority*, aff. C-307/18, EU:C:2020:52.

Ce document est protégé au titre du droit d'auteur par les conventions internationales en vigueur et le Code de la propriété intellectuelle du 1er juillet 1992. Toute utilisation non autorisée constitue une contrefaçon, délit pénalement sanctionné jusqu'à 3 ans d'emprisonnement et 300 000 € d'amende (art. L. 335-2 CPI). L'utilisation personnelle est strictement autorisée dans les limites de l'article L. 122 5 CPI et des mesures techniques de protection pouvant accompagner ce document.

la charge de la preuve entre l'autorité de concurrence et l'entreprise. Ces nuances ne sont pas encore totalement clarifiées par la jurisprudence européenne.

127. Aujourd'hui, on ne peut donc plus dire que la catégorie des restrictions par objet constitue une présomption irréfragable, même si, dans certains cas, les cartels notamment, elle est pratiquement impossible à renverser. Pendant longtemps, selon moi, cela ne posait pas réellement de difficulté, puisque les entreprises pouvaient toujours invoquer l'article 101, paragraphe 3, du TFUE. L'arrêt *Pierre Fabre* [63] rappelait d'ailleurs qu'une restriction par objet pouvait parfaitement bénéficier d'une exemption individuelle. Dans ce cadre-là, la jurisprudence a été plus formaliste, plus rigide en matière d'objet, sans que cela représente un problème, dès lors que l'entreprise pouvait invoquer des éléments proconcurrentiels, si les conditions de l'article 101, paragraphe 3, du TFUE étaient respectées.

128. C'est pourquoi je pense que, dans certaines évolutions récentes, on mélange parfois les questions relevant du paragraphe 1 de l'article 101 du TFUE et celles qui devraient être examinées au titre du paragraphe 3 de ce même article. On anticipe parfois, dès l'analyse de l'existence de la restriction, des considérations qui relèvent en réalité de l'examen des potentiels gains d'efficience et des justifications prévues par l'article 101, paragraphe 3, du TFUE. C'est sans doute l'une des principales difficultés de la jurisprudence actuelle.

129. Romain Maulin. Peut-être pourrions-nous juste revenir sur les présomptions, et notamment sur un article intéressant écrit par Laurence Idot sur les présomptions en droit de la concurrence, dans lequel elle démontre qu'elles sont, fort souvent, irréfragables [64]. Dans un premier temps, ces présomptions ont pu précisément donner un effet utile au droit de la concurrence et aider le régulateur face à l'asymétrie d'information. C'était l'hypothèse un peu archétypale à l'époque des cartels secrets, dont les participants ne conservaient aucune preuve de leur présence. Ainsi, il fallait aider le régulateur à pouvoir poursuivre ces pratiques en retenant : "*Tu as assisté à une réunion, je considère donc que tu adhères au projet anticoncurrentiel sur l'intégralité de la plage infractionnelle*." Je ne conteste évidemment pas que cela ait pu avoir une utilité.

130. En revanche, aujourd'hui, nous sommes tout de même dans une forme de modernité des moyens d'enquête, qui place les régulateurs dans une bien meilleure position procédurale. En effet, lors de la récente affaire *Vivendi/Lagardère* [65], la Commission a eu le droit d'exiger d'une entreprise, suspectée de *gun jumping*, qu'elle lui remette toutes les messageries des personnels clés identifiés. Cette possibilité n'existait pas au moment de l'arrêt *Polypropylène* [66] ou lorsque les arrêts fondateurs en matière de cartels ont été adoptés.

131. Donc, il me semble qu'il y a peut-être, aujourd'hui, une tension entre le fait que l'utilisation de ces présomptions n'ait fait l'objet d'aucune évolution et/ou ne puisse plus être remise en cause, alors même qu'elles étaient originellement réservées à des hypothèses de cartels internationaux où il y avait, par définition, une grosse asymétrie de moyens entre les cartellistes (souvent de grands groupes tout à fait conscients de la nécessité de ne conserver aucun document incriminant) et les régulateurs. Mais sur des pratiques pour lesquelles le régulateur peut plus facilement disposer d'éléments contextuels, soit en adressant des demandes de renseignements (avec la sanction de l'obstruction en cas d'absence de réponse ou de réponse incomplète [67]), soit par des opérations de visite et saisie, ou dans le cadre du contradictoire qui se noue après la notification des griefs, peut-être que dans ces cadres-là, la jurisprudence, en tout cas les principes et les présomptions à mobiliser, devraient ne pas être les mêmes.

132. Fernando Castillo de la Torre. Je ne suis pas sûr, même si c'est vrai que l'on a une certaine facilité accrue pour obtenir certains documents. On utilise de

63. CJUE, 13 octobre 2011, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS c/ Président de l'Autorité de la concurrence et ministre de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi*, aff. C-439/09, EU:C:2011:649.

64. L. Idot, Réflexions sur l'évolution de la preuve des pratiques anticoncurrentielles devant les autorités de concurrence, *Concurrences* no 4-2017, art. no 84879, pp. 45-59.

65. Trib. UE, 3 juin 2026, *Vivendi c/ Commission*, aff. T-1097/23, EU:T:2026:355 ; Trib. UE, 3 juin 2026, *Lagardère c/ Commission*, aff. T-1119/23, EU:T:2026:356.

66. CJCE, 8 juillet 1999, *Commission des communautés européennes c/ Anic Partecipazioni SpA*, aff. C-49/92 P, EU:C:1999:356.

67. V. not., R. Maulin et C. Diodonnat, Les autorités de concurrence durcissent encore le ton face aux pratiques d'obstruction à l'enquête, *Décideurs Droit économique & Affaires européennes* 2026, pp. 6-7 et F. Bronner et C. Frascoli, Obstruction During Antitrust Dawn Raids : Enforcement Trends in the European Union and France, *European Competition & Regulatory Law Review*, vol. 9, no 3, 2025, pp. 227-240.

Ce document est protégé au titre du droit d'auteur par les conventions internationales en vigueur et le Code de la propriété intellectuelle du 1er juillet 1992. Toute utilisation non autorisée constitue une contrefaçon, délit pénalement sanctionné jusqu'à 3 ans d'emprisonnement et 300 000 € d'amende (art. L. 335-2 CPI). L'utilisation personnelle est strictement autorisée dans les limites de l'article L. 122 5 CPI et des mesures techniques de protection pouvant accompagner ce document.

plus en plus de documents internes. Dans le domaine du contrôle des concentrations, il y a certains débats sur l'utilisation des documents internes des entreprises, qui nous donnent souvent une vision des motivations de la concentration. Et dans les grandes affaires *Google* [68], on avait souvent des documents internes qui disaient plus ou moins : "*C'est ce qu'on veut faire ; on veut tuer ou exclure les concurrents*." Donc c'était assez parlant.

133. D'une part, on a une facilité accrue pour utiliser ces documents, mais, à ce moment-là, les entreprises font l'analyse suivante dans les procédures : il faut regarder le contexte. Il faut regarder les structures des marchés. Pour les documents internes, les gens du *business* écrivent beaucoup de choses. Mais s'il n'y a pas d'effets, il n'y a pas d'infraction. S'il n'y a pas d'analyse contextuelle, il faut annuler la décision, nous dit-on. Donc, effectivement, les présomptions, on les utilise en réalité de moins en moins dans certains contextes.

134. C'est dans d'autres types de pratiques que, éventuellement, les documents internes sont très utiles pour nous donner un éclairage sur la réalité. Mais s'agissant des cas d'abus de position dominante, les documents internes ont souvent une importance plus limitée. Ce qui compte, c'est la capacité de produire des effets : est-ce qu'il y a des concurrents qui sont susceptibles d'être exclus ou pas ? Est-ce qu'ils sont aussi efficaces que moi ? "*Vous n'avez pas analysé suffisamment tel élément ou tel élément de la structure de marché ? Vous avez uniquement 15 pages sur cela ; il faut 50 pages*." Donc, il y a toujours une excuse pour s'échapper, même s'il y a un document interne. Dans le cadre de l'abus de position dominante, les présomptions sont utilisées plus rarement comparativement aux cas de cartel. Même lorsque l'on a des preuves écrites, il y a l'analyse contextuelle tout de même. Mais le débat continue et c'est très intéressant pour savoir si c'est une présomption véritable ou pas.

135. Cependant, soyons clairs : dans la pratique, généralement, il est vrai que l'on peut obtenir des preuves directes. Mais même lorsqu'on obtient des preuves directes, il y a toujours des excuses pour dire : "*Ah oui, mais il y a l'analyse contextuelle du marché*." Même si vous avez en cinq pages une "*killing evidence*", s'il manque une analyse de la structure de marché, on risque que la décision soit annulée pour cette seule raison.

136. Maya-Salomé Garnier. J'aurais une remarque et une question. Une remarque d'abord, à propos des documents internes. Ces derniers peuvent parfois faire état du fait que les entreprises veulent "tuer leurs concurrents". Ce genre de preuve – selon laquelle une entreprise veut exclure un concurrent, le "tuer", ou je ne sais quelle autre expression fleurie – est réputée faire état de ce que la Cour de justice appelle l'"*intention subjective*" de l'entreprise.

137. Or, une grande partie de la doctrine qui porte sur l'intention en droit de la concurrence porte en réalité sur cette "*intention subjective*", qui n'est pas l'intention au sens du droit pénal. Cette distinction est vraiment capitale. L'intention subjective au sens où l'entend la Cour de justice, ce sont les mobiles au sens pénal du terme.

138. Je reprends l'exemple du meurtre. Pourquoi est-ce que j'ai tiré à bout portant sur quelqu'un ? Parce que c'était l'amant de ma femme, parce que j'étais énervé… Au fond, peu importe le pourquoi, le fait est que j'ai commis un meurtre. Les raisons pour lesquelles j'ai agi ainsi, ce sont mes mobiles. Ils ne rentrent pas en ligne de compte dans la qualification de l'infraction. Ils peuvent servir d'éléments de preuve, ils peuvent être pris en compte pour apprécier l'existence de circonstances aggravantes ou atténuantes, mais ils ne permettent pas d'établir l'intention. L'intention est déterminée à partir du comportement, à partir des faits ou à partir d'actes qui ont peut-être reçu un commencement d'exécution. L'intention de tuer, l'*animus necandi*, serait prouvée si, par exemple, quelqu'un avait tiré à bout portant sur autrui : on considérerait qu'il avait l'intention de donner la mort.

139. Il en va de même en droit de la concurrence, lorsqu'on trouve dans les documents internes des choses telles que : "*Je veux exclure le concurrent du marché*", etc. Même une entreprise parfaitement en règle avec le droit de la concurrence pourrait s'exprimer ainsi, puisque, encore une fois, l'esprit de rivalité est au cœur même de la concurrence. Quand on participe à une compétition, on veut être le premier. Être le premier, cela implique que les autres ne le soient pas, et donc, d'une manière ou d'une autre, de les évincer. Donc, cette intention-là, ce mobile-là, cette intention subjective, c'est un élément

68. V. not. Comm. eur., déc. C(2018) 4761 final du 18 juillet 2018, *Google Android*, aff. AT.40099.

Ce document est protégé au titre du droit d'auteur par les conventions internationales en vigueur et le Code de la propriété intellectuelle du 1er juillet 1992. Toute utilisation non autorisée constitue une contrefaçon, délit pénalement sanctionné jusqu'à 3 ans d'emprisonnement et 300 000 € d'amende (art. L. 335-2 CPI). L'utilisation personnelle est strictement autorisée dans les limites de l'article L. 122 5 CPI et des mesures techniques de protection pouvant accompagner ce document.

de preuve ; ce n'est pas le cœur de la qualification.

140. Pour la question, je rebondis sur ce que vous avez dit sur les exemptions. Est-ce que ce n'est pas un petit peu problématique de considérer que des arguments qui n'ont pas, selon vous, à être avancés sur le fondement du paragraphe 1 de l'article 101 du TFUE doivent l'être sur le fondement du paragraphe 3 de ce même article ? Or, on sait qu'il n'y a jamais eu d'exemption individuelle. Peut-être que certains arguments qui ont été avancés sur le paragraphe 1 de l'article 101 du TFUE auraient pu conduire à remettre en cause, sans pour autant aller jusqu'à renverser, mais au moins affaiblir un peu l'argumentation de l'objet anticoncurrentiel sur le fondement du paragraphe 1 de l'article 101 du TFUE.

141. Fernando Castillo de la Torre. L'optique de la modernisation, c'était la décentralisation, mais aussi la logique consistant à ne plus accorder d'exemptions, mais plutôt à faire du *prosecutor's law*. Qu'est-ce qui se passe dans la réalité ? On n'adopte pas de décisions positives. Cela ne veut pas dire qu'il n'y a pas de cas où, éventuellement, on ne va pas s'inquiéter parce qu'on s'est dit que cela ne valait pas la peine, pour des raisons diverses. Mais en effet, on a clairement choisi l'option de ne pas adopter de décision d'inapplicabilité au titre de l'article 10 [69]. Pourquoi ? C'est un peu un choix politique que l'on a fait depuis vingt ans et qui est encore d'actualité.

142. Il y a eu des cas quand même d'*informal guidance*, notamment lorsque l'on a changé la Notice on Informal Guidance [70] il y a trois ans pour rendre les processus un peu plus simples. Il y a eu deux cas [71], précisément, qui sont passés récemment sous forme de *guidance*. Dans certains types de coopération, on a dit que, sur la base des éléments, on trouvait qu'il n'y avait pas de problème. Donc, sans prendre la forme d'une décision formelle au titre de l'article 10, on a quand même, de temps à autre, envoyé des signaux positifs pour dire qu'on n'allait pas enquêter sur cela. On n'est parfois pas très explicite pour dire que cela reste en dehors du paragraphe 1 de l'article 101 du TFUE ou que cette situation est plutôt exemptée par le paragraphe 3 du même article, certes. C'est vrai aussi, quand même, qu'on n'a pas donné d'exemptions formelles, et il n'y a pas eu de jurisprudence après l'affaire *Superleague* [72], où il y avait toute une partie sur le paragraphe 3 de l'article 101 du TFUE. Mais c'est vrai que demeure peut-être un certain manque d'accompagnement.

143. Cela étant dit, dans les lignes directrices sur les accords verticaux [73] et horizontaux [74], quelques conseils sont donnés pour savoir dans quelles circonstances la Commission peut envisager que les quatre conditions, pas évidentes à remplir, du paragraphe 3 de l'article 101 du TFUE sont remplies. Donc, en effet, cette politique de ne pas donner de décisions formelles positives, c'est quelque chose que l'on a considéré comme stable depuis vingt ans, parce qu'on considère qu'il faudrait plutôt rentrer dans une logique de *prosecution*, comme aux États-Unis, plutôt que simplement donner des avis positifs à beaucoup d'entreprises.

144. On l'a fait dans certains cas pour le Covid, quand on a utilisé un instrument un peu plus *soft* que l'*informal guidance*, qui est une *comfort letter* [75]. Ce n'est pas une assurance à 100 %, mais cela apporte tout de même une certaine assurance aux entreprises. Pour les États, c'est beaucoup plus compliqué parce que, tel que cela a été dit, les États peuvent clôturer les dossiers, mais ils ne peuvent pas donner des équivalents à l'article 10 [76].

145. S'agissant des intentions subjectives, je suis tout à fait d'accord. Évidemment, les documents internes nous éclairent sur les mobiles du comportement. Mais tous les documents internes ne nous sont pas

69. Règlement (CE) no 1/2003, art. 10.

70. Communication de la Commission relative à des orientations informelles sur des questions nouvelles ou non résolues qui se posent dans des affaires individuelles au regard des articles 101 et 102 du TFUE (lettres d'orientation), *JOUE* no C 381 du 4 octobre 2022, p. 9.

71. Comm. eur., lettre d'orientation informelle C (2025) 4526 final du 9 juillet 2025, *Automotive LNG*, aff. AT.40979 ; lettre d'orientation informelle C (2025) 4523 final du 9 juillet 2025, *APM Terminals*, aff. AT.40976 (en anglais).

72. CJUE, 21 décembre 2023, *European Superleague Company SL c/ Fédération internationale de football association (FIFA) et Union des associations européennes de football (UEFA)*, aff. C-333/21, EU:C:2023:1011.

73. Communication de la Commission, Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 du TFUE aux accords de coopération horizontale (2023/C 259/01), *JOUE* no C 259 du 21 juillet 2023, p. 1.

74. Lignes directrices sur les restrictions verticales, préc.

75. Comm. eur., lettre de confort à Medicines for Europe du 8 avril 2020 ; Comm. eur., lettre de réconfort relative à l'organisation de l'évènement Matchmaking Event – Towards COVID-19 vaccines upscale production du 25 mars 2021 (en anglais).

76. Règlement (CE) no 1/2003, art. 10. V. égal. CJUE, 3 mai 2011, *Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów c/ Tele2 Polska sp. z o.o., devenue Netia SA*, aff. C-375/09, EU:C:2011:270.

Ce document est protégé au titre du droit d'auteur par les conventions internationales en vigueur et le Code de la propriété intellectuelle du 1er juillet 1992. Toute utilisation non autorisée constitue une contrefaçon, délit pénalement sanctionné jusqu'à 3 ans d'emprisonnement et 300 000 € d'amende (art. L. 335-2 CPI). L'utilisation personnelle est strictement autorisée dans les limites de l'article L. 122 5 CPI et des mesures techniques de protection pouvant accompagner ce document.

utiles. On veut gagner des parts de marché, on veut que le concurrent parte, mais ce sont les moyens pour le faire qui comptent. Alors évidemment, parfois, ces documents vont nous éclairer sur les mobiles d'une concentration, par exemple pour savoir exactement quelle est la raison d'être de la concentration. Est-ce qu'on veut vraiment faire des synergies ou plutôt arrêter la ligne de produits parce qu'un concurrent est en train de développer un produit concurrent du nôtre ? On veut plutôt le tuer, par exemple ?

146. Et il y a parfois ces cas-là. Donc, les documents nous font voir un peu l'état d'esprit des entreprises, ce qu'elles font, mais évidemment, l'infraction n'est pas constituée par cela. L'infraction est constituée par le comportement, précisément. Dans l'affaire *AstraZeneca* [77], le Tribunal de l'Union européenne puis la Cour de justice étaient d'accord pour dire que, du moment que les comportements dans deux pays n'étaient vraiment pas de nature à restreindre la concurrence, compte tenu de la politique ou de la pratique suivie par l'autorité nationale de santé, il n'y avait pas eu d'infraction. Il y avait des documents internes et pourtant il n'y a pas eu d'infraction. Les documents internes vont nous aider à interpréter les comportements qui constituent évidemment l'infraction.

147. Romain Maulin. Effectivement, on attend tous avec impatience un premier cas d'exemption positive. Sur les exemptions "*informelles*", si l'on peut utiliser cette expression, vous savez qu'au niveau français, il y a ce que l'Autorité appelle une politique dite de la "*porte ouverte*" [78]. C'est-à-dire que si vous avez un doute – mais il faut que ce soit un doute véritablement légitime, car il ne faut pas déléguer le travail du juriste interne ou de l'avocat à l'Autorité –, l'Autorité est prête, de manière informelle, à vous recevoir et à vous fournir des indications quant à la légalité d'une pratique. Il n'y aura évidemment pas de trace écrite de cela. Contrairement au mécanisme de la lettre informelle, qui, elle, est publiée sur le site de l'autorité de poursuite, il n'y aura pas de document public et opposable. Mais cela permet toutefois d'avoir une certaine réassurance sur certains points un peu limites. Je pense que c'est aussi l'aveu d'une certaine forme d'insuffisance actuelle de la mécanique de l'auto-évaluation et de la disparition des notifications informelles de l'époque. C'était le premier point que je voulais évoquer.

148. Il y a un deuxième point aussi qui me paraît important, c'est peut-être la question de la potentielle obsolescence programmée de certains principes jurisprudentiels, de certaines jurisprudences. Je m'explique. En France, on sait que l'Autorité a voulu accompagner, parce qu'on estimait la France un peu en retard sur ce point-là par rapport à certains pays nordiques, l'essor du commerce électronique. Et la France a donc, en matière de *online bans*, c'est-à-dire les interdictions totales et absolues de vendre en ligne, frappé très fort avec le recours à une infraction par objet, avec une possibilité d'exemption quasi nulle, ou en tout cas une défense compliquée, ou alors une défense qui se situe uniquement sur le terrain du quantum de la sanction, ce qui peut être un peu déceptif. À l'époque, c'était probablement justifié par le fait qu'il ne fallait pas rater le train de la vente en ligne. Les Allemands étaient en avance, là aussi, sur nous et il fallait, à tout prix, les rattraper. Aujourd'hui, la situation a quelque peu changé. Je crois que vous avez plusieurs cas, notamment à la Commission, où vous vous êtes intéressés à la dynamique très complexe des places de marché, qui livraient une concurrence indirecte et parfois déloyale à certains de leurs marchands, parfois des PME ou des entrepreneurs individuels, ceux qui mettaient en ligne les produits sur ces plateformes. Ma question est : est-ce que, typiquement, cette ligne de jurisprudence française ne doit pas être considérée comme obsolète aujourd'hui ?

149. Fernando Castillo de la Torre. Je ne vais pas prendre de position directe sur la question, mais disons que sur le principe, évidemment, il peut y avoir une évolution de la jurisprudence. Il peut y avoir des pratiques dont on a jugé qu'elles seraient problématiques dans un contexte particulier, et qui, vingt ans plus tard, peuvent évoluer. On voit l'évolution technique. On le voit par exemple dans le *search* sur Internet, l'intelligence artificielle : est-ce que les réponses à une requête sur Internet, qui sont des réponses avec intelligence artificielle, sont toujours une partie du *search* ? Les contextes techniques évoluent tellement que des pratiques qu'on pensait être des pratiques anticoncurrentielles deviennent moins problématiques à cause du

77. Trib. UE, 1er juillet 2010, *AstraZeneca AB et AstraZeneca plc c/ Commission*, aff. T-321/05, EU:T:2010:266 ; et dans la même affaire : *AstraZeneca* (aff. C-457/10 P).

78. Aut. conc., Communiqué relatif aux orientations informelles de l'Autorité en matière de développement durable, 27 mai 2024, https://www.autorite-delaconcurrence.fr/sites/default/files/2024-05/20240527-communique-orientations-informelles-fr.pdf.

Ce document est protégé au titre du droit d'auteur par les conventions internationales en vigueur et le Code de la propriété intellectuelle du 1er juillet 1992. Toute utilisation non autorisée constitue une contrefaçon, délit pénalement sanctionné jusqu'à 3 ans d'emprisonnement et 300 000 € d'amende (art. L. 335-2 CPI). L'utilisation personnelle est strictement autorisée dans les limites de l'article L. 122 5 CPI et des mesures techniques de protection pouvant accompagner ce document.

contexte. Par exemple, il peut y avoir une conception de l'exclusivité à un moment donné, une analyse économique plus poussée, ou des changements de contexte technique, qui peuvent remettre en cause certains concepts.

150. Il n'y a pas de problème dans les principes. Et donc je comprends qu'on puisse avancer cet argument aujourd'hui. Il y avait un moment, je me souviens très bien, où l'on voulait encourager le commerce électronique. Tout ce que l'on considérait comme empêchant le commerce électronique subissait un *a priori* négatif. Maintenant le commerce électronique est partout. Si l'entreprise décide de ne pas le faire finalement, c'est peut-être "se tirer une balle dans le pied", parce que, finalement, cela veut dire qu'elle va perdre des parts de marché. Cela dépend également beaucoup des parts de marché, etc. Donc, je ne peux pas exclure qu'il y ait des évolutions dans des cas d'espèce concrets, dans la jurisprudence, ou éventuellement que des pratiques que l'on avait perçues comme étant anticoncurrentielles par objet, puissent être réévaluées.

151. Quoi qu'il en soit, il n'y a rien d'écrit dans le marbre. Il y a dix ans, on aurait dit que ce n'était pas un problème, et maintenant c'est un problème. L'inverse peut aussi arriver.

152. Romain Maulin. Eh oui, les *no-poach agreements*, on dit que c'est un problème aujourd'hui parce que le Department of Justice a, en octobre 2016, publié un document de *soft law* intitulé Antitrust Guidance for Human Resource Professionals [79], estimant qu'il y avait une trop forte rigidité du marché du travail aux États-Unis, notamment parmi les serveurs de *fast-food*, joueurs de foot, mais aussi parmi les consultants en IT. C'est-à-dire qu'il y a quand même un but politique sous-jacent. C'est-à-dire qu'à un moment, on se dit : il faut qu'on casse, par tous moyens, cette rigidité et qu'on permette ainsi aux salariés d'arbitrer entre les employeurs potentiels et, partant, d'obtenir des augmentations de salaire. On se rend compte que certaines clauses contractuelles l'empêchent peut-être, à la marge ou totalement. Et donc là, on va actionner le *public enforcement* au service d'un objectif politique.

153. Fernando Castillo de la Torre. Je ne veux pas dire "politique" dans le mauvais sens, en ce sens que les gens sont "politisés", mais dans un but plus large, également politique, de marché intérieur. Une des raisons pour lesquelles on voulait encourager le commerce électronique, c'était pour achever le marché intérieur. Pour montrer que c'était un bon élément pour permettre précisément aux consommateurs de comparer les prix, alors que le commerce physique ne le permettait pas autant. Donc, il y a cette composante politique, dans le bon sens du terme, pas nécessairement une politisation de la décision, comme on peut le voir parfois peut-être aux États-Unis, mais plutôt un contexte des traités où le droit de la concurrence sert certains objectifs plus larges.

154. Et il faut comprendre certaines qualifications de restriction par objet, notamment en matière verticale, qui empêchent les commerces parallèles, comme ayant pour but le marché intérieur. Donc, peut-être qu'on pourrait se poser la question de savoir si, dans ce contexte-là, où le marché intérieur est aujourd'hui beaucoup plus développé dans le numérique, il n'y aurait plus cette nécessité de considérer que toute restriction au marché intérieur ou certains types de restrictions sont en soi problématiques.

155. Mais oui, en effet, il y a toujours un contexte politique. Je crois qu'en droit européen de la concurrence, le contexte "politique" du marché intérieur a joué un rôle pour définir certains types de restrictions par objet. Et là, on ne se pose pas tellement la question des effets, des quantifications. Il y aura des économistes, comme nous le savons, qui seront très opposés à l'idée de considérer que certains types de restrictions au marché intérieur sont, en soi, anticoncurrentiels par objet. Là, c'est pour cela que je trouve que parfois l'"objet" n'est pas une alternative probatoire à l'"effet" concernant ce qu'il faut prouver. Ce qu'on présume dans une analyse par objet ou par effet n'est pas nécessairement la même chose.

156. Maya-Salomé Garnier. Oui, sur l'aspect politique de la concurrence, je pense que cela apparaît assez nettement aujourd'hui avec la notion de paramètre de concurrence. On l'a vu avec le *no-poach* [80], donc avec les ressources humaines. Je l'ai

79. Department of Justice et Federal Trade Commission, Antitrust Guidance for Human Resource Professionals, octobre 2016, https://www.justice.gov/atr/file/903511/dl.

80. Aut. conc., déc. no 25-D-03, préc. Cette décision fait l'objet d'un recours auprès de la cour d'appel de Paris.

Ce document est protégé au titre du droit d'auteur par les conventions internationales en vigueur et le Code de la propriété intellectuelle du 1er juillet 1992. Toute utilisation non autorisée constitue une contrefaçon, délit pénalement sanctionné jusqu'à 3 ans d'emprisonnement et 300 000 € d'amende (art. L. 335-2 CPI). L'utilisation personnelle est strictement autorisée dans les limites de l'article L. 122 5 CPI et des mesures techniques de protection pouvant accompagner ce document.

remarqué aussi à propos de l'environnement, avec certaines décisions [81]. Et puis même à propos de la santé publique, avec l'affaire *Bisphénol A* [82]. Et finalement, des paramètres qui sont extraconcurrentiels – d'après moi, au cœur du grand débat sur les objectifs du droit de la concurrence que l'on a depuis maintenant des années – se sont faufilés, à la manière d'un "cheval de Troie". Ce sont les paramètres de concurrence qui permettent justement d'intégrer d'autres considérations aux décisions, telles que la qualité, qui se décline maintenant à l'infini.

V. Questions du public

157. Romain Maulin. Est-ce que nous avons, de la part des participants en présentiel ou en distanciel, des questions ou des observations ?

158. Première question du public. Déjà, je voulais vous remercier pour cette conférence et pour votre intervention. Vous avez évoqué à plusieurs reprises l'affaire *Superleague*, le sport, et le fait qu'il existe une volonté politique de ne pas prendre de décisions positives sur le paragraphe 3 de l'article 101 du TFUE – on va dire l'exemption –, mais également de ne pas mélanger le paragraphe 1 et le paragraphe 3 de l'article 101 du TFUE. Je me demandais donc ce que vous pensiez de la place du bilan concurrentiel, et notamment de la balance concurrentielle. Ainsi, je voulais savoir si vous pensiez que cela avait une place actuelle ou future dans les raisonnements.

159. Fernando Castillo de la Torre. Le bilan concurrentiel, dans l'arrêt *Superleague*, n'est pas tout à fait clair. D'une part, la Cour de justice nous a toujours dit que le bilan concurrentiel ne se faisait pas au paragraphe 1 de l'article 101 du TFUE. Pourtant, il y a l'affaire *Generics* et d'autres qui nous disent quand même que, s'il y a des allégations, des effets anticoncurrentiels qui sont avérés substantiels, il faut en tenir compte, non pas pour dire qu'il n'y a pas d'infraction au paragraphe 1 de l'article 101 du TFUE, mais pour dire que ce n'est pas par objet. Cela peut toujours être par effet, mais pas par objet, car cela peut remettre en cause le degré suffisant de nocivité. Donc c'est une prise en compte très limitée, avec un but essentiel qui serait de remettre en cause la qualification, sans nécessairement remettre en cause une action. Donc, le bilan concurrentiel, en principe, on ne le fait pas. Il y a aussi d'autres arrêts, tels *Superleague*, qui disent : non, on ne tient pas compte des effets dans le cadre du paragraphe 1 de l'article 101 du TFUE, pour savoir si c'est une restriction par objet. S'il y a des bénéfices proconcurrentiels, c'est vraiment le paragraphe 3 de l'article précité. Cela dit, évidemment, la jurisprudence n'est pas tout à fait claire.

160. Le cas *Tondela* est un peu particulier à la fin, parce que ce n'est pas vraiment un bilan concurrentiel que l'on a fait. Il y a un objectif anticoncurrentiel et un objectif proconcurrentiel très spécifique. La Cour de justice nous dit que, évidemment, dans une ligue, il faut se mettre d'accord sur les règles, il faut qu'il y ait un certain équilibre entre les équipes. Contrairement à d'autres marchés où l'on peut concevoir qu'il y ait seulement deux ligues ou quatorze ligues, ici c'est vraiment un marché où, par nature, il faut coopérer et il faut maintenir certaines règles. Donc, s'assurer de l'intégrité de la compétition, c'est finalement s'assurer qu'il y a une concurrence. La Cour de justice, très spécifiquement, dit ici que ce n'est pas la même chose que dans d'autres cas où il y avait une invocation d'un intérêt légitime neutre. Ici, même l'intérêt qui est poursuivi est proconcurrentiel. Appliquer cette analyse en dehors du domaine sportif sera compliqué. Et donc, à mon avis, le bilan concurrentiel continuera à se faire entre le premier paragraphe et le troisième paragraphe de l'article 101 du TFUE.

161. Romain Maulin. Oui, sur ce point, je pense qu'il faut commencer en indiquant que la littérature anglaise était parfois peut-être un peu trop simplificatrice de certains concepts, et je pense que là, cela touche pleinement à ce que l'on disait. Je pense que la question de la *rule of reason* a parfois été mal comprise, et donc a dégénéré, si je puis dire, sur la base d'une analyse réductrice de certains arrêts, en la croyance que certaines pratiques pouvaient, dans certains cas, être sauvées au titre d'un bilan concurrentiel favorable, d'une balance des intérêts. Je ne pense pas que cela soit le cas.

162. Il existe toutefois un arrêt qui est plus

81. V. p. ex. : Aut. conc., déc. no 17-D-20 du 18 octobre 2017 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des revêtements de sols résilients.

82. Aut. conc., déc. no 23-D-15 du 29 décembre 2023, préc. Cette décision fait l'objet d'un recours auprès de la cour d'appel de Paris.

Ce document est protégé au titre du droit d'auteur par les conventions internationales en vigueur et le Code de la propriété intellectuelle du 1er juillet 1992. Toute utilisation non autorisée constitue une contrefaçon, délit pénalement sanctionné jusqu'à 3 ans d'emprisonnement et 300 000 € d'amende (art. L. 335-2 CPI). L'utilisation personnelle est strictement autorisée dans les limites de l'article L. 122 5 CPI et des mesures techniques de protection pouvant accompagner ce document.

intéressant, en tout cas, qui donne un peu plus d'espoir aux praticiens, notamment du côté de la défense. C'est l'arrêt *Super Bock*. La Cour de justice nous y dit que le fait que l'on soit en présence d'une restriction caractérisée – donc en matière verticale –, qui, à mon sens, est aujourd'hui le nouveau terrain de jeu de la contestation juridique, en tout cas celui qui donnera, prochainement, lieu à des arrêts décisifs, ne dispense pas l'autorité de concurrence de procéder à l'appréciation d'un degré suffisant de nocivité à l'égard de la concurrence. Là, je pense que l'on se situe davantage dans le cadre du paragraphe 1 de l'article 101 du TFUE que de son troisième paragraphe. Je trouve que c'est beaucoup plus intéressant parce que, quand vous êtes sur la défense, ou en tout cas la tentative de démonstration d'un bilan concurrentiel, la barre est quand même très haute. Et il est peut-être un peu trop tard. Je pense que la machine administrative, sans utiliser le terme de manière péjorative, est trop lancée. Les biais cognitifs (en particulier le biais de confirmation), au sujet desquels Wouter P. J. Wils a écrit, de manière particulièrement convaincante [83], sont déjà trop activés pour qu'un *case team* ou un rapporteur puisse se dire : "*Ah oui, effectivement, je me suis peut-être trompé, ou j'ai peut-être été un petit peu rapide ou simplificateur dans l'analyse et je propose donc de renoncer à la poursuite*." Je crois que c'est trop tard. Donc c'est là où *Super Bock*, je pense, replace, à juste titre, la focale sur la restriction de concurrence.

163. Deuxième question du public. On s'est aperçu que le standard de preuve, l'analyse par les effets dans le numérique, était tellement élevé qu'il a finalement fallu retourner à l'infraction par objet. Est-ce que, selon votre analyse, on n'a pas un retour vers l'infraction par objet avec le Digital Markets Act (DMA) [84] ?

164. Fernando Castillo de la Torre. Je me souviens, dans la thèse, qu'il y avait un chapitre où vous disiez que vous n'étiez pas très favorable.

165. Maya-Salomé Garnier. Effectivement [85]. J'ai également écrit un article paru dans la revue *ORDO* [86], sur le DMA, dans lequel je parle du "*dark side*" du DMA. On accuse, selon moi à tort, le droit de la concurrence d'avoir été par le passé trop formaliste [87], d'avoir eu un biais en faveur de l'approche par objet. Pourtant, comme on l'a répété, l'analyse du contexte a toujours été requise.

166. Certes, il y a désormais davantage d'analyses économiques depuis la modernisation, donc une charge probatoire de plus en plus élevée et un coût de mise en œuvre de plus en plus élevé. Il y a un vrai paradoxe : on a voulu une approche plus économique dans les années 2000, puis on a fini par adopter un règlement qui, loin d'entériner l'approche par les effets, instaure des présomptions légales de nocivité. Ces présomptions ont l'inconvénient d'être susceptibles de devenir assez vite obsolètes, compte tenu du fait que les marchés s'adaptent vite aux contraintes législatives. Le législateur européen l'a anticipé, puisqu'il a prévu un article anticontournement dans le DMA [88] qui énonce que si une pratique a pour objet ou pour effet de contrevenir à certaines règles, elle peut aussi être considérée comme un manquement audit règlement, et ce, même si elle ne figure pas dans la liste limitative.

167. Du point de vue de la précision, de la légalité du texte, de la sécurité juridique, cela peut susciter de légitimes critiques. D'autres critiques peuvent porter sur la séparation des pouvoirs, dans la mesure où la Commission peut réformer le règlement par voie d'actes délégués, mais c'est encore une autre question.

168. Pour moi, l'accusation de formalisme est assez malvenue, dans la mesure où les études économétriques et l'analyse économique sont beaucoup plus formalistes que le raisonnement juridique. Quand on cherche à qualifier une notion et à savoir si un comportement relève ou non d'une concurrence par les mérites, c'est un raisonnement juridique qu'on met en œuvre, et il est tout sauf

83. W. P. J. Wils, The Combination of the Investigative and Prosecutorial Function and the Adjudicative Function in EC Antitrust Enforcement : A Legal and Economic Analysis, pp. 15-19, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1319251.

84. Règlement (UE) 2022/1925 du Parlement européen et du Conseil du 14 septembre 2022 relatif aux marchés contestables et équitables dans le secteur numérique et modifiant les directives (UE) 2019/1937 et (UE) 2020/1828 (règlement sur les marchés numériques), *JOUE* no L 265 du 12 octobre 2022, p. 1.

85. Garnier, *op. cit.*, pp. 439-444.

86. M.-S. Garnier, The Rule of Law at Risk : The Dark Side of the Digital Markets Act, *ORDO*, vol. 72-73, no 1, 2022, pp. 302-316.

87. Sur l'opposition excessive et égarante entre formalisme et approche par les effets : M.-S. Garnier, La régulation du secteur numérique : "approche formelle" ou "approche par les effets" ?. *L'Union européenne et l'économie numérique*, C. Mongouachon (dir.), DICE Éditions, Aix-en-Provence, 2026, pp. 123-137.

88. Règlement (UE) 2022/1925, art. 13.

Ce document est protégé au titre du droit d'auteur par les conventions internationales en vigueur et le Code de la propriété intellectuelle du 1er juillet 1992. Toute utilisation non autorisée constitue une contrefaçon, délit pénalement sanctionné jusqu'à 3 ans d'emprisonnement et 300 000 € d'amende (art. L. 335-2 CPI). L'utilisation personnelle est strictement autorisée dans les limites de l'article L. 122 5 CPI et des mesures techniques de protection pouvant accompagner ce document.

formel. Il y a certes un cadre pour le raisonnement : on est obligé d'avoir une certaine cohérence, on analyse la jurisprudence antérieure, etc. Mais le juge conserve malgré tout un véritable pouvoir créatif dans ce rattachement des cas inédits à la jurisprudence antérieure. En revanche, le raisonnement économique est beaucoup plus formaliste que l'analyse juridique, puisqu'une fois qu'un test est établi, ce sera toujours le même qui sera mis en œuvre, quel que soit le cas. Seules les variables économiques changent.

169. Finalement, l'approche plus économique a conduit à mobiliser davantage ces analyses qui sont beaucoup plus formalistes que le raisonnement juridique, ce qui a conduit à une complexification de la matière. Aujourd'hui, on en revient et l'on adopte le DMA, qui instaure une sorte de véritable présomption légale de nocivité, avec l'inconvénient, donc, de la rigidité. Une rigidité que n'avait pas la jurisprudence en matière de concurrence sur les articles 101 et 102 du TFUE. Cela pose la question de l'allongement sensible des procédures du fait de la modernisation, et la question de la sécurité juridique. Certes, il s'agit de GAFAM, et l'on peut s'imaginer qu'elles ont des services juridiques très compétents. Mais ce n'est pas pour autant qu'on doit abandonner certains principes, comme la séparation des pouvoirs ou le principe de sécurité juridique. Or, le DMA venait à peine d'être adopté qu'une réforme était déjà envisagée pour modifier certaines pratiques prohibées.

170. Et puis, s'agissant de l'efficacité, je me pose quand même la question de savoir : entre le processus législatif d'adoption, le processus de désignation des *gatekeepers*, les premiers recours et les premières décisions, est-ce que le gain de temps est vraiment très important par rapport à la jurisprudence antitrust ? C'est d'ailleurs une question ouverte, monsieur de la Torre. Vous êtes mieux placé que moi pour y répondre.

171. Fernando Castillo de la Torre. Ah oui, il y a beaucoup de questions. Cela vaut le coup, oui, parce que vraiment, dans une affaire antitrust au titre de l'article 102 du TFUE, on est partis pour quatre à cinq ans. Tandis qu'une affaire DMA, il faut la finir en douze mois. Il y a certains cas qui traînent, mais il y a une explication à cela. Les décisions de spécification, il faut les prendre en six mois, et on les prend en six mois. Il y en a eu deux l'année dernière. On est en train d'en préparer deux aussi, qui seront adoptées bientôt. Il s'agit d'un gain conséquent. Il ne faut pas prouver la position dominante, il ne faut pas prouver la position de marché. Les décisions ne font plus 500 pages. Donc, il y a vraiment une grande différence. C'est rigide. Oui, en effet. C'est imparfait. Oui. Aucun règlement n'est parfait. C'est obsolète après ? Probablement oui, parce que les marchés peuvent évoluer.

172. On a voulu avoir un système qui fait abstraction de l'objet et de l'effet. On a considéré certains types de pratiques comme problématiques, même pas comme une présomption, parce que ce n'est pas réfutable. On ne peut pas venir dire : "*Ah oui, mais dans mon cas, il n'y a pas de problème*." Non, c'est interdit, un point c'est tout. Tout en sachant que ce sont des marchés qui évoluent, et donc bientôt on va se retrouver avec le fait que peut-être certaines obligations devront être mises à jour parce qu'elles ne couvrent pas l'intégralité des problèmes.

173. Il y a deux éléments. On peut toujours appliquer l'article 102 du TFUE, et il y a des cas, même dans l'économie numérique aujourd'hui, qui sont basés sur l'article 102 du TFUE. Par exemple, cette affaire pendante contre Meta sur les services d'intelligence artificielle dans WhatsApp [89] : ce n'est pas le DMA, c'est de l'article 102 du TFUE, pour des raisons qui font que ce n'est pas tout à fait couvert par le DMA. Il y a aussi l'affaire qui a été commencée en décembre 2025 contre Google [90], tant pour YouTube que pour le service de *search* concernant l'utilisation de certaines données. C'est passé sous le coup de l'article 102 du TFUE, avec une théorie d'exploitation plutôt. Cela n'a pas encore été publié au registre ; on est encore au stade préalable. Mais cela veut dire que, dans les cas où ce n'est pas vraiment quelque chose qui tombe clairement dans le champ du DMA, plutôt que de s'avancer sur des théories de contournement, on va utiliser les articles 101 et 102 du TFUE pour traiter ces cas.

174. Évidemment, il y a des actes délégués pour pouvoir éventuellement mettre à jour des obligations si jamais on trouve qu'il faut adapter la loi à l'avenir. Donc, on était bien conscient, même dans la rédaction actuelle des articles 6 et 7 du DMA, qu'il

89. Comm. eur., communiqué IP/26/1276 du 9 juin 2026, La Commission impose des mesures provisoires à Meta afin de préserver le libre accès à WhatsApp pour les assistants d'IA concurrents (décision de mesures provisoires non publiée).

90. Comm. eur., communiqué IP/26/1276, préc.

Ce document est protégé au titre du droit d'auteur par les conventions internationales en vigueur et le Code de la propriété intellectuelle du 1er juillet 1992. Toute utilisation non autorisée constitue une contrefaçon, délit pénalement sanctionné jusqu'à 3 ans d'emprisonnement et 300 000 € d'amende (art. L. 335-2 CPI). L'utilisation personnelle est strictement autorisée dans les limites de l'article L. 122 5 CPI et des mesures techniques de protection pouvant accompagner ce document.

pouvait y avoir des imperfections. Parfois, lorsqu'on commence à appliquer des dispositions, on se rend compte que l'on aurait pu écrire cela un peu mieux. Mais c'était le *trade-off* qu'on devait faire en 2022, lorsque l'on a adopté l'acte. Si l'on avait voulu avoir l'acte législatif "parfait", cela aurait pris encore un ou deux ans. Il y avait un certain sens de l'urgence : il fallait faire quelque chose, il fallait adopter l'acte. Même si l'on se rend compte qu'il y aura des obligations qu'on devra peut-être mettre à jour prochainement, on est rassuré par le fait qu'il y a toujours, dans l'antichambre, la possibilité de traiter les comportements par les articles 101 et 102 du TFUE.

175. Donc, les outils continuent à s'appliquer. Attention évidemment : il y aura moins d'affaires d'application de l'article 102 du TFUE dans le secteur numérique qu'avant, et c'est évidemment le cas. Mais vraiment, en termes d'efficacité, oui, bien sûr qu'il y a beaucoup de gains. Parce que maintenant, les cas de non-compliance que l'on traite activement prennent quelques mois. Et pour la plupart, les entreprises doivent avoir un mécanisme de rapport pour respecter les obligations. Ainsi, il y a quand même, par rapport à un cas normal de concurrence, une différence énorme où il faut détecter la pratique, enfin définir le marché, puis caractériser la position dominante.

176. Moi, j'ai fait des affaires où le nombre d'annexes était infini. Évidemment, les requêtes sont très longues, et la complexité du débat dans une affaire traditionnelle de concurrence n'a rien à voir avec la complexité du débat dans les cas de non-conformité avec le DMA. En termes de non-compliance, c'est beaucoup plus concret et plus limité. Est-ce que l'on a respecté une obligation qui est assez clairement décrite ? Évidemment, il peut parfois, même avec les articles 6 et 7 du DMA, y avoir des questions d'interprétation. Mais c'est quand même beaucoup plus concret. Il y a beaucoup d'étapes dans l'analyse économique qui, évidemment, ne sont plus nécessaires. Il y a quand même une complexité accrue dans les décisions dites de "spécification" (art. 8 du DMA). Pas tellement parce qu'il y a une analyse économique, mais parce qu'il y a beaucoup de dimensions techniques. Par exemple, une entreprise va dire que faire cela va compromettre la sécurité du système d'exploitation d'un téléphone ou d'un iPad. Il faut répondre et le débat devient vite assez technique.

177. Romain Maulin. Pour relancer la question sur les arguments techniques, vous ne pensez pas – et je pense notamment à l'acquisition de WhatsApp, qui a montré que la partie notifiante n'avait pas dit toute la vérité sur l'interopérabilité et la migration des utilisateurs WhatsApp vers Meta [91] – qu'il y a aujourd'hui assez de ressources et de compétences techniques chez les régulateurs pour rompre l'asymétrie d'information technique ? Parce qu'évidemment, au niveau des GAFAM, il y a quand même une avance technologique et une construction technologique qui est peut-être difficile à saisir pour le juriste, même le plus agile qui soit.

178. Fernando Castillo de la Torre. Il n'y a jamais suffisamment de ressources pour tout contrôler. C'est évident. On peut agir par la dissuasion. Dans des cas comme ceux-là, par exemple, on a pris comme priorité maintenant, depuis quelques années, ce que l'on appelle les infractions de procédure : mauvaise information, information trompeuse, etc. Il y a, chaque année, plusieurs affaires, deux ou trois même (dans les concentrations) qui sont en cours ou au stade préalable et dans lesquelles on est en train de dire : voilà, il y a quand même une infraction de procédure. Parce qu'on s'est rendu compte qu'en effet, notre seul outil, c'est la dissuasion, et la dissuasion ne peut reposer que sur des amendes ultérieures.

179. Évidemment, ce n'est pas la même chose : une amende de 50 millions d'euros pour une entreprise classique, cela peut faire un peu mal. Pour des géants de la Tech, finalement, 200 ou 300 millions d'euros, ce n'est presque rien. Cette situation est imparfaite. C'est vrai. Mais peut-être qu'on est un peu plus conscient qu'avant que cela peut arriver. On n'aura jamais toutes les ressources pour pouvoir détecter et punir toutes les infractions.

180. Troisième question du public. Je vous remercie beaucoup pour cette conférence. Je voudrais évoquer le fait – et d'ailleurs, cela a été évoqué au cours de vos discussions – qu'il existe une convergence dans l'appréhension des abus de position dominante vis-à-vis de la distinction objet-effet. Comme vous l'avez dit, monsieur Castillo de la Torre, ce n'était pas dans le traité [92]. Et pourtant, la

91. Comm. eur., déc. C(2017) 3192 final du 17 mai 2017, *Facebook/WhatsApp*, aff. M. 8228 (en anglais).

92. TFUE.

Ce document est protégé au titre du droit d'auteur par les conventions internationales en vigueur et le Code de la propriété intellectuelle du 1er juillet 1992. Toute utilisation non autorisée constitue une contrefaçon, délit pénalement sanctionné jusqu'à 3 ans d'emprisonnement et 300 000 € d'amende (art. L. 335-2 CPI). L'utilisation personnelle est strictement autorisée dans les limites de l'article L. 122 5 CPI et des mesures techniques de protection pouvant accompagner ce document.

Cour de justice l'a reconnu dans l'arrêt *Superleague*, par exemple. Il existe désormais des abus par objet et des abus par effet. *AstraZeneca* [93] en est un exemple, même si la Cour de justice n'utilisait pas cette terminologie. Est-ce que, selon vous, il faudrait davantage assumer cette dualité objet-effet en matière d'abus de position dominante, y compris dans la pratique et dans la jurisprudence ? Est-ce que cela résoudrait l'insécurité juridique liée à la notion d'abus, qui est quand même assez imprécise, même après plusieurs décennies de pratique ? Et est-ce que le fait que la Commission n'ait pas adopté cette distinction dans son projet de lignes directrices traduit une résistance à utiliser cette distinction ?

181. Fernando Castillo de la Torre. À titre personnel, je trouve qu'il faut assumer qu'en effet, il existe une telle catégorie. Les contours de la catégorie restent à définir, évidemment. Mais la Cour de justice s'est rendu compte que l'approche économique et la modernisation avaient eu certains effets, et qu'il y avait certains abus qui étaient beaucoup plus flagrants que d'autres. Donc, il ne faut pas rendre la vie trop difficile aux autorités pour traiter ces pratiques. Ce sont les concepts, à mon avis, qu'il faut assumer.

182. Est-ce que la Commission va rédiger des décisions en écrivant "par objet" plutôt que "restriction non déguisée" ? Il y a des hésitations. Il y a toujours l'idée de parler de "restriction non déguisée". On a des affaires où l'on utilise un langage qui est presque le langage de "par objet", mais on ne le dit pas. Notamment, évidemment, les économistes détestent souvent l'idée qu'il puisse y avoir un abus de position dominante par objet. Pour eux, il faut toujours qu'il y ait des effets potentiels. Donc, il y a certains débats internes sur la question.

183. Et c'est vrai que, pour le moment, la Commission a hésité à utiliser les mots "par objet" dans ses textes. Est-ce qu'elle va le faire ? Peut-être. Cela dépend un peu de la manière dont cette tendance jurisprudentielle va se stabiliser. L'affaire *Superleague* suggère que cette catégorie existe. Il y a récemment aussi un arrêt concernant une inspection *Red Bull* [94] où le Tribunal de l'Union européenne fait référence à cette idée. Donc, si la catégorie se stabilise dans la jurisprudence, on pourra dire que ce que l'on a fait correspond à une réalité. Il y a vraiment des réflexions.

184. Pour le moment, on évite d'utiliser les mots. Mais en réalité, on dit simplement : on parle de "restriction non déguisée". Ce n'est pas très différent. C'est un débat sémantique. Ce qui m'intéresse, c'est plutôt la substance. Il y a certains types de restrictions où il ne faut pas démontrer toute une série de choses. Il suffit de démontrer A, B et C, avec un peu d'analyse contextuelle, et cela devrait suffire. Que l'on appelle ça "par objet" ou pas, il s'agit davantage d'un débat sémantique. Mais en effet, la Cour de justice semble dire que cela existe. Il faut l'assumer si cela continue.

185. Romain Maulin. On a vu que certains cas peuvent paraître, en tout cas selon moi, des archétypes d'abus par objet. C'est notamment le cas des pratiques de prix excessifs dans le secteur pharmaceutique. Et je comprends qu'il y a aussi des considérations d'accès aux produits de santé, avec des patients qu'il n'était pas possible de *switcher* vers d'autres molécules, et donc il fallait agir très vite. Est-ce que le fait d'avoir traité ces affaires par le biais d'engagements ne brouille pas un petit peu le message aussi ? Pour le dire plus directement : si c'est très grave, si c'est par objet, peut-être qu'il faut rendre, rapidement, une décision de sanction et non pas une décision d'engagement.

186. Fernando Castillo de la Torre. Pas nécessairement, parce que l'on avait un engagement qui couvrait tous les marchés de l'Union européenne. Pour une décision de constatation d'infraction, il faut alors définir les 27 marchés, caractériser une position dominante sur les 27, et cela prend beaucoup de temps. Donc, il arrive très souvent, pour un constat d'infraction, que l'on se focalise sur quelques marchés nationaux, comme pour *AstraZeneca* [95]. On s'est focalisé sur quelques marchés parce que c'était beaucoup plus simple, et qu'on n'avait pas suffisamment d'éléments ou de données pour établir l'infraction sur d'autres marchés.

187. Donc, parfois le compromis que l'autorité de poursuite doit faire est le suivant : "*Ce serait très bien de faire une décision d'infraction, mais cela va*

93. *AstraZeneca* (aff. C-457/10 P).

94. Trib. UE, 15 octobre 2025, *Red Bull c/ Commission européenne*, aff. T-306/23. Cet arrêt fait l'objet d'un pourvoi devant la Cour de justice (aff. C-865/25 P).

95. *AstraZeneca* (aff. C-457/10 P).

Ce document est protégé au titre du droit d'auteur par les conventions internationales en vigueur et le Code de la propriété intellectuelle du 1er juillet 1992. Toute utilisation non autorisée constitue une contrefaçon, délit pénalement sanctionné jusqu'à 3 ans d'emprisonnement et 300 000 € d'amende (art. L. 335-2 CPI). L'utilisation personnelle est strictement autorisée dans les limites de l'article L. 122 5 CPI et des mesures techniques de protection pouvant accompagner ce document.

concerner uniquement formellement quatre marchés nationaux", parce qu'on ne peut pas aller au-delà. Et ils vont nous offrir des engagements qui couvrent les 27. Il est ainsi préférable d'accepter les engagements plutôt que de faire une belle décision pour faire développer le droit pour l'autorité de poursuite, mais qui ne concerne que quatre marchés. Les consommateurs des autres marchés ne pourraient pas en profiter directement.

188. Romain Maulin. Et donc cela ne préjuge pas une analyse future.

189. Fernando Castillo de la Torre. Cela ne préjuge pas. Mais très souvent, l'élément géographique joue beaucoup dans la décision d'engagement. J'ai entendu la critique de plusieurs professeurs : "*Mais pourquoi autant de décisions d'engagements ?*" On leur réplique que, lorsqu'il y a un faisceau d'indices qui couvre uniquement quatre États membres, on prend normalement les engagements, parce que, sinon, la décision d'infraction va seulement profiter à ces quatre marchés. Normalement, on n'a pas les moyens pour faire une analyse complète de chaque marché, étape par étape (Malte, Chypre, Estonie, etc.).

190. Lorsqu'il y a des marchés nationaux, il peut y avoir des petites différences. Et dans certains cas, la dominance était beaucoup plus difficile à établir dans un pays que dans un autre. Peut-être parce qu'il y avait le médicament innovant qui remplaçait une catégorie de médicaments, et ce remplacement de la nouvelle catégorie par rapport à l'ancienne allait plus lentement dans certains États que dans d'autres, à cause de l'inertie des médecins, par exemple. Donc, pour établir la dominance, dans l'affaire *AstraZeneca*, on s'est concentré sur les six ou sept marchés nationaux où l'on avait les preuves les plus solides. C'est ce qu'on fait normalement. On ne va pas se battre pour caractériser l'abus dans tous les marchés possibles.

Ce document est protégé au titre du droit d'auteur par les conventions internationales en vigueur et le Code de la propriété intellectuelle du 1er juillet 1992. Toute utilisation non autorisée constitue une contrefaçon, délit pénalement sanctionné jusqu'à 3 ans d'emprisonnement et 300 000 € d'amende (art. L. 335-2 CPI). L'utilisation personnelle est strictement autorisée dans les limites de l'article L. 122 5 CPI et des mesures techniques de protection pouvant accompagner ce document.

Concurrences
Antitrust Publications & Events

Concurrences est une revue mensuelle 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 douze chroniques thématiques..

Editoriaux

Jacques Attali, Laurent Benzoni, Elie Cohen, Eleanor Fox, Marie-Anne Frison-Roche, Thierry Guimbaud, Douglas H. Ginsburg, Frédéric Jenny, Roch-Olivier Maistre, Mario Monti, Fiona M. Scott-Morton, Jean Pisani Ferry, Jacques Steenbergen, Denis Waelbroeck, Marc van der Woude…

Interviews

Sir Christopher Bellamy, Sarah Cardell Eshien Chong, Lord David Currie, Thierry Dahan, John Fingleton, Damien Gérard, Olivier Guersent, François Hollande, Herbert Hovenkamp, William Kovacic, Neelie Kroes, Christine Lagarde, Johannes Laitenberger, Emmanuel Macron, Pierre Régibeau, Tommaso Valletti, Christine Varney, Margrethe Vestager…

Libres propos

Jean Philippe Arroyo, Ian Forrester, Calvin Goldman, Ioannis Kokkoris, Petros C. Mavroidis, Frank Montag, John Pecman, Irving Scher, Andreas Schwab, Patrice Spinosi, John Taladay…

Dossiers

Jacques Barrot, Jean-François Bellis, David Bosco, Murielle Chagny, Damien Géradin, Calvin Goldman, Assimakis Komninos, Christophe Lemaire, Pierre Moscovici, Damien Neven, Jorge Padilla, Emil Paulis, Andreas Schwab, Richard Whish…

Articles

Rafael Amaro, Luca Arnaudo, Mor Bakhoum, Zohra Boumedhel, Vincent Bridoux, Guy Canivet, Emmanuel Combe, Guillaume Fabre, Daniel Fasquelle, Georgios Gryllos, Nathalie Homobono, Laurence Idot, Charles Jarrosson, Bruno Lasserre, Ioannis Lianos, Luc Peeperkorn, Nicolas Petit, Catherine Prieto, Joseph Vogel, Wouter Wils…

Pratiques

Actions en réparation, Bilan de la pratique des engagements, Droit pénal et concurrence, *Legal privilege, Cartel Profiles in the EU, Competitive risks in the pharmaceutical sector, Digital Markets Acts and competition, EU foreign investment control, Antitrust and Artificial Intelligence, Failing firm defence, Labor market competition, Merger control in digital markets*.

International

Belgium, Brazil, Canada, China, Germany, Hong Kong, India, Japan, Luxembourg, Sweden, Switzerland, USA…

Droit & économie

Georg Clemens, Pierre Y. Cremieux, Adriaan Dierx, Fabienne Ilzkovitz, Gregor Langus, Vilen Lipatov, Patricia Lorenzo, Damien Neven, Georgios Petropoulos, Edward Snyder, Nadine Watson, Mutlu Özcan…

Chroniques

Ententes

Anne-Sophie Choné Grimaldi, Michel Debroux, Marie Hindré

Pratiques unilatérales

Marie Cartapanis, Claire Mongouachon, Nicolas Zacharie

Pratiques commerciales déloyales

François-Xavier Awatar, Valérie Durand, Jean-Louis Fourgoux, Yasmina Idani, Marie-Claude Mitchell

Distribution

Nicolas Eréséo, Nicolas Ferrier, Anne-Cécile Martin, Philippe Vanni

Concentrations

Franck Audran, Olivier Billard, Etienne Chantrel, Eric Paroche, Igor Simic, David Tayar, Simon Vande Walle

Aides d'état

Jacques Derenne, Francesco Martucci, Bruno Stromsky, Raphaël Vuitton

Procédures

Alexandre Lacresse, Christophe Lemaire, Barbara Monti

Régulations

Orion Berg, Guillaume Dezobry, Sébastien Martin, Francesco Martucci, Michael Perche

Mise en concurrence

Laurence Folliot Lalliot, Bertrand du Marais, Grégory Marson, Fabien Tesson

Actions publiques

Virginie Coursière-Pluntz, Jean-Philippe Kovar, Jérémy Martinez, Francesco Martucci

Horizons

Walid Chaiehloudj, Rafael Allendesalazar, Laurence Nicolas-Vullierme, Silvia Pietrini

Livres

Sous la direction de Catherine Prieto

Revues

François Aubin, Maud Boukhris, Lucile Chneiweiss, Lucien Frys

Tarifs 2025

> Concurrences + ... *Devis sur demande*

Accès illimité à toute la base de données

- 12 numéros de la Revue Concurrences avec 15 000 archives
- 45 numéros du Bulletin e-Competitions avec 30 000 archives
- + 75 ebooks et versions imprimées des ouvrages parus pendant votre abonnement
- + 650 supports de conférences : synthèses, transcriptions, audios, présentations PPT

Services premium

- Accès à l'outil ConcurrencesAi pour faciliter vos recherches juridiques
- Possibilité de télécharger les versions PDF de tous les articles et documents
- Accès nominatifs et par adresses IP

> Concurrences Select . . . . . *Devis sur demande*

- 12 numéros de la Revue Concurrences avec 15 000 archives
- 45 numéros du Bulletin e-Competitions avec 30 000 archives
- + 650 supports de conférences : synthèses, transcriptions, audios, présentations PPT
- Accès nominatifs et par adresses IP

> Concurrences Basic . . . . . *Devis sur demande*

- 12 numéros de la Revue Concurrences avec 15 000 archives
- 45 numéros du Bulletin e-Competitions avec 30 000 archives
- Accès nominatifs

Pour toute information complémentaire ou pour effectuer une demande de devis sur-mesure, merci de nous contacter à l'adresse **subscriptions@concurrences.com**.
Un membre de notre équipe commerciale sera ravi de vous répondre sous 24 heures.

Vous pouvez également nous contacter directement par téléphone au **+33 6 95 25 93 33**.

Pour bénéficier d'un essai gratuit,
merci de **cliquer sur ce lien**