



Université Panthéon-Assas

BANQUE DES MÉMOIRES

Master 2 Droit européen des affaires

Dirigé par le Professeur Louis Vogel

2011

***Existe-t-il une règle de raison dans le
domaine des abus de position
dominante ?***

Hetsch Simon

Sous la direction du Professeur Louis Vogel

TABLE DES MATIÈRES:

RÉSUMÉ	4
PARTIE PRÉLIMINAIRE: ORIGINES ET EVOLUTIONS DE LA RÈGLE DE RAISON	6
1. LA RÈGLE DE RAISON AVANT L'ADOPTION DU SHERMAN ACT.....	6
2. LA RÈGLE DE RAISON APRÈS L'ADOPTION DU SHERMAN ACT.....	7
3. LA RÈGLE DE RAISON EN MATIÈRE D'ABUS DE POSITION DOMINANTE.....	11
PARTIE PREMIÈRE : LA CONSÉCRATION D'UNE ANALYSE PAR LES EFFETS DANS LE CADRE DE L'ARTICLE 102 TFUE ?	19
1. LES THÉORIES ÉCONOMIQUES ET LEUR IMPACT SUR LE DROIT ANTITRUST AMÉRICAIN.....	20
1) AVANT LES ANNÉES 70': L'APPROCHE STRUCTURALISTE... ..	20
2) A PARTIR DE 1970-80': L'AVÈNEMENT DE L'ÉCOLE DE CHICAGO... ..	22
2. UNE ÉVOLUTION COMPARABLE EN EUROPE.....	27
1) EN DROIT DES ENTENTES ET DANS LE CADRE DU DROIT DES CONCENTRATIONS D'ABORD.....	27
2) DANS LE CADRE DES ABUS DE POSITION DOMINANTE ENSUITE.....	29
A) ORIGINES DU TEXTE ET DE L'APPROCHE <i>per se</i>	29
B) LE CONTRASTE AVEC LE DROIT ANTITRUST AMERICAIN.....	32
C) VERS UNE CONVERGENCE?	33
i. L'ARRÊT MICROSOFT.....	33
ii. CONSÉCRATION DE L'APPROCHE PAR LES EFFETS : DU DISCUSSION PAPER À LA COMMUNICATION DE LA COMMISSION.	36

iii. APPROCHE CRITIQUE.....	38
PARTIE SECONDE : LA CONSÉCRATION DE LA PRISE EN COMPTE DES GAINS D'EFFICACITÉ DANS LE CADRE DE L'ARTICLE 102 TFUE ?.....	44
1. LES JUSTIFICATIONS DANS LE CADRE DE L'ARTICLE 102 TFUE	45
A. L'APPROCHE CLASSIQUE DES JUSTIFICATIONS OBJECTIVES.....	45
B. MODERNISATION DE L'APPROCHE CLASSIQUE.....	47
1) LES ARRÊTS À L'ORIGINE DE L'ÉVOLUTION.....	48
a) L'ARRÊT BRITISH AIRWAYS.....	48
b) L'AFFAIRE MICROSOFT.....	49
2) LA CONSÉCRATION DE CETTE APPROCHE : DISCUSSION PAPER ET	
COMMUNICATION DE 2009.....	52
a) UNE APPROCHE EN DEUX TEMPS PROBLÉMATIQUE.....	54
b) UNE CONVERGENCE RÉELLE TOUT EN GARDANT SES SPÉCIFICITÉS....	57
CONCLUSION : VERS UN RAPPROCHEMENT POLITIQUE ?.....	62
BIBLIOGRAPHIE.....	65

Résumé:

La règle de raison est une règle qui a été dégagée par les tribunaux américains pour atténuer la rigueur du Sherman Act. Elle a pris tout son sens lorsqu'a été érigé le principe de prohibition. En effet, dans cette hypothèse, elle permet, à travers la mise en place d'une méthode dite « méthode du bilan concurrentiel » de faire la balance entre les effets pro concurrentiels et anticoncurrentiels qu'engendre une pratique d'entreprise. Si le bilan est positif, la pratique sera jugée raisonnable. Cette règle mise en œuvre aux Etats-Unis, est appliquée, dans la plupart des cas, aussi bien à l'égard de la Section 1 que de la Section 2 du Sherman Act. Or, beaucoup d'auteurs assimilent la Section 2 du Sherman Act à l'article 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne (ci-après TFUE). Il convenait donc de s'interroger sur l'éventuelle importation de cette technique en droit européen de la concurrence.

L'article 102 du TFUE érige également un principe de prohibition, sans pour autant prévoir en son sein un principe d'exemption comme dans le cadre de l'article 101 du TFUE. Dans ce cadre, une règle de raison semble se justifier du moins théoriquement. La mise en œuvre est plus problématique car une règle de raison nécessite la réunion de deux éléments. Il faut, d'une part, une analyse de la pratique centrée sur les effets. Or, l'analyse de la Commission en la matière était plutôt une analyse formelle. Par ailleurs, la règle de raison nécessite aussi, dans le cadre d'une analyse par les effets, que l'on prenne en compte les effets pro concurrentiels d'une pratique. Cela signifie donc qu'une entreprise doit, pour qu'il y ait règle de raison, pouvoir se défendre en opposant à l'Autorité qui la contrôle des gains d'efficacité qui ne sont autre que des effets pro concurrentiels. Sur ce terrain également, le droit européen de la concurrence semblait donc en retrait par rapport au droit américain de la concurrence. Une importation de cette règle semblait dès lors a priori difficile.

Pour autant, aussi bien sur le terrain de l'analyse par les effets que sur le terrain des gains d'efficacité, la jurisprudence et les décisions de la Commission ont semblé poser les prémices d'un changement d'analyse dans le cadre de l'article 102 TFUE. Ce changement semble

aujourd'hui se concrétiser grâce à la Communication de la Commission adoptée le 24 février 2009 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.

Au-delà de la question liée à l'importation de la règle de raison en droit européen de la concurrence, se posait également la question de la convergence sur le terrain des abus de position dominante des droits américain et européen de la concurrence. Si la Communication de 2009 constitue un pas juridique effectué par l'Europe vers les Etats-Unis, les Etats-Unis semblent quant à eux accomplir actuellement un pas politique vers l'Europe, ce qui aboutit à une réelle convergence en la matière, sans pour autant que les deux systèmes juridiques renient leurs spécificités.

PARTIE PRÉLIMINAIRE :

ORIGINES ET ÉVOLUTIONS DE LA RÈGLE DE RAISON

Le sujet ne peut être traité sans que l'on appréhende dans un premier temps la notion de règle de raison et plus particulièrement ce que cette notion recouvre. Cette notion est en effet protéiforme et il conviendra en conclusion de cette partie Préliminaire de dégager la notion qui sera retenue pour traiter le sujet.

1. La règle de raison avant l'adoption du Sherman Act

On considère traditionnellement que la *rule of reason*, règle de raison en français, est apparue aux Etats-Unis avec l'adoption du Sherman Act. Elle est en réalité à l'origine une création des tribunaux de Common law anglais. En effet, ceux-ci ont développé à la fin du Moyen-âge une pratique dénommée « *restraint of trade doctrine* ». Cette pratique consistait à considérer que dans le cadre d'un contrat, toute clause qui était destinée à restreindre la liberté de commerce de l'une des parties était en principe inexécutoire, à moins que celle-ci soit raisonnable eu égard à l'intérêt public et à celui des parties¹. Cette pratique prétorienne fut consacrée en 1711 dans l'affaire « *Mitchell V.Reynolds* » même si on trouve une première trace dès 1414 dans l'affaire « *Dyer's* »². De cette première forme de règle de raison, il ressort qu'entendue d'une manière large, celle-ci constitue un moyen de mettre en œuvre un principe d'interdiction. En effet, la règle de principe étant particulièrement stricte (interdiction pure et simple des clauses restreignant la liberté de commerce), les juges ont

¹ Anthony Jolowicz ; *Droit anglais*, coll. « *Précis Dalloz* », 1986.

² Voir Daniel Fasquelle, *La règle de raison et le droit communautaire des ententes*, thèse de Doctorat en droit, Université Panthéon-Assas (Paris II), 1992, Page 1.

opté pour une approche plus souple, faisant le tri entre ce qui leur semble raisonnable de ce qu'il ne l'est pas, et en validant les clauses dites « raisonnables ». Malgré des origines plutôt britanniques, la règle de raison s'est surtout développée de l'autre côté de l'Atlantique, les Etats-Unis étant placés à l'époque sous l'autorité de la Common law anglaise.

Avant l'adoption du Sherman Act, véritable déclencheur de l'éclosion de la règle de raison aux Etats-Unis, les juridictions américaines appliquèrent la pratique du « *restraint of trade* » de la même manière que les juridictions britanniques au 18^{ième} siècle. Cependant, selon Daniel Fasquelle³, au cours du 19^{ième} siècle, le développement industriel des Etats-Unis, couplé à un accroissement significatif du nombre d'entreprises, ainsi que la multiplication de pratiques collusives ont eu pour conséquence d'accroître le contentieux portant sur la légalité des accords de partage de marché ou de fixation de prix. Or, la pratique des « *restraint of trade* » s'était plutôt développée à l'égard d'un type de clause bien déterminé: les clauses de non-concurrence. Cette pratique n'étant pas adaptée aux ententes entre entreprises, le vote d'un texte fédéral était devenu une nécessité.

2. La règle de raison après l'adoption du Sherman Act

La Cour Suprême a défini le Sherman Act comme étant « *la Magna carta de l'entreprise libre* ». Son adoption a été imposée par l'opinion publique et suscitée par des arrêts de la Cour Suprême. Jusqu'alors, le Congrès était très réticent à intervenir en matière économique. Or, dans une décision « *Wasbasch St Louis & Pacific railway Co v. Illinois State*⁴ », la Cour Suprême renversa sa jurisprudence traditionnelle pour reconnaître désormais au niveau fédéral et donc au Congrès la compétence pour légiférer en matière de droit de la concurrence lorsque le commerce interétatique était concerné.

³ Voir Daniel Fasquelle (précité), Page 16.

⁴ Affaire « *Wasbasch St Louis & Pacific railway Co v. Illinois State* », 118 US 557 (1885).

Le Congrès a ainsi pu légiférer en matière de droit de la concurrence, en adoptant tout d'abord l'Interstate Commerce Act en 1887 pour lutter contre les discriminations dans les tarifs appliqués par les compagnies de chemins de fer. Cependant, le sentiment de l'époque était qu'une législation plus générale qui toucherait l'ensemble des aspects du droit de la concurrence était devenue nécessaire.

A partir de 1890, le Sénat et la Chambre des représentants se saisirent de la question. Il faut souligner que peu de débats précédèrent l'adoption du Sherman Act. Ceci peut s'expliquer en partie parce qu'il régnait en ce domaine un très large consensus au sein du Congrès.

Le texte se caractérise par une sévérité accrue à l'égard des entraves à la concurrence, sans qu'il soit fait de différence entre le degré ou l'auteur de ses pratiques. Ainsi l'article 1^{er} dispose : « *Tout contrat, toute association sous forme de trust ou autrement, ou toute entente en vue de restreindre les échanges ou le commerce entre les différents Etats de l'Union ou avec les pays étrangers, sont illégaux* ».

Malgré une certaine attente de ce texte, notamment par l'opinion publique de l'époque, le sénateur Sherman relève dans son autobiographie⁵ que l'acte qui portait son nom était en quelque sorte tombé en désuétude dès après son adoption pour des raisons surtout politiques.

Cependant, à partir de 1900, la multiplication des ententes entre grandes entreprises ainsi que le mécontentement de l'opinion publique ont contraint les juges à appliquer la nouvelle législation fédérale.

Dans un premier temps les juridictions fédérales ont interprété d'une manière stricte l'article 1^{er} du Sherman Act, ce qui conduisit à condamner la quasi-totalité des ententes⁶. Devant la rigueur du texte, un peu à la manière des juges britanniques quelques siècles plus tôt, une règle est apparue, permettant de valider les accords jugés raisonnables.

⁵ *Sherman (J) Recollections of My Life, 1895.*

⁶ *Pour un exemple de cette interprétation, voir l'affaire « US v. Transmissouri Freight Association », 166 US 290 (1897).*

La première application de la règle de raison après l'adoption du Sherman Act remonte, selon Daniel Fasquelle, à l'affaire « *Addyston Pipe and Steel Co*⁷ ». En effet la Cour Suprême reconnaît pour la première fois que les « *agreements to not compete* » pouvaient être exonérés si ceux-ci n'étaient que l'accessoire d'un contrat dont l'objectif principal était légal. Cette première forme de règle de raison permet d'ores et déjà de nuancer la rigueur de l'article 1 du Sherman Act. Pour autant, elle s'éloigne de la forme classique de la règle de raison reconnue par la suite en droit américain dans la mesure où elle ne permettait pas la prise en compte des effets réels de l'accord sur le marché.

Selon le Professeur D. Fasquelle, « *Cet arrêt est extrêmement important. De façon presque incidente il marque le début de l'application de la règle de raison au Sherman Act. Une telle solution va avoir des conséquences considérables sur le développement du droit de la concurrence*⁸ ». Un auteur américain ira jusqu'à considérer que cette décision constitue : « *one of the imperishable landmarks of our law* »⁹.

Cependant, comme il a été indiqué ci-dessus, le critère retenu dans l'arrêt susmentionné était trop étroit. Dès lors, à l'occasion de deux affaires « *Standard oil of New Jersey*¹⁰ » et « *Us v. American Tobacco*¹¹ », la Cour Suprême a opté pour un nouveau critère de raison : le bilan concurrentiel.

Ces arrêts méritent d'être cités, car non seulement la Cour suprême y consacre une nouvelle forme de règle de raison, mais elle va également y établir un *modus operandi* permettant aux différents tribunaux d'appliquer cette nouvelle règle de raison d'une manière efficace. Si une

⁷ *Affaire Addyston Pipe and Steel Co. v. United States*, 85 F. 271 (6th Cir. 1898).

⁸ Daniel Fasquelle; *La règle de raison et le droit communautaire des ententes*, thèse de Doctorat en droit, Université Panthéon-Assas (Paris II), 1992; Page 31.

⁹ Handler (M.), « *The Judicial Architects of the Rule of Reason* », *Antitrust in perspective*, 1957, p.9.

¹⁰ Arrêt « *Standard Oil of New Jersey v. US* », 221 US 1 (1911).

¹¹ Arrêt « *US v. American Tobacco* », 221 US 106 (1911).

ouverture vers un assouplissement dans l'interprétation de l'article 1 du Sherman Act avait été perçue dans l'arrêt « *Standard Oil Of New Jersey* », c'est véritablement dans l'arrêt « *US v. American Tobacco* » que la nouvelle forme de règle de raison fut consacrée.

On peut citer ici le juge White qui dans ce dernier arrêt précise : « *Il a été consacré dans l'affaire « Standard Oil of New Jersey» que les termes « restriction du commerce » présents dans la Common law et la loi de ce pays, au moment de l'adoption de la loi antitrust, ne concernent que les actes, les contrats, les accords, ou les ententes qui existaient au détriment de l'intérêt public en retreignant de façon injustifiée la concurrence, ou en faisant obstacle au déroulement normal du commerce, ou encore soit en raison de leur nature inhérente , de leurs effets, ou de leurs objectifs..., restreignent de façon préjudiciable le commerce, si l'on voulait donner aux termes utilisés par la loi tout leur sens*¹² ». On peut voir dans le passage rapporté ci-dessus la véritable consécration de la nouvelle règle de raison qui permettra au juge de départager, grâce à une méthode d'analyse appelée « *méthode du bilan concurrentiel* », les bonnes des mauvaises ententes.

Cette méthode du bilan concurrentiel est destinée, selon le Professeur Kovar, à établir pour chaque accord, situé dans son contexte réel, un bilan de ses effets pro et anticoncurrentiels. Si ce bilan s'avère positif, on considérera que l'accord en cause porte moins atteinte à la concurrence qu'il ne la stimule et doit dès lors échapper à l'application de l'article 1^{er} du Sherman Act¹³. Selon René Joliet, il faudra désormais pour le juge apprécier les effets concrets engendrés par l'accord en cause pour déterminer s'il mérite d'échapper à l'application de l'article 1^{er} du Sherman Act¹⁴.

Deux remarques peuvent être faites à ce stade. La première est que cette forme nouvelle de règle de raison a supplanté la technique des restrictions accessoires, au point de marginaliser cette dernière. La seconde remarque concerne la portée de la méthode du bilan

¹² Arrêt « *Standard Oil of New Jersey v. US* », 221 US 1 (1911).

¹³ Kovar (R.), « *Le droit communautaire de la concurrence et la règle de raison* » RTD eur. 87, p. 237.

¹⁴ Joliet (R.), *The Rule of Reason in Antitrust Law*, Faculté de droit, Liège, Martinus Nijhoff, La Haye, 1967.

concurrentiel. En effet, les tribunaux, en consacrant celle-ci, modifient leur approche à l'égard des ententes et autres accords car, contrairement à l'approche majoritaire prévalant avant l'adoption du Sherman Act, l'existence d'un accord entre deux ou plusieurs entreprises n'est plus répréhensible en soi et n'est dès lors plus, selon Daniel Fasquelle, « *que l'une des conditions nécessaires pour déclencher l'application de l'article 1^{er} du Sherman act* ¹⁵ ».

3. La règle de raison en matière d'abus de position dominante

La plupart des développements qui précèdent traitent principalement des ententes, car initialement la *rule of reason* a été développée pour nuancer la rigueur de l'article 1^{er} du Sherman Act relatif aux ententes et celle-ci s'est construite au fil des jurisprudences relatives aux ententes. Cependant, une règle de raison existe bien dans le cadre de la section 2 du Sherman Act qui porte sur les situations de position dominante. Il convient d'en dégager les principales évolutions.

Jusque dans les années 1970', l'approche des juges à l'égard des pratiques de « Monopolization » était plutôt une approche que l'on qualifierait de *per se*. La notion de règle *per se* doit être définie. Une définition de cette règle peut être trouvée dans une décision « *Nothern Pacific Railways Co v. US* ¹⁶ » rendue par la Cour suprême des Etats-Unis en matière d'entente:

« ...Il existe certains accords ou pratiques qui, en raison de leurs effets pernicieux sur la concurrence, et en l'absence de justifications pouvant être invoquées en leur faveur, doivent être présumés déraisonnables, et par conséquent illégaux, sans qu'il soit nécessaire de se livrer à une enquête approfondie des nuisances qu'ils ont pu causer, ou des justifications économiques avancées en leur faveur (...).

¹⁵ Daniel Fasquelle; *La règle de raison et le droit communautaire des ententes*, thèse de Doctorat en droit, Université Panthéon-Assas (Paris II), 1992. Page 33.

¹⁶ Arrêt *Nothern Pacific Railways Co v. US*, 356 US 1 (1958).

On date approximativement son apparition d'un point de vue terminologique vers les années 1940. Cependant celle-ci elle est en germe depuis la consécration de la règle de raison en droit américain dans sa forme mettant en œuvre la méthode du bilan concurrentiel. On oppose souvent les deux notions, mais il convient de préciser qu'en réalité la règle *per se* ne concerne que la forme de règle de raison faisant appel à la méthode du bilan concurrentiel. Ainsi, les accords et pratiques prohibés d'une manière mécanique à travers la règle *per se*, seront ceux pour lesquels on considère que le bilan concurrentiel est systématiquement négatif. Il y a donc un lien entre la rule of reason mettant en œuvre la méthode du bilan concurrentiel et la règle *per se*.

Cette approche initialement *per se* retenue par les juges dans le cadre de la section n°2 du Sherman Act a par la suite évolué. Ainsi, après une approche par la forme qui ne tenait pas compte des effets réels qu'entraînaient les pratiques entrant dans le cadre de la section n°2 du Sherman Act, les juges ont commencé à développer, influencés par l'essor et la consécration des nouvelles théories économiques de l'école de Chicago (New Learning), une approche tenant compte de la personne du consommateur¹⁷. A partir des années 1970, les abus d'éviction seront ainsi appréciés selon qu'ils accroissent ou réduisent le pouvoir d'achat des consommateurs. Il convient d'ores et déjà de préciser que ce recentrage de la section 2 du Sherman Act vers une protection du consommateur et non des compétiteurs a également été opéré dans le cadre du droit européen de la concurrence, notamment à travers le Discussion Paper de 2005¹⁸ ou la Communication de la Commission de 2009¹⁹.

D'aucuns pourraient s'interroger sur les motifs d'un tel changement de cap ? Un peu à la manière des ententes, la pénétration de l'économie dans le droit a eu pour conséquence un «

¹⁷ L'une des critiques faite à l'approche structuraliste des « Monopolization » aux USA consistait à dire que ce type d'approche *per se* protégeait plus les entreprises (petites) compétitrices que le consommateur.

¹⁸ Discussion Paper que l'on peut retrouver à cette adresse : <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>

¹⁹ Communication que l'on peut trouver en français à cette adresse : <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/v/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2009:045:0007:0020:FR:PDF>

enforcement » différent selon les époques. Ainsi, si les structuralistes prônaient en matière de « monopolization » un interventionnisme important, cela se justifie par leur conception de l'économie de l'époque. Les structuralistes raisonnent par rapport à la structure du marché et, partant, protègent les petits compétiteurs par rapport aux entreprises se trouvant en position dominante. Dès lors, l'objectif principal est d'empêcher que les grosses structures par leur comportement portent atteinte à ces petits compétiteurs, ce qui justifiait un interventionnisme actif et dès lors une approche plus préoccupée par la structure du marché que par le consommateur.

Cette théorie structuraliste fut critiquée avec véhémence par les partisans de l'école de Chicago. Ces derniers considéraient que la politique menée dans le cadre de la section n°2 du Sherman Act était trop interventionniste car se focalisant sur les compétiteurs plutôt que sur le consommateur. Ainsi, ceux-ci considèrent que sur le long-terme, le marché corrige ses imperfections, et que dès lors la politique interventionniste menée avant les années 1980 avait eu pour conséquence qu'un certain nombre de pratiques entrant dans le cadre de la section n°2 du Sherman Act avaient été considérées comme anticoncurrentielles par les tribunaux, alors même que sur le moyen-long terme ces pratiques pouvaient s'avérer bénéfiques pour le consommateur²⁰. L'idée derrière cette nouvelle approche est de privilégier les erreurs dites de Type 2 (faux négatifs) plutôt que celle de Type 1 (faux positifs) qui traduiraient un interventionnisme trop important.

Malgré les critiques émanant de l'école Post-Chicago, force est de constater que cette politique non-interventionniste en matière d'*enforcement* de la section n°2 du Sherman Act a trouvé grâce aux yeux des Juges mais également du Département of Justice comme en témoigne le Rapport de Septembre 2008²¹. Soulignons cependant qu'actuellement les Etats-Unis et en particulier le Département of Justice souhaiteraient réintroduire un interventionnisme

²⁰ Par le biais de l'innovation notamment.

²¹ Rapport du Département of Justice sur la Section 2 du Sherman Act (ensuite retiré, voir *infra*). Ce rapport se trouve sur le site du Département of Justice Américain : <http://www.justice.gov/atr/public/reports/236681.pdf>

me raisonnable en la matière, comme en témoigne le retrait, opéré peu de temps après son introduction, du Rapport de 2008 susmentionné²².

L'approche aux Etats-Unis concernant les abus de position dominante (pour reprendre une terminologie européenne) est donc plutôt libérale, et plutôt axée sur les effets. Cependant, tout comme pour les ententes on ne saurait en conclure pour autant que la règle de raison est systématiquement mise en œuvre en matière de section n°2 du Sherman Act.

Ainsi, en matière d'entente on peut faire référence à l'arrêt *Leegin Creative Leather Products VS PSKS*²³ rendu par la Cour Suprême qui a permis une évolution d'une règle dite *per se* vers une règle de raison en matière de fixation de prix de revente minimum. En effet depuis l'arrêt *Dr Miles* de 1911, la fixation de prix de revente par un fabricant constituait systématiquement une violation de la Section n°1 du Sherman Act, et ce, quelle que soit la motivation du fabricant. Depuis l'arrêt communément appelé *Leegin*, la fixation de prix a minima est appréciée à l'aune d'une règle de raison. Cette nouvelle approche permet par ailleurs une convergence entre le droit américain et le droit européen sur ce point particulier, dans la mesure où de telles pratiques pouvaient déjà être exemptées au titre de l'article 101§3 du TFUE en Europe.

De la même façon, la règle de raison, bien qu'utilisée très couramment par le juge américain dans le cadre de la Section n°2 du Sherman Act, n'est pas pour autant une règle absolue. C'est ce que démontre William J. Michael dans son article intitulé « *Holms and the bold man; Why rules of reason should be the standard in Sherman Act section 2 cases*²⁴ ». Cet article est un véritable plaidoyer pour une généralisation de l'approche par la règle de raison en matière de section n°2 du Sherman Act. Selon l'auteur, malgré une pénétration importante des préceptes

²² Intervention le 11 mai 2009 de Christine Varney adjointe de l'Attorney General pour la Division Antitrust du ministère de la Justice des Etats-Unis. Cette intervention se trouve dans son intégralité sur : <http://www.justice.gov/atr/public/speeches/245711.htm>

²³ Arrêt *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.*, 551 U.S. 877 (2007).

²⁴ William J. Michael, "Holmes and the Bald Man: Why Rule of Reason Should Be the Standard in Sherman Act Section 2 Cases", Summer 2006 4 *Pierce L. Rev.* 359

économiques en la matière, force est de constater que tout n'est pas parfait.

Afin de démontrer ce qu'il avance, l'auteur prend l'exemple des prix prédateurs. Il dénonce dans son article le fait que soit utilisé pour appréhender ce type de pratique le test dit de coûts, un peu à la manière de ce qui a été dégagé par la Cour de Justice CE à l'époque dans l'arrêt Akzo Nobel²⁵. Cette technique dite du « test de coûts » a pour origine les travaux d'Areeda et Turners dans le célèbre article « *predatory pricing related practices under section n°2 of Sherman Act* »²⁶. Malgré les critiques de la doctrine de l'époque, la Cour suprême fit sienne ce test de coûts dans le cadre d'une décision « *Brooke Groupe vs Brown and Williamson Tobacco* »²⁷. Selon William J. Michael, malgré l'utilisation d'une approche fondamentalement économique pour appréhender ce type de pratique de prix prédateurs, les tribunaux se contenteraient désormais d'en juger la conformité uniquement à travers ce test de coûts. Ainsi, l'auteur déplore que ne soient pas pris en compte les véritables effets de telles pratiques sur le marché. Ceci a pour conséquence qu'en matière de prix prédateurs, une entreprise en position dominante qui se trouverait au dessus du seuil fixé dans le cadre du test de coûts, verra sa pratique jugée comme étant « *per se lawful* » avec un contrôle allégé par les juges car se limitant à mettre en œuvre ce test de coûts.

Selon l'auteur, la mise en place d'une véritable règle de raison permettrait d'appréhender les effets pro et anticoncurrentiels de telles pratiques et par la même de remédier à cet effet pervers. Ceci ne signifie pas que l'utilisation de ce test soit pour autant exclue. Ces tests constituent en effet des guides utiles pour le juge en la matière et la Commission semble

²⁵ Arrêt CJCE 3 juillet 1991 AKZO, affaire C-62/86.

²⁶ Phillip Areeda et Donald F. Turner « *predatory pricing related practices under section n°2 of Sherman Act* », *Harvard Law Review* Vol. 8, N°4, Feb 1975.

²⁷ Arrêt *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp*, 509 U.S. 209 (1993).

l'avoir bien compris au vu des tests qu'elle retient dans le cadre de sa Communication de 2009 sur les priorités en matière l'application de l'article 102 TFUE²⁸.

Cette évolution vers une approche par le biais de la règle de raison a également été constatée dans le cadre des pratiques de ventes liées où l'on est également passé d'une approche *per se* vers une approche emprunte d'une règle de raison²⁹.

Il existe donc une règle de raison qui a été développée aux Etats-Unis dans le cadre de la section n°2 du Sherman Act, que beaucoup d'auteurs comparent à l'article 102 du TFUE. Qu'en est-il en droit européen de la concurrence ? Cette question en comporte par ailleurs une autre : s'orientent-elles vers une convergence sur ce point de part et d'autre de l'Atlantique ? L'analyse de la jurisprudence ainsi que de la nouvelle Communication de la Commission en matière d'abus de position dominante permettra de démontrer qu'une convergence, même si elle n'est pas le but premier des autorités à l'échelon européen, reste un objectif sur le plus long terme.

Avant de procéder à l'analyse et développer les réponses à apporter aux questions susmentionnées il convient, pour des raisons liées à la compréhension du sujet, de définir ce qui sera entendu comme étant une règle de raison.

Une règle de raison est celle qui permet d'apprécier de manière raisonnable un certain nombre de pratiques qui sont prohibées par un texte de loi. En l'espèce si l'on se réfère à l'article 102 du TFUE on peut considérer que cet article énonce un principe de prohibition s'agissant des abus de position dominante³⁰. De plus, au contraire de l'article 101§3 TFUE,

²⁸ *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, Journal officiel n° C 045 du 24/02/2009 p. 0007 – 0020.*

²⁹ *L. Idot, Les ventes liées après les affaires Microsoft et GE Honeywell. Réflexions de juriste, Revue Concurrences n°2-2005.*

³⁰ *"Est incompatible avec le marché intérieur et interdit, dans la mesure où le commerce entre États membres est susceptible d'en être affecté, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché intérieur ou dans une partie substantielle de celui-ci.*

l'article 102 du TFUE ne comporte pas de §3, en d'autres mots, le Traité n'envisage pas de possibilité d'exempter ce genre de pratique. Or, et la pratique des tribunaux américains nous l'a démontré, c'est précisément lorsqu'un principe de prohibition absolue est érigé que la règle de raison trouve sa place, puisque grâce à celle-ci certaines pratiques pourront être « rachetées ». Cette règle de raison se justifierait donc dans le cadre de l'article 102 TFUE, ce qui n'est pas le cas dans le cadre de l'article 101 du TFUE.

A partir du moment où ce cette règle semble justifiée d'un point de vue théorique, comment est-elle mise en œuvre et quelle est sa finalité ?

S'agissant tout d'abord de la méthode, il convient de se référer aux méthodes utilisées par les tribunaux américains et notamment celle du bilan concurrentiel. Grâce à cette méthode, les véritables effets d'une pratique pourront être vérifiés par un juge, et ce sont les conséquences réelles de la pratique sur le consommateur qui permettront de départager les bonnes des mauvaises pratiques. Cette méthode dite « *par les effets* » se généralise en droit de la concurrence et devra être étudiée pour en dégager les origines, les fondements ainsi que les problèmes qu'elle permet de résoudre. Ceci est l'un des aspects de la règle de raison même si

Ces pratiques abusives peuvent notamment consister à:

- a) imposer de façon directe ou indirecte des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction non équitables,*
- b) limiter la production, les débouchés ou le développement technique au préjudice des consommateurs,*
- c) appliquer à l'égard de partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes, en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence,*
- d) subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats. "*

comme l'a très justement souligné l'ancien Commissaire à la Concurrence Mario Monti, on préfère parler en Europe d'approche par les effets³¹.

Ensuite il convient de se focaliser sur l'esprit d'une règle de raison. Une règle de raison permet d'appréhender un certain nombre de pratiques d'un point de vue plus libéral. En d'autres termes, elle permet d'élargir les mailles du filet tendu par l'autorité en charge du contrôle de la concurrence dans les cas où une pratique, bien qu'elle génère des effets anticoncurrentiels, en génère également des pro concurrentiels, ces derniers étant supérieurs aux premiers. Cette règle permet donc de pallier à un manquement du Traité qui n'a pas pourvu l'article 102 du TFUE d'un 3^{ème} paragraphe comme l'article 101. Dans ce cadre, la règle de raison doit être appréhendée du point de vue des justiciables. Elle leur permet de se défendre en invoquant notamment des gains d'efficacité qui seraient engendrés par leur pratique.

Force est de constater que les récents travaux de la Commission ainsi que les jurisprudences des Cours du Luxembourg (CJUE et Tribunal) laissent à penser qu'aussi bien du point de vue de la méthode (par les effets) que du point de vue de l'esprit, une règle de raison européenne serait en train de voir le jour en Europe dans le cadre de l'article 102 TFUE.

³¹ *Conférence de presse du 24 Mars 2004 de l'ancien Commissaire à la DG Concurrence Mario Monti faisant suite à la décision de la Commission de sanctionner Microsoft pour abus de position dominante: "I would like to stress that the Commission has not ruled that tying is illegal per se, but rather developed a detailed analysis of the actual impact of Microsoft's behavior, and of the efficiencies that Microsoft alleges. In other words we did what the US Court of Appeals suggested be done: we used the rule of reason although we don't call it like that in Europe (...)"*

PARTIE PREMIÈRE :

LA CONSÉCRATION D'UNE ANALYSE PAR LES EFFETS DANS LE CADRE DE L'ARTICLE 102 TFUE ?

Phillipe Choné, Chef économiste au sein de l'Autorité de la concurrence, considère que dès lors que les effets sont pris en compte dans l'analyse de pratique d'entreprise, l'économie devient prépondérante³².

Partant, on ne peut aborder cette partie consacrée à la prise en compte croissante des effets réels dans l'analyse des pratiques d'entreprise en faisant fi de la science économique et plus particulièrement des théories économiques. Or, force est de constater que ces théories économiques se sont surtout développées aux Etats-Unis pour ensuite imprégner l'Europe, ce qui permet de comprendre pourquoi les Etats-Unis semblent toujours avoir un temps d'avance sur l'Europe lorsqu'il s'agit de réformer leur droit de la concurrence pour y inclure ces données économiques.

L'analyse par les effets est aujourd'hui de plus en plus diffuse en droit européen de la concurrence, et commence à voir le jour en matière de position dominante, notamment grâce à la Communication de la Commission sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 102 TFUE.

³² *Philippe Choné in Revue Lamy droit de la concurrence 2007 « le Conseil de la concurrence : de 1986 à demain ».*

1. Les théories économiques et leur impact sur le droit Antitrust Américain

1) Avant les années 1970' : l'approche structuraliste

L'application du droit de la concurrence aux Etats-Unis avant les années 1970 a été guidée par une approche dite structuraliste. Le structuralisme au sens large est un courant philosophique. Ramené au droit de la concurrence, son postulat est d'aboutir à une structure de marché composée de nombreuses entreprises. Pour parler plus trivialement : il faut éviter les situations de monopole. Selon ce courant, les grandes entreprises seraient moins efficaces que les plus petites. Ainsi, selon Daniel Fasquelle « *l'idée même d'avantages que l'on peut retirer des économies d'échelle est par conséquent remise en cause, de nombreuses entreprises étant trop grandes pour être réellement efficaces*³³ ». Ainsi, il découle de ce qui précède que:

- 1) L'analyse structuraliste tend à considérer comme anticoncurrentiels des accords qui réduiraient l'autonomie d'une société sur le marché ;
- 2) Influencées par les théories de la concurrence imparfaite les structuralistes ne croyaient pas en l'établissement automatique de la concurrence sur le marché.

De ces deux points susmentionnés découlent une application du droit de la concurrence très formelle ne se concentrant pas sur les effets actuels ou potentiels des pratiques sur le marché, mais plutôt sur les caractéristiques de ces pratiques. D'une manière générale, dès lors que les pratiques présumées anticoncurrentielles aboutissaient à réduire l'autonomie des agents économiques sur le marché, la pratique était prohibée.

Les conséquences du point de vue de l'application du droit de la concurrence Outre-Atlantique sont concrètes. Ainsi, s'agissant des accords de type horizontal, ils étaient systématiquement considérés *per se*, sans tenir compte en réalité des effets réels de la

³³ Daniel Fasquelle; *La règle de raison et le droit communautaire des ententes*, thèse de Doctorat en droit, Université Panthéon-Assas (Paris II), 1992. Page 46.

pratique sur le marché³⁴. Ce qui était vrai pour les accords horizontaux l'était aussi pour les accords verticaux conclus entre entreprises³⁵. Ainsi la loi était interprétée pour protéger non seulement la compétition inter-brand mais également intra-brand, c'est-à-dire entre des distributeurs d'un même produit.

Quant aux autres pratiques, elles ne bénéficiaient pas d'un traitement de faveur. Les concentrations par exemple étaient regardées avec méfiance car elles pouvaient aboutir à réduire le nombre de concurrents sur le marché et dès lors réduire la concurrence sur le marché. Concernant les entreprises en position dominante, il était convenu que celles-ci ne devaient pas pouvoir mettre en place des obstacles qui aboutiraient à ce que les concurrents ne puissent concurrencer de manière effective l'entreprise en position dominante. Cependant, ici encore les juges prêtaient peu d'attention aux réels effets de la pratique mise en œuvre par l'entreprise en position dominante. Ceci aboutissait donc à une condamnation de ces pratiques dès lors qu'il était constaté qu'un concurrent était exclu du fait des pratiques mises en œuvre par l'entreprise dominante.

Cette approche structuraliste fut critiquée avec véhémence car elle augmentait le nombre de cas de « *faux positif* », à savoir des cas où, si une analyse des effets réels ou potentiels avait été effectuée, il aurait été constaté que non seulement la concurrence sur le marché n'était pas affectée, mais qu'en plus ces pratiques pouvaient aboutir à une meilleure efficacité sur le marché ainsi qu'à une amélioration du pouvoir d'achat des consommateurs.

³⁴ Arrêt *TIMKEN ROLLER BEARING CO. V. UNITED STATES*, 341 U. S. 593

³⁵ Arrêt *UNITED STATES V. ARNOLD, SCHWINN & CO.*, 388 U. S. 365

2) A partir des années 1970-80' : l'avènement de l'École de Chicago

Face aux critiques croissantes dont faisait l'objet les théories structuralistes, un autre courant de la science économique a fait valoir son point de vue sur l'application du droit de la concurrence. Ce nouveau courant est dénommé « école de Chicago » et son influence sur le droit de la concurrence américain et même européen a été et reste considérable³⁶.

Avant d'apprécier l'impact que ce courant a pu avoir sur les droits de la concurrence, il convient tout d'abord d'appréhender les fondements sur lesquels reposent ce que l'on appelle couramment la New Learning.

Les partisans de l'école de Chicago (les auteurs les plus en vue étant, pour les économistes, G. Stigler, Y Brozen, et, pour les juristes, R. Posner et R. Bork) ont milité pour que l'économiste et les théories économiques interviennent dans la conception et la mise en œuvre de la règle de droit.

Concernant la New Learning proposée par les partisans de l'école de Chicago, celle-ci repose sur deux points cardinaux :

a) La concurrence doit poursuivre un seul objectif qui est l'efficacité économique (economic efficiency)

Par efficacité économique il faut comprendre deux choses. D'une part, celle-ci sera atteinte si les facteurs de production sont parfaitement répartis entre les entreprises et à l'intérieur de celle-ci. D'autre part, l'efficacité ne peut être atteinte sur le marché que lorsque la répartition des biens entre les différents acteurs économiques sur un marché est optimale.

³⁶ Certains auteurs comme Hawk parlent même de révolution (RTDE. 1989 « La révolution antitrust américaine : une leçon pour la communauté ? »).

Ainsi, selon Daniel Fasquelle, « pour les économistes de Chicago, la concurrence a pour seul but d'assurer une répartition optimale des ressources et des facteurs de production³⁷ ».

b) Le marché est capable de corriger ses propres imperfections

Un certain nombre de théories économiques, dont l'approche structuraliste du droit de la concurrence, ont systématiquement considéré que, puisque le marché ne pouvait être parfait, seule une intervention des pouvoirs publics pouvait remédier à ces imperfections. Sans tomber dans le dogme d'un marché qui serait parfait, les partisans de l'école de Chicago croient néanmoins que le marché peut, seul, corriger ses imperfections. Ainsi, sans nier qu'une intervention publique puisse dans certains cas être utile, il ne faut pas omettre de prendre en compte « les antidotes que le marché génère contre ses propres excès³⁸ ».

Pour les partisans de l'école de Chicago, un constat pouvait être fait à la fin des années 60' : un certain nombre de pratiques étaient considérées par les structuralistes comme étant anticoncurrentielles car elles limitaient l'autonomie des agents économiques sur le marché, et ce, alors même qu'elles avaient dans certains cas pour objectif d'améliorer l'efficacité de la production ou de la commercialisation. Le risque de « faux positif » était donc accru sous l'ancienne approche structuraliste, et c'est ce que critiquaient principalement les partisans de l'école de Chicago.

Un exemple est ici particulièrement topique pour démontrer l'impact des théories économiques dans le cadre de l'application du droit de la concurrence : il s'agit du cas des accords verticaux³⁹.

A la base du raisonnement des partisans de l'école de Chicago à l'égard des accords verticaux il existe une nécessité. Cette nécessité est constituée par la prise en compte des coûts

³⁷ Daniel Fasquelle, précité page 50.

³⁸ Daniel Fasquelle, précité page 52.

³⁹ Daniel Fasquelle, précité page 53.

d'information (par exemple la promotion d'un produit) et de transaction sur les marchés. En effet, l'information est un facteur de production comme un autre selon les économistes de Chicago. Selon ces mêmes économistes, il faut cependant se demander si le jeu spontané des forces du marché permet de garantir une allocation optimale des ressources d'information. Or, selon eux, cela ne serait pas le cas du fait de la présence de « free riders ». Daniel Fasquelle illustre cette situation en évoquant le cas éventuel de deux boutiques voisines qui vendraient le même produit durable. Si l'une des deux boutiques fait des efforts en termes de promotion d'un produit (publicité, démonstration du produit par exemple), il est probable que l'autre boutique n'ayant pas engagé ces coûts retire néanmoins des fruits de cette politique commerciale de promotion. Pour les économistes de Chicago, le magasin profitant donc de cette situation est un « free rider ». Un certain nombre de conséquences découlent, selon ces économistes, de l'exemple susmentionné. Du fait du risque de voir ses efforts en termes de promotion bénéficier également au « free rider », il est fort probable qu'aucune des deux boutiques ne prennent l'initiative de promouvoir le produit, ce qui, selon Daniel Fasquelle aboutirait : « à une logique de sous-développement en matière d'information qui va s'installer et qui se fera au dépens des producteurs et consommateurs »³⁹. En particulier pour les seconds, la non information va les priver d'une information qui aurait pu améliorer leur satisfaction.

Ainsi, H. Lepage considère dans la revue concurrence et consommation de 1981 que « *plus le nombre de passagers clandestins s'est élevé, plus il faut s'attendre à ce que le libre fonctionnement du marché s'éloigne de ce que requerrait l'usage optimal des ressources rares de la collectivité* ».

Or, pour limiter le nombre de « free riders » le marché a généré ses propres remèdes. Ainsi, les fabricants ont imaginé des réseaux de distribution grâce auxquels ils ont pu sélectionner leurs vendeurs et par la même les protéger. Si ces clauses contractuelles limitent la liberté des distributeurs, elles doivent cependant être validées car elles permettent le développement de dépenses d'investissement qui sont nécessaires en matière d'information.

L'exemple évoqué ci-dessus est inspiré d'une décision jurisprudentielle extrêmement importante : « *Continental TV Inc v. GTE Sylvania Inc*⁴⁰ ». En effet, cet arrêt vient marquer le commencement d'une nouvelle ère s'agissant de l'appréciation des restrictions verticales, puisque à partir de cet arrêt, les restrictions verticales seront pour la plupart appréhendées par le biais d'un bilan concurrentiel permettant de déterminer si effectivement celles-ci ont ou n'ont pas d'effet anticoncurrentiel sur le marché. L'arrêt est d'autant plus important qu'il cite expressément les analyses développées par les partisans de l'école de Chicago afin de justifier l'abandon de la règle *per se* qui avait dominé l'approche des juges à l'égard des restrictions verticales avant cet arrêt (sur recommandation Department of Justice).

Comme on peut le noter, l'évolution par rapport à l'approche structuraliste est nette. Pour autant, les partisans de l'école de Chicago ne valident pas toutes les restrictions verticales. Ainsi, ne seront pas validées les restrictions verticales lorsque celles-ci sont utilisées pour faciliter des collusions horizontales entre producteurs. De la même manière, ne sont pas exonérées les restrictions verticales imposées par les cartels de distributeurs, celles-ci pouvant devenir alors un moyen de formaliser l'accord. L'approche plus formelle est plutôt confinée aux pratiques les plus graves, l'analyse par les effets concernant les pratiques les moins graves.

Pour autant, ce changement de cap ne s'est pas limité au champ des restrictions verticales, mais a progressivement concerné tout le droit de la concurrence américain. En effet, un certain nombre d'auteurs en doctrine ont tout d'abord été convaincus par la justesse du raisonnement tenu par les économistes de l'école de Chicago. Par la suite, ce sont les organes chargés d'appliquer la politique antitrust aux Etats-Unis qui ont eux aussi été dans le sens des partisans de l'école de Chicago. Enfin, les tribunaux aussi ont été « contaminés », avec notamment des personnalités membres de l'école de Chicago telles que Posner ou Bork nommés comme juges à la Cour d'appel fédérale pour le District de Columbia et le 7^{ième} Circuit.

Comme il peut être constaté, les théories économiques dominantes fluctuent selon les périodes. Si l'on peut considérer que le droit antitrust américain et son application ont

⁴⁰ Arrêt *CONTINENTAL T.V., INC. V. GTE SYLVANIA, INC.*, 433 U. S. 36 (1977).

largement été influencés par les théories de l'école de Chicago, il ne faut pas croire pour autant que cette logique ne soit pas aujourd'hui remise en question.

Postérieurement à la théorie économique de l'école de Chicago sont apparues les théories économiques dites « post Chicago ». Un certain nombre de critiques ont été faites aux partisans de l'école de Chicago. L'une d'entre elles consiste à dire que les partisans de l'école de Chicago nient certains aspects de la réalité. Ainsi, la supposée communauté d'intérêts entre les producteurs et les consommateurs serait, selon eux, purement utopique car reposant sur un comportement rationnel des consommateurs ce qui dans la pratique n'existerait pas du fait d'une faible transparence du marché.

Ceci montre que si actuellement, les théories développées par l'école de Chicago ont trouvé grâce aux yeux des juges mais également auprès des législateurs en droit de la concurrence, tout porte à croire que, comme le pensait déjà Hawk en 1989 : « *Si la nouvelle vague de critiques (...) était finalement acceptée, elle conduirait probablement à des règles antitrust plus strictes⁴¹* ».

Dès lors, du fait de cette évolution aux Etats unis, et par le fait qu'à partir des années 1980 la mondialisation des marchés avaient été telle que les systèmes européen et américain commençaient à s'entrechoquer, le droit communautaire de la concurrence fut contraint d'évoluer.

⁴¹ Hawk, *La révolution antitrust américaine : une leçon pour la Communauté économique européenne ?*, RTDE. 1989

2. Une évolution comparable en Europe

1) En droit des ententes ou dans le cadre du droit des concentrations d'abord...

A titre liminaire, il convient de souligner que depuis 2003, la DG concurrence de la Commission s'est dotée d'un poste d'économiste en Chef, un peu à la manière de différentes autorités nationales de la concurrence. La création de ce poste à elle seule démontre la volonté de la Commission de prendre en compte cette dimension économique dans laquelle s'inscrivent les pratiques d'entreprises. C'est dans le cadre des concentrations que la prise en compte de l'économie et donc d'une analyse par les effets a pour la première fois fait son apparition en droit européen de la concurrence. En effet, après 15 ans de discussion, un Règlement du Conseil sur le fondement de l'ancien article 235 du TCE fut adopté. Or, l'approche de ce règlement est particulièrement novatrice. En effet, l'analyse en la matière est essentiellement prospective et consiste à évaluer les effets potentiels que va entraîner une concentration sur le marché. Ce type d'analyse tranche avec celle menée dans le cadre des anciens articles 81 et 82 du TCE qui étaient quant à elle extrêmement formelle à l'époque⁴². Pour autant, un certain nombre d'économistes outre-Atlantique critiquèrent le Règlement de 1989 en estimant qu'il ne permettait pas la prise en compte des « *efficiency defense* » qui permettent aux entreprises de se défendre en invoquant des gains d'efficacité. Le Professeur William Kovacevic alla jusqu'à comparer cette approche avec celle qui régnait aux Etats-Unis dans les années 1960-1970⁴³. Une convergence avec le droit américain fut trouvée avec le Règlement concentrations de 2004 qui admis les « *efficiency defense* ».

Par la suite, vers la fin des années 1990, un vaste mouvement de modernisation a été entrepris. En cela, les Commissaires à la concurrence Karel van Miert, Mario Monti, Neelie Kroes et aujourd'hui José Almunia ont joué un rôle moteur dans cette réforme. En particulier

⁴² Alberto Pera, « *Changing views of Competition Economic analysis and EC antitrust law* », *European Competition Journal*, Volume 4, Number 1, June 2008, pp. 127-168(42)

⁴³ Kovacic, William, "Transatlantic Turbulence: The Boeing-McDonnell Douglas Merger and International Competition Policy", *Antitrust L.J.* 805 (2000-2001)

le premier, qui à la fin des années 1990 a pris conscience d'un excès, dans l'approche de la Commission, d'une analyse formelle (*per se*) et qui a permis l'émergence d'une nouvelle approche plus économique en droit européen de la concurrence. De plus, cette évolution a été facilitée par la clarification des objectifs du droit européen de la concurrence. En cela, le droit de la concurrence européen se calque sur le droit américain car pour tout deux, seul importe le bien-être du consommateur. A partir de là, il fallait qu'une analyse par les effets soit ancrée dans l'examen des pratiques d'entreprise.

Cette évolution a été particulièrement importante en droit des ententes. En effet, l'approche en matière d'entente était trop formelle comme en témoigne l'analyse menée jusqu'alors dans le cadre de l'actuel article 101§3 du TFUE. Dans le cadre de cet article avaient été dégagés trois types de clauses : des clauses blanches, grises et noires. La nouvelle approche a consisté, par le biais de Lignes Directrices 2004/C/101/08⁴⁴, à permettre l'introduction d'une véritable analyse par les effets, de sorte qu'aujourd'hui, soit une pratique est par son objet anticoncurrentielle, soit si tel n'est pas le cas, il convient d'évaluer si les effets positifs qu'elle génère sont de nature à contrecarrer les effets négatifs. C'est pour cette raison que certains auteurs⁴⁵ ont considéré qu'une véritable règle de raison était mise en place en droit européen de la concurrence au stade de l'article 101§3. De la même manière, cette évolution a concerné les exemptions par catégories⁴⁶.

Ainsi, seuls les abus de position dominante restaient ancrés dans une logique plutôt formelle. Si une évolution semble se dessiner aujourd'hui, la difficulté pour réformer l'article 102 TFUE n'est pas étonnante eu égard aux origines de ce texte.

⁴⁴ *Journal officiel n° C 101 du 27/04/2004 p. 0097 - 0118*

⁴⁵ *Par exemple Salzman ou Deringer*

⁴⁶ *AFEC « La généralisation de l'analyse fondée sur les effets » 8 février 2007, actualité 2006 en droit de la concurrence*

2)...Dans le cadre des abus de position dominante ensuite

a) Origines du texte et de l'approche *per se*

Pour comprendre la difficulté rencontrée pour réformer cette matière, il convient de revenir aux origines de l'article 102 TFUE et par la même aux origines du droit européen de la concurrence.

Le droit de la concurrence européen tire une partie de ses racines de l'école de Fribourg, cette dernière s'opposant au libéralisme manchestérien du 19^{ième} siècle. Or, selon l'école de Fribourg, l'approche ordolibérale nécessite un Etat fort, Etat qui puisse être le garant de la liberté de marché et du respect des règles de juste concurrence⁴⁷. Dès lors, ce courant prônait un interventionnisme libéral.

Cet interventionnisme avait notamment pour but d'éviter la concentration des pouvoirs. Ainsi, le courant ordolibéral voyait d'un mauvais œil les grandes puissances privées. Deux approches se distinguèrent au sein de ce courant : d'une part une approche qualifiée de « *structuraliste* » préconisait des désinvestissements forcés, d'autre part une logique plus comportementaliste conduisait à formuler des exigences quant à la stratégie de marché adoptée par l'opérateur dominant.

Selon Frédéric Marty, Chercheur au CNRS affilié au Département Innovation et concurrence, « *Ce dernier doit, dans ce cadre, se comporter comme s'il n'était pas doté d'un pouvoir de marché*⁴⁸ ». Selon lui : « *un tel « as if standard » a vocation à être utilisé ex post par les Autorités en charge de l'application du droit de la concurrence pour vérifier si l'opérateur dominant n'a pas défini sa stratégie de façon à tirer profit de sa puissance de marché au détriment de ses concurrents* ». Dès lors il découle de cette dernière phrase qu'il incombe à l'opérateur dominant une responsabilité particulière. Celle-ci est à l'origine d'une approche *per se* en la matière.

⁴⁷ Yves Steiner et Bernhard Walpen, *L'apport de l'ordolibéralisme au renouveau libéral, puis son éclipse, carnets de bord*, n°11, septembre 2006.

⁴⁸ Frédéric Marty, « *La politique de concurrence européenne face aux droits et libertés des entreprises dominantes* » *Gredeg Working Papers* n°2011-01, p.16.

En effet, reprenant ces préceptes, la Cour de justice a plusieurs fois dans sa jurisprudence fait référence à cette responsabilité particulière qui incombait aux entreprises en position dominante. Toujours selon Frederic Marty, « (...) la jurisprudence de la Cour de Justice est allée bien plus loin que cette exigence. Dans le cadre de l'affaire *Michelin v. Commission* en 1983⁴⁹, la Cour précise que l'article 82 du Traité impose à une société en position dominante, « indépendamment des causes d'une telle position, une responsabilité particulière de ne pas porter atteinte par son comportement à une concurrence effective et non faussée dans le marché commun ». Toujours selon lui : « (...) une éviction des concurrents du marché serait constitutive d'une infraction à l'article 102, même en l'absence de pratiques anticoncurrentielles, si cette éviction découle du seul effet mécanique de la dominance même. La maximisation du bien-être du consommateur ne constitue pas dans ce cadre la finalité de la politique de concurrence. En d'autres termes, ce qu'il s'agit de protéger, c'est le processus de concurrence en lui-même. L'efficacité économique découlera naturellement, pour les ordolibéraux, de la liberté des agents dans leur accès au marché⁵⁰ ». Ainsi, comme le souligne Frederic Marty, il découle des racines ordolibérales et de la pratique décisionnelle de la Cour du Luxembourg une approche *per se* dans le cadre de l'article 102 du TFUE. Comme l'a souligné l'ancien juge à la Cour de justice de Luxembourg, René Joliet : « l'article 82 a pour but de réglementer la conduite des entreprises en position dominante et de les empêcher d'utiliser abusivement leur pouvoir, et non simplement de les empêcher d'étendre ou de protéger leur pouvoir⁵¹ ».

L'approche retenue par la Cour de Luxembourg s'explique par le fait que son interprétation de la protection de la concurrence passe par la protection des concurrents considérés comme faibles par rapport à l'entreprise en position dominante. En d'autres termes, elle veut permettre que soit maintenue sur le marché une certaine liberté économique des acteurs de

⁴⁹ Arrêt CJCE, 9 Novembre 1983, *Michelin/ Commission*, 322/81.

⁵⁰ Frédéric Marty, « La politique de concurrence européenne face aux droits et libertés des entreprises dominantes » *Gredeg Working Papers n°2011-01*, p.16.

⁵¹ JOLIET, *Monopolisation and Abuse of a Dominant Position*, Liège, Ed. Faculté de droit de Liège, 1970.

ce même marché. Ainsi, dans bien des cas, seule la caractérisation de l'abus sera nécessaire, indépendamment du fait de savoir quels effets cette pratique engendre sur les consommateurs. D'après le rapport effectué par la Chambre de Commerce et d'Industrie de Paris sur le projet de lignes directrices communautaires en matière d'abus de position dominante⁵², deux jurisprudences seraient particulièrement significatives en la matière : l'arrêt *Michelin II*⁵³ et l'arrêt *British Airways*⁵⁴.

Les deux arrêts concernaient des entreprises en position dominante ayant mis en place une pratique de rabais fidélisant. Les deux entreprises ont été condamnées par la Cour alors même qu'aucun effet négatif n'avait été caractérisé par la Commission. De plus, toujours selon le rapport établi par la Chambre de Commerce et d'Industrie de Paris sur la modernisation de l'article 102 TFUE : « (...) *au moment des faits, leurs parts de marché respectives étaient en diminution, ce qui tend à démontrer qu'il existait une réelle compétition avec leurs concurrents, les rabais mis en cause n'ayant pas eu pour effet de les exclure du marché. Dans ces conditions, il apparaît regrettable que la stratégie d'entreprises efficaces soit pénalisée de la sorte et que les consommateurs soient privés des avantages pro-concurrentiels de la pratique mise en œuvre* ». Preuve que cette approche automatique était de nature à générer ce que l'on appelle des faux négatifs, à savoir des pratiques qui, si elles avaient été appréhendées par le biais d'une approche par les effets, auraient été validées.

Selon Anne Wachmann et Edouard Sarrazin, tout deux Avocats au Barreau de Paris, la conséquence directe de cette logique « *d'abus automatique* » aboutit à ce que l'on débouche

⁵² CCI Paris Rapport de 2006 sur le projet de lignes directrices communautaires sur les abus de position dominante (pour une modernisation de l'analyse concurrentielle), 2006.

⁵³ Arrêt du 30 septembre 2003, *Michelin c/ Commission T 203/01*.

⁵⁴ Arrêt du 17 décembre 2003. *British Airways c/Commission, Aff. T-219/99*.

à terme sur la constitution d'une véritable liste d'abus *per se* qui en réalité ne résiste pas à une analyse économique détaillée⁵⁵.

Cette approche de la Cour a été critiquée⁵⁶. Ces critiques sont d'autant plus fortes que depuis le premier rapport sur la politique de concurrence publié par la Direction Générale concurrence de la Commission européenne en 1971, il est clair que le maintien de la concurrence sur le marché a pour but final le bien être du consommateur. Ainsi, celui-ci dispose que: « *[C]ompetition policy endeavours to maintain or create effective conditions of competition by means of rules applying to enterprises in both private and public sectors. Such a policy encourages the best possible use of productive resources for the greatest possible benefit of the economy as a whole and for the benefit, in particular of the consumer* ».

b) Le contraste avec le droit antitrust américain

L'approche européenne de l'article 102 TFUE tranche radicalement avec celle menée aux Etats-Unis à l'égard de la section 2 du Sherman Act. Cette divergence est illustrée par Barry E. Hawk, dans un article paru dans la revue *Concurrences*⁵⁷. L'auteur met en évidence les divergences qui existent en la matière de part et d'autre de l'Atlantique. Ainsi, selon Hawk, l'approche européenne est beaucoup plus régulatrice et par la même plus interventionniste que l'approche américaine. En effet, le fait d'évoquer le terme de responsabilité particulière à l'égard de certaines entreprises en position dominante montre cette volonté régulatrice et interventionniste. Certains auteurs parlent même de « démangeaison réglementaire » en la

⁵⁵ Anne Wachmann et Edouard Sarrazin « *Quelle réforme pour l'article 82* » *Revue Concurrences* N°4 2005.

⁵⁶ Kokkoris I. "A Gap in the Enforcement of Article 82", *BIICL*, 2009; ou encore Gormsen L., (2006), "Article 102 EC: Where are we coming from and where are we going to?" *The Competition Law Review*, vol.2, 2, March, p. 19.

⁵⁷ B.E. Hawk, « A propos de la « concurrence par les mérites » : regards croisés sur l'article 82 CE et la section 2 du Sherman Act, *Concurrences* n° 3, 2005.

matière⁵⁸. Or, il existe aux Etats-Unis un profond scepticisme quant à l'efficacité d'une intervention gouvernementale en matière d'antitrust, et ce de tout temps. Ainsi, l'affaire *Trinko*⁵⁹ permet de se rendre compte de cette réticence des tribunaux américains à adopter un rôle de « régulateur ». La Cour suprême a jugé en effet dans cette affaire que : « *La simple possession d'un pouvoir monopolistique et la pratique concomitante de prix monopolistiques n'est pas seulement non illégale ; c'est un élément important du système de marché libre. L'opportunité de pratiquer des prix monopolistiques – au moins pour une courte période attire d'emblée "le sens des affaires" ; cela incite à la prise de risques qui entraîne l'innovation et la croissance économique* ». Or, les consommateurs sont les principaux bénéficiaires de l'innovation ainsi que de la croissance économique. Cette décision est donc radicalement opposée à celle que l'on a pu appréhender dans le cadre de l'arrêt *Michelin II* où les effets ne sont en aucun cas pris en considération.

Cependant, la jurisprudence et ensuite la Commission européenne ont pris conscience, aiguillonnées aussi par les critiques émises à leur égard de l'autre côté de l'Atlantique, de ce problème, ce qui a permis une certaine modernisation de l'article 102 TFUE.

c) Vers une convergence ?

i. L'arrêt Microsoft⁶⁰

Deux pratiques étaient reprochées à Microsoft dans le cadre de cette affaire: le refus de contracter (lié à la non communication des informations d'interopérabilité) et la pratique de ventes liées (Windows Media Player était lié au système d'exploitation Windows).

⁵⁸ G. AMATO, *Antitrust and the Bounds of Power – The Dilemma of Liberal Democracy in the History of the Market*, Hart Publishing, Oxford, 1997.

⁵⁹ Cour Suprême affaire *Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko LLP*, 540.US.682, 2004.

⁶⁰ Arrêt Tribunal Microsoft contre Commission, 17 septembre 2007, T201/04.

S'agissant de la pratique de vente liée, les conditions permettant de constater de telles pratiques avaient été dégagées par la Cour dans ses jurisprudences télédiffusion luxembourgeoise de 1985 et Hilti de 1991. L'apport de l'arrêt *Microsoft* en l'espèce ne tenait pas aux conditions permettant de caractériser cette pratique mais plutôt au raisonnement basé sur les effets qu'avait mis en œuvre la Commission en 2004 pour condamner Microsoft. Finalement, la Commission aurait pu se contenter de caractériser les conditions dégagées par les jurisprudences susmentionnées pour aboutir à la condamnation de Microsoft. Elle ne l'a pas fait, et son nouveau raisonnement reposant sur une analyse des effets concrets de la pratique des ventes liées menée par Microsoft est validé par le Tribunal de Luxembourg. Le raisonnement du Tribunal mérite d'être reproduit⁶¹ :

« En second lieu, il ne saurait être prétendu que la Commission a introduit une nouvelle condition tenant à l'exclusion des concurrents du marché pour constater l'existence d'une vente liée abusive au sens de l'article 82, second alinéa, sous d), CE.

À ce propos, d'une part, il doit être relevé que, s'il est vrai que ni cette dernière disposition ni, plus généralement, l'article 82 CE ne contiennent une référence à l'effet anticoncurrentiel de la pratique visée, il n'en demeure pas moins que, par principe, un comportement ne sera considéré comme abusif que s'il est susceptible de restreindre la concurrence (voir, en ce sens, arrêt du Tribunal du 30 septembre 2003, Michelin/Commission, T-203/01, Rec. p. II-4071, ci-après l'« arrêt Michelin II », point 237).

D'autre part, comme il sera précisé aux points 1031 à 1058 ci-après, il ne saurait être prétendu que la Commission s'est fondée sur une théorie nouvelle et hautement spéculative pour parvenir à la conclusion qu'il existe, en l'espèce, un effet d'exclusion des concurrents du marché. Ainsi qu'il ressort du considérant 841 de la décision attaquée, la Commission a estimé que, compte tenu des circonstances spécifiques de l'espèce, elle ne pouvait se contenter de considérer – comme elle le fait normalement dans les affaires en matière de ventes liées abusives – que la vente liée d'un produit donné et d'un produit dominant a un effet d'exclusion sur le marché per se. Elle a, dès lors, examiné plus en avant les effets concrets que la vente liée

⁶¹ Arrêt T201/04, précité points 866 à 868).

en cause avait déjà eus sur le marché des lecteurs multimédias permettant une réception en continu ainsi que la manière dont ce marché était appelé à évoluer ».

Selon le Professeur David Bosco, à partir de cette affaire : *« il faut comprendre que la vente liée litigieuse n'est plus présumée porteuse d'effets nocifs pour la seule raison que le test traditionnel (lié aux conditions dégagés dans l'arrêt Hilti et télédiffusion luxembourgeoise) s'avère positif ; encore faut-il démontrer ses effets d'exclusion »* (David Bosco dans « *Regards sur la modernisation de l'abus de position dominante*⁶² ». Cette approche fut confirmée par Mario Monti dans la conférence de presse qu'il a tenue après la décision rendue par la Commission Européenne en 2004⁶³.

D'autres décisions ont semblé confirmer ce changement de cap. Ainsi, dans l'affaire *Telefonica*⁶⁴, la Commission indique que *« dans le cas présent, cependant, la Commission a examiné l'impact des pratiques de Telefonica et a établi que le comportement de Telefonica n'était pas seulement capable de restreindre, ou en d'autres termes, susceptible de restreindre la concurrence sur le marché de détail, mais qu'il avait aussi un impact actuel sur la structure de la concurrence dans le marché pertinent, au détriment des consommateurs ».*

Cependant, comme on peut s'en rendre compte, la jurisprudence semble prendre des précautions vis-à-vis de ce changement d'analyse opéré par la Commission. Tout en le validant dans les arrêts susmentionnés, elle ajoute des expressions qui laissent entendre que les arrêts qui consacrent cette nouvelle approche par les effets ne sont pas des revirements de jurisprudence mais plutôt une adaptation du raisonnement de la Commission à des cas ou circonstances d'espèce particuliers. La volonté des juges de Luxembourg est de cantonner cette nouvelle approche. Peut-être pourrait-on voir dans leurs jugements une incitation à destination de la Commission pour qu'elle

⁶² D.Bosco, "Regards sur la modernisation de l'abus de position dominante", LPA, 2008.

⁶³ Voir note de bas de page n°31.

⁶⁴ Comm. CE, 4 juillet 2007, aff. COMP/38.784.

aboutisse finalement à l'élaboration d'un texte en la matière⁶⁵.

ii. Consécration de l'approche par les effets : du Discussion Paper à la Communication de la Commission

C'est à la suite d'un rapport de l'Economic Advisory Group on Competition Policy (EAGCP) intitulé « *An economic approach for article 82* » concluant à la nécessité d'une réforme de l'article 82 afin, notamment, de mieux prendre en compte l'aspect économique entourant les pratiques relevant de l'article 82 TCE, que la Commission a lancé à la fin de l'année 2005 une vaste consultation publique sur la réforme de ce texte, par le biais d'un document appelé Discussion Paper. La doctrine, ainsi que les praticiens, participèrent activement aux débats autour de cette réforme car plus de 100 réponses furent reçues par la Commission. Finalement, après plus de trois ans de réflexion, la Commission opta pour l'utilisation d'un instrument de droit mou qui par sa flexibilité se prête bien à la modernisation du droit de la concurrence. Ainsi, elle adopta une Communication concernant les 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 dominantes⁶⁶. Cette Communication est accompagnée de ce qu'on appelle communément les « *frequently asked questions*⁶⁷ » (ci-après *faq*) afin d'aider les praticiens à appréhender cette réforme de l'article 102 TFUE. Ce dernier document est intéressant en ce qu'il vient mettre en évidence les évolutions apportées par la nouvelle Communication.

⁶⁵ Sur les inquiétudes quant à la mise en place d'un texte en la matière : Cani Fernandez and Albert Pereda, « Will there be Guidelines on article 82 of the EC Treaty » de GCP.

⁶⁶ Journal officiel n° C 045 du 24/02/2009 p. 0007 - 0020

⁶⁷ Antitrust: Guidance on Commission enforcement priorities in applying Article 82 to exclusionary conduct by dominant firms – frequently asked questions.
(<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=MEMO/08/761&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>).

Le premier point de ce document est explicite et justifie la mise en place d'une Communication en la matière: *“Also in recent Article 82 cases, such as Microsoft and Telefonica, the Commission has already been applying an effects-based approach, but what was lacking thus far was a document that provided guidance to stakeholders, in particular the business community and competition law enforcers at national level, on how the Commission articulates such an effects-based approach to exclusionary conduct under Article 82. This Guidance Paper fills this void »*. On comprend qu'à des fins de sécurité juridique, il convenait de mettre en place un document qui permette aux parties prenantes de connaître la position officielle de la Commission.

Cependant, le point qui retiendra le plus notre attention est le point 6 des *faq*, la Commission confirmant que l'objectif principal du droit de la concurrence n'est plus aujourd'hui la défense des concurrents, mais bien celle du consommateur par son bien-être⁶⁸. Ce point est essentiel. En effet, bien que cet objectif ait déjà été affirmé auparavant par la Commission, force est de constater que les décisions en matière d'abus de position dominante ne reflétaient pas la prise en compte de cet objectif. Ceci valu à la Commission certaines critiques venues des Etats-Unis. Désormais, l'objectif est clairement affirmé par la Commission, et celui-ci justifie désormais que l'on s'interroge sur les effets réels engendrés par des pratiques mises en œuvre par des entreprises en position dominante.

Enfin, et bien qu'il le fasse à demi-mot, le texte tend clairement à permettre une certaine convergence du droit américain et du droit européen en matière d'abus de position dominante. Ceci peut notamment se noter avec la confirmation (voire le changement) d'objectif opéré par la Commission, mais également avec la prise en compte des « *efficiency in defense* » qui seront abordées dans une seconde partie. Ainsi, la Commission, bien qu'elle considère que l'objectif principal de ce texte n'est pas de permettre une convergence sur ce

⁶⁸ Point 6 de la *Faq*: « *The Commission wants to make sure that it is protecting competition and consumer welfare, not (individual) competitors who do not deliver to consumers* ».

point de part et d'autre de l'Atlantique, confirme qu'elle a été influencée dans la rédaction de ce texte par ce qui s'est fait aux Etats-Unis⁶⁹.

Malgré les avancées notables que l'on peut constater, le choix de procéder par le biais d'une Communication semble risqué.

iii. Approche Critique

Les communications de la Commission ne lient, ni les juridictions communautaires, ni les autorités nationales de la concurrence. Ceci pose le problème de la force contraignante de ce texte.

1) Un texte qui ne s'impose pas aux juridictions communautaires

Le risque semble à première vue en l'espèce très limité dans la mesure où la jurisprudence communautaire a anticipé et validé la nouvelle approche de la Commission en la matière. Cependant, un certain nombre d'arrêts récents ébranlent cette confiance. Selon le Professeur

⁶⁹ "11. *The Guidance Paper reflects the Commission's thinking as to the most effective application of Article 82 in the EU context, to keep pace with the teachings of modern economics, the constantly evolving dynamics of markets and the industrial development of Europe. While convergence with other jurisdictions is positive in itself, the purpose of the Guidance Paper is not to seek further convergence with other jurisdictions, but to seek, through the prioritisation of cases with harmful effects on consumers, convergence with the Commission's own policy instruments, in particular those governing the assessment of restrictive business practices and mergers. This being said, the approach embedded in the Guidance Paper is a step towards more convergence with the approach to unilateral conduct followed thus far by some other jurisdictions, such as the US.*

However, many of these jurisdictions are also currently reviewing or re-formulating their approaches in this area, in the light of their own legal culture and jurisprudence. For instance, the US Department of Justice recently published a report on the assessment of single-firm conduct under Section 2 of the Sherman Act. This report, which is not supported by the US Federal Trade Commission, differs from the Article 82 Guidance Paper on a number of issues – such as the way to balance the pro- and anti-competitive effects of a conduct, the role of market shares in assessing dominance and the assessment of pricing conduct."

Nicolas Petit⁷⁰, la Cour de justice et le Tribunal semblent maintenant, à travers leur jurisprudence, œuvrer à un démantèlement de l'approche économique promue par la Communication de 2009. Selon Nicolas Petit, depuis le début de l'année 2010, « *la jurisprudence européenne foisonne d'attendus de principe assassins qui sapent l'approche par les effets* ». On peut à cet égard citer deux arrêts, l'arrêt *Tomrac/ Commission* du Tribunal 9 septembre 2010, et l'arrêt *Konkurrensverket c/ TeliaSonera* de la Cour du Luxembourg en date du 17 février 2011. Dans ces deux arrêts, la Cour et le Tribunal précisent que la preuve d'effets anticoncurrentiels « concrets » est facultative, il suffira en effet pour la Commission de démontrer que la pratique est de nature ou susceptible d'occasionner des effets anticoncurrentiels. Difficile de qualifier autrement cette approche que d'approche *per se*. La Commission semble payer ici le choix du moyen utilisé pour moderniser l'article 102 TFUE, mais avait-elle un autre choix ? Pour autant, l'approche par les effets n'est pas pour autant exclue, ce qui laisserait à la Commission le choix d'opérer un contrôle poussé des effets ou de se limiter à une approche *per se*.

2) Un texte qui ne s'impose pas aux autorités nationales de concurrence

Anne-Sophie Choné dans un article intitulé « *Premiers regards sur les orientations de la Commission pour l'application de l'article 82 TCE aux pratiques d'éviction*⁷¹ », met en évidence le problème posé par l'absence de force contraignante de la Communication de 2009. Dès lors, l'application des principes posés par la Commission dans cette Communication dépendra du bon vouloir de chacune des Autorités nationales de concurrence. A ce titre, il semble qu'une divergence puisse naître sur ce point entre deux Autorités de la concurrence : L'Autorité de la concurrence Française et le Bundeskartellamt (BKA).

⁷⁰ Nicolas Petit, « *Grandes tendances jurisprudentielle en droit de l'abus de position dominante* », *L'actualité du Droit matériel des pratiques anticoncurrentielles, Demi-journée de travail de l'AFEC, 3 mars 2011*.

⁷¹ Anne-Sophie Choné, « *Premiers regards sur les orientations de la Commission pour l'application de l'article 82 TCE aux pratiques d'éviction* » paru à la revue *Europe (LexisNexis)*.

• La mise en œuvre par l’Autorité de la concurrence

La mise en œuvre des principes dégagés par la Commission dans la Communication de 2009 ne faisait guère de doute. En effet, pour certains auteurs l’Autorité de la concurrence a même anticipé cette nouvelle approche par les effets dans le cadre des abus de position dominante⁷². Ainsi, selon la Vice-présidente de l’Autorité de la concurrence, Anne Perrot, tel a été le cas dans plusieurs décisions rendues par l’Autorité de la concurrence, dont la fameuse affaire de couplage *Canal +*. Ainsi, Anne-Perrot considère que dans cette affaire : « *Le Conseil de la concurrence a mené dans ce cas une analyse par les effets, en s’interrogeant sur d’éventuels gains d’efficience pour l’entreprise pouvant être répercutés aux consommateurs du fait de l’offre jointe, sur d’éventuels effets d’éviction engendrés par cette pratique, sur la capacité de réaction du concurrent et sur les bénéfices à court et moyen terme pour les consommateurs*⁷³ ». Ainsi, la Communication de la Commission n’a fait que consacrer l’approche que l’Autorité de la concurrence menait depuis quelques années en la matière.

• Les interrogations soulevées par le BKA

Il a été précisé d’ores et déjà que l’article 102 TFUE a été marqué par la pensée ordolibérale. Celle-ci découlant de l’école de Fribourg, il n’est pas étonnant que l’autorité de la concurrence allemande se soit prononcée, notamment à travers la voix de son Président, Ulf Böge, pour une approche médiane.

Tout d’abord, dans une interview accordée à la revue *Concurrence* en 2005⁷⁴, Ulf Böge affirmait déjà que, s’il n’était pas opposé au changement de cap mené par la Commission en matière d’abus de position dominante, selon lui un certain nombre d’interdictions *per se*

⁷² Catherine Prieto, *Afec 8 février 2007- Actualité 2006 droit de la concurrence* : « *La généralisation de l’analyse fondée sur les effets* ».

⁷³ Anne-Perrot, *Colloque pour 20ème anniversaire du Conseil de la concurrence, Quel statut et quels moyens pour les autorités de contrôle de la concurrence ?*, *Revue Lamy Concurrence*, 2007.

⁷⁴ Dr Ulf Böge, *Cinq ans à la tête du Bunderkartellamt interview à la Revue Concurrence n°3-2005*.

devaient perdurer. En effet, il estime que celles-ci permettent non seulement une certaine sécurité juridique en ce sens que les entreprises savent quels sont les comportements qui seront systématiquement prohibés, mais elles permettent également une réduction des coûts induits par la mise en œuvre de l'article 102 TFUE. En effet, on ne peut nier que la mise en place d'une analyse « *rule of reason* » soit excessivement chronophage et donc coûteuse.

Ce point de vue a été réaffirmé l'année suivante dans le Rapport en réponse établi par l'autorité de la concurrence allemande suite au Discussion Paper de 2005, confirmant le point de vue de Ulf Böge. Ainsi, selon l'autorité de concurrence allemande il y a lieu, par exemple s'agissant des pratiques de reventes à pertes mises en œuvre par une entreprise en position dominante, de considérer cette pratique *per se*.

Par ailleurs, il semble y avoir une divergence assez profonde d'un point de vue terminologique. En effet, si l'Autorité de concurrence allemande accueille la nouvelle approche prônée par la Commission, elle considère cependant que seuls les effets possibles ("likely effects") devraient être pris en compte et que dans le cadre des décisions qu'elle rend, elle prend déjà en compte cette approche. Or, elle constate que la Commission, notamment à l'égard des prix prédateurs, semble s'orienter vers une preuve des effets réels. Il existe donc une divergence sur ce point car raisonner sur des effets possibles ou probables revient à mettre en place un système plutôt formel.

En réalité, la règle *per se* et la règle de raison ne doivent pas être appliquées d'une manière systématique à tous les cas qui se présentent devant les autorités de concurrence nationales ou devant la Commission. En effet, que ce soit l'une ou l'autre règle, elles entraînent des effets indésirables. De fait, il conviendrait de tenter de concilier les deux, ce qui pourrait se faire de la manière suivante :

- 1) Une approche par le biais de la règle de raison doit dans un premier temps être systématiquement mise en œuvre par les autorités chargées de contrôler ce type de pratique. Ceci permettra d'éviter les erreurs de Type I qu'engendrait l'ancienne approche trop formelle.

2) Au fur et à mesure des cas qui se présenteront devant elle, la Commission et les autorités nationales de concurrence découvriront des cas dans le cadre desquels la règle de raison, et donc l'analyse par les effets, aboutit systématiquement à un bilan concurrentiel négatif. Dans ces hypothèses, une règle *per se* apparaîtra ce qui permettra pour les cas semblables ultérieurs de faire une économie de temps et d'argent.

Ainsi on cumulerait les avantages des deux règles sans les inconvénients inhérents aux deux approches respectives.

Quoi qu'il en soit, il est indiscutable que le fait de procéder par le biais d'une Communication s'assimilant à un guide d'orientation et non par le biais de lignes directrices traduit la volonté de la Commission de laisser aux autorités nationales de concurrence une certaine marge de manœuvre en la matière⁷⁵.

Une approche par les effets est donc mise en place par la Commission, sans toutefois que celle-ci ne l'impose aux autres Autorités composant le Réseau de Concurrence Européen. Cependant, cela constitue une réelle évolution, et permet au parent pauvre du droit de la concurrence de faire peau neuve. En cela, il existe très clairement un rapprochement entre le droit Européen de la concurrence Européen et le droit Antitrust Américain.

Pour autant, force est de constater qu'une règle de raison ne se limite pas qu'à une approche par les effets. En effet, une règle de raison permet de « sauver » un certain nombre de pratiques réputées raisonnables. Ainsi, une règle de raison doit permettre à des entreprises de justifier leur comportement en invoquant ce qu'il est courant d'appeler des « gains d'efficacité ». Cette partie que nous aborderons est dans la directe continuité de l'approche par les effets dans la mesure où les gains d'efficacité ne sont rien d'autre que des effets pro concurrentiels. Cependant, la Commission les abordant dans un registre séparé dans la Communication de 2009, nous en ferons de même dans le cadre de ce mémoire. Il sera démontré par la suite que cette séparation entre approche par les effets et gains d'efficacité

⁷⁵ Anne-Sophie Choné, « Premiers regards sur les orientations de la Commission par l'application de l'article 82 TCE aux pratiques d'éviction » paru à la revue *Europe (LexisNexis)*.

est purement académique et qu'en pratique la Commission devrait mettre en œuvre ces deux étapes concomitamment.

PARTIE DEUXIÈME :

LA CONSÉCRATION DE LA PRISE EN COMPTE DES GAINS

D'EFFICACITÉ DANS LE CADRE DE L'ARTICLE 102

TFUE ?

Les gains d'efficacité constituent des justifications à des pratiques mises en œuvre par des entreprises se trouvant en position dominante. Si le Traité en prévoit expressément dans le cadre de l'article 101 TFUE, tel n'est pas le cas dans le cadre de l'article 102 TFUE. Comme souvent, la jurisprudence a pu dégager un certain nombre de justifications dans le cadre de l'article 102 TFUE, bien qu'elle les apprécie très strictement. La Commission quant à elle a appréhendé dans de récentes décisions les gains d'efficacité qui étaient avancés par un certain nombre d'entreprises. Cette nouvelle approche permettant aux entreprises de justifier de leur pratique lorsqu'elles sont en position dominante a reçu la consécration des textes. Bien que du point de vue de la technique juridique cette consécration puisse faire discuter, on pourrait considérer que celle-ci renforce encore plus la volonté de la part des Autorités Communautaires de la concurrence d'assurer une convergence avec le droit américain de la concurrence sur le terrain des abus de position dominante. Cependant, en pratique, on constate que l'appréciation de ces gains d'efficacité est très stricte. Il y aurait donc une convergence juridique mais de profondes divergences politiques. Ce dernier point sera cependant à nuancer, la venue au pouvoir des Démocrates américains en 2009 pourrait changer la donne.

1. Les justifications dans le cadre de l'article 102 TFUE

Avant que la Communication de la Commission de 2009 ne consacre les « *efficiency defense* », la Cour du Luxembourg avait « découvert » un certain nombre de justifications dans le cadre de l'article 102 TFUE. Ces justifications ont par la suite été reprises par la Commission mais, force est de constater que ces justifications ne permettaient pas en pratique à une entreprise de s'exempter de la prohibition édictée par l'article 102 TFUE . Ces justifications classiques ont par la suite été modernisées grâce à la jurisprudence pour être ensuite consacrées par les textes.

A. L'approche classique des justifications objectives

La Cour a pour la première fois fait référence à des justifications objectives dans le cadre de deux arrêts rendus dans les années 1970' : L'arrêt *Sirena V. Eda*⁷⁶ et l'arrêt *Deutsche Grammophongesellschaft V. Metrp-SB-GroBmarkte*⁷⁷. Dans les deux cas le problème concernait les possibles conflits entre les droits de propriété intellectuelle et l'article 81 et 82 TCE. Dans le second arrêt, la Cour a eu à connaître d'une pratique de prix discriminatoire mise en place par le détenteur d'un droit de propriété intellectuelle. La Cour a réitéré ce qu'elle avait affirmé dans l'arrêt *Sirena V. Eda*, à savoir le fait que des prix différents pouvaient être constitutifs d'un abus de position dominante s'ils n'étaient pas justifiés par un critère objectif.

⁷⁶ Arrêt CJCE, *Sirena v. Eda*, 18 février 1971, affaire 50/70

⁷⁷ Arrêt CJCE *Deutsche Grammophon. Gesellschaft mbH v. Metro-SB-Großmärkte GmbH & Co. KG*, 8 Juin 1971, affaire 78/70

Cette nouvelle approche fut confirmée quelques années plus tard dans l'arrêt *United Brands V. Commission*⁷⁸. La Cour du Luxembourg considéra dans cette affaire que la pratique de refus de vente mise en œuvre par United Brands (en position dominante) pouvait être dans certains cas justifiée. Ainsi, au paragraphe 184 de la décision, la Cour précise : « *Il importe donc de savoir si la cessation de fournitures, en octobre 1973, de la part d'UBC était justifiée* ». La Cour ajoute au paragraphe 189 que : « *S'il est exact, comme le fait remarquer la requérante, que l'existence d'une position dominante ne saurait priver une entreprise se trouvant dans une telle position dominante du droit de préserver ses propres intérêts commerciaux(...)* ».

Cependant, la Cour encadrerait très strictement ces justifications. Si les pratiques pouvaient être justifiées, notamment, comme le précise la Cour, en vue de protéger ses propres intérêts commerciaux, encore faut-il que : d'une part l'objectif principal de cette pratique ne soit pas de renforcer sa position dominante, et d'autre part, encore faut-il que cette pratique, même si celle-ci était justifiée, soit proportionnée (un peu à la manière de que l'on retrouve dans la jurisprudence en matière de liberté de circulation des marchandises). Dès lors, les chances de succès sont minces pour l'entreprise en position dominante.

Malgré cela, il faut souligner que la Cour a pu admettre dans certains cas ce type de justification. Ainsi, dans l'arrêt *BP V. Commission* de 1978⁷⁹, la Cour considère que bien que la pratique mise en place par le pétrolier BP puisse être considérée de prime abord comme une pratique abusive (application de conditions commerciales discriminatoires), elle est en l'espèce justifiée d'une manière objective par le fait d'une pénurie de pétrole. Ainsi, la Cour considère que cette cause extérieure (pénurie) est une justification objective et justifie que pétrolier BP approvisionne d'abord ses clients fidèles plutôt que ceux occasionnels.

Ces références à des justifications objectives ont par la suite également été reprises par la Commission. Dans le cadre de sa décision *Eurofix Limited and Bauco V. Hilti*⁸⁰, la Commission

⁷⁸ Arrêt CJCE, 14 février 1978, *United Brands*, aff. 27/76

⁷⁹ Arrêt CJCE, *BP/Commission* 29 juin 1978, affaire 77/77

⁸⁰ Décision Commission, *Eurofix Limited and Bauco V. Hilti*, 22 décembre 1987, 88/138/EEC

fait expressément référence au concept de justification objective fondée sur des causes extérieures (un peu comme dans l'arrêt Commission V. BP). De la même manière, dans sa décision *Brass Band Instruments v. Boosey & Hawkes*⁸¹, la Commission se réfère à des justifications objectives reposant sur la protection des intérêts commerciaux de l'entreprise en position dominante.

Au terme de cette jurisprudence et de ces décisions un constat peut être dressé :

Des justifications objectives sont possibles dans le cadre de l'article 102 TFUE bien que le Traité n'en fasse pas part. Cependant, elles sont admises dans de rares cas car elles doivent :

- 1) Ne pas traduire la volonté de l'entreprise en position dominante de renforcer celle-ci
- 2) Être proportionnées par rapport à l'objectif à atteindre

Ces deux conditions cumulatives expliquent pourquoi très peu d'entreprises ont pu bénéficier de cette exemption comme l'explique Albertina Albors-Llorens dans son article intitulé « *The rôle of objectives justification and efficiencies in the application of article 82*⁸² ».

Un certain nombre d'arrêts ont permis de faire évoluer cette notion de justification objective.

B. Modernisation de l'approche classique

La logique dans le cadre des justifications admises par la Cour est de considérer que la qualification d'abus en elle-même peut être écartée lorsque l'entreprise peut prouver que celle-ci a mis en œuvre les pratiques reprochées pour une raison objective (préservation intérêts commerciaux ou encore causes extérieures). Cependant, une nouvelle forme de justification objective semble apparaître, et cela semble confirmé par la Communication de la Commission adoptée en 2009.

⁸¹ *Décision Commission, Brass Band Instruments v. Boosey & Hawkes, 29 juillet 1987, 87/500/EEC*

⁸² *A. Albors-Llorens, The role of objective justification and efficiencies in the application of Article 82 EC, CMLR, Dec. 2007, Vol. 44, Issue 6, p. 1727*

Une question que l'on peut se poser est la question de savoir en quoi l'ancienne approche se distingue de la nouvelle. Selon David Bosco⁸³, il convient de considérer que dans le cadre de la nouvelle approche l'on serait dans une stratégie de rachat. En d'autres termes, l'abus en soi n'est pas contesté, mais l'entreprise avance que malgré cet abus, la pratique engendre plus d'effets pro concurrentiels que d'effets anticoncurrentiels. Dans le cadre de cette approche, il semblerait que l'on se situe plus au stade ultérieur de l'exemption qu'au stade de la qualification de l'abus. Cette logique est assimilable à celle que l'on retrouve dans le cadre de l'article 101 TFUE. De plus, le fait que la Communication de 2009 fasse expressément référence à l'article 101§3 ne fait que renforcer cette thèse. Cependant il conviendra dans un second temps de tempérer cette affirmation car celle-ci ne coïncide pas avec la structure même de l'article 102 TFUE dans la mesure où celui-ci ne prévoit pas d'exemption, sa structure étant unitaire.

1) Les arrêts à l'origine de l'évolution

a) L'arrêt British Airways

Dans le cadre de l'arrêt *British Airways* du 15 mars 2004⁸⁴, la Cour de justice vient affirmer que : « *L'appréciation de la justification économique d'un système de rabais ou de primes mis en œuvre par une entreprise en position dominante s'effectue sur la base de l'ensemble des circonstances du cas d'espèce (voir, en ce sens, arrêt Michelin/ Commission, précité, point 73). Il importe de déterminer si l'effet d'éviction qui résulte d'un tel système, désavantageux pour la concurrence, peut être contrebalancé, voire surpassé, par des avantages en termes d'efficacité qui profitent également au consommateur. Si l'effet d'éviction de ce système est sans rapport avec les avantages pour le marché et les consommateurs ou s'il va au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre ces avantages, le dit*

⁸³ D.Bosco, "Regards sur la modernisation de l'abus de position dominante", LPA, 2008.

⁸⁴ Arrêt CJCE, *British Airways / Commission*, 15 mars 2007, C-95/04

système doit être considéré comme abusif ». L'évolution est ici surtout sémantique. En effet, les développements quant à ces éventuels avantages en termes d'efficacité sont extrêmement réduits. L'évolution se fera principalement dans un arrêt qui, paradoxalement, malgré ses apports sur le terrain des gains d'efficacité, mettra en exergue les divergences entre le droit européen de la concurrence et le droit antitrust américain.

Selon David Bosco⁸⁵, c'est réellement à partir de la décision *Microsoft* et de l'arrêt du Tribunal qui a suivi que la notion de justification objective évolue. Ainsi, selon lui, on va permettre à partir de cet arrêt à une entreprise dominante, malgré la caractérisation de l'abus, de démontrer qu'en réalité et malgré cet abus, la pratique mise en œuvre par l'entreprise emporte plus d'avantages que d'inconvénients pour le consommateur.

b) L'affaire Microsoft

Cette nouvelle approche en la matière transparait d'ores et déjà d'une décision antérieure à celle concernant l'entreprise Microsoft. Ainsi, déjà dans l'affaire *Wanadoo Espana/Telefonica*⁸⁶, la Commission aborde dans un point 619 cette problématique des gains d'efficacité. Cependant, selon Anne Wachsmann : « (...) *Microsoft constitue la décision de principe de la Commission sur ce sujet car elle y détaille avec beaucoup de soin l'analyse des gains d'efficacité avancés par Microsoft* ». Après un bref rappel de l'affaire *Microsoft* et de la solution retenue par la Commission et le Tribunal, il conviendra de s'attarder sur cette nouvelle approche en matière de justification objective.

L'arrêt du Tribunal de 2004 n'a fait que confirmer la décision de la Commission ayant condamné l'entreprise Microsoft pour abus de position dominante pour des pratiques de vente liées et de refus de vente. L'amende prononcée à l'égard de Microsoft par la Commission s'élevait à 497 millions d'euros. L'affaire fut ensuite portée par Microsoft devant

⁸⁵ D.Bosco, "Regards sur la modernisation de l'abus de position dominante", LPA, 2008.

⁸⁶ Décision de la Commission, *Wanadoo Espana/Telefonica*, 23 mai 2001, 2001/462/EC

le Tribunal. Ainsi, le Tribunal était confronté à deux questions de principe :

- La première relative à la liberté d'exercice par une entreprise en position dominante (ce que Microsoft n'a jamais contesté) de la protection attachée à ses droits de propriété intellectuelle.

Le Tribunal retient en l'espèce que Microsoft, en refusant de partager ses informations liées à l'interopérabilité, a abusé de sa position dominante sur le marché des systèmes d'exploitation pour PC.

- La seconde portant sur les limites qui s'imposent à un opérateur en position dominante en termes de pratiques commerciales, en l'occurrence la possibilité de lier la fourniture d'un produit à la vente d'un produit dominant.

Sur ce point, le Tribunal conclut que l'intégration du lecteur Windows Media dans l'environnement Windows s'analyse en une vente liée et constitue un abus. Il convient de noter que c'est particulièrement sur ce point que certains ont pu voir l'apparition d'une règle de raison dans le cadre de l'article 102 TFUE. Selon le Professeur David Bosco⁸⁷ : « *Le Tribunal pose ici expressément un nouveau critère d'appréciation : l'absence de justification objective au comportement reproché* ». Ainsi, selon lui : « *L'arrêt conduit ainsi à penser que la question des justifications objectives n'est plus vraiment envisagée comme elle l'était de façon traditionnelle, c'est-à-dire dans le cadre de la discussion des critères de qualification d'abus, mais plutôt dans une perspective nouvelle de rachat du comportement litigieux* ». Il découle de cette constatation faite par le Professeur David Bosco qu'il y aurait donc deux étapes dans l'appréciation d'un abus de position dominante :

⁸⁷ D.Bosco, "Regards sur la modernisation de l'abus de position dominante", LPA, 2008.

- 1) La Commission appréhendera les abus de position dominante par rapport aux effets que ceux-ci engendrent sur le consommateur. Si le test s'avère positif, une seconde étape sera nécessaire.

- 2) La Commission fera part de son avis négatif vis-vis d'une pratique mise en œuvre par une entreprise en position dominante. Celle-ci aura ensuite la possibilité de racheter son comportement en démontrant des éventuels gains d'efficacité engendrés par la pratique jugée anticoncurrentielle.

Ainsi, on peut reprendre un constat fait par le Professeur David Bosco selon lequel « *Nous sommes ici dans la lignée du raisonnement en diptyque (caractérisation de la restriction/exemption) que mettent en œuvre les textes relatifs aux ententes : l'entreprise tente de racheter son comportement* ». Ceci est d'autant plus vrai que l'on constate dans la décision de la Commission concernant Microsoft que l'analyse des gains d'efficacité est effectuée juste avant la conclusion, et donc bien après qu'aient été caractérisés les effets de la pratique anticoncurrentielle.

Par ailleurs, la Commission fait référence, sans le citer, à l'article 101§3 du TFUE. En effet, pour contrecarrer un argument de Microsoft consistant à dire que la pratique de vente liée engendrait des gains d'efficacité en ce sens que le consommateur préférerait toujours avoir un PC prêt à l'emploi, la Commission⁸⁸ rétorque que : « *Microsoft n'a pas produit de preuves suffisantes de ce que la vente liée du lecteur WMP était objectivement justifiée par des effets favorables à la concurrence qui compenseraient la distorsion de concurrence résultant de cette pratique. En particulier, il est établi que ce que Microsoft présente comme étant des avantages de la vente liée du lecteur WMP avec Windows pourrait tout aussi bien être obtenu sans une telle pratique. Quant aux autres «avantages» recensés par Microsoft, ils constituent essentiellement des gains de rentabilité pour cette entreprise et, comme ils sont en outre sans commune mesure avec les effets anticoncurrentiels que les ventes liées produisent sur le marché, ils ne sauraient constituer une justification valable* ». On rappellera ici que l'une des conditions du « rachat » des ententes posée à l'article 101§3 TFUE consiste à ce que les

⁸⁸ Point 970 de la décision.

entreprises parties à un accord « *n'imposent pas aux entreprises intéressées des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs* ». On peut penser que cette référence faite à l'une des conditions de l'article 101§3 ait été faite à dessein, d'autant plus que cette référence sera par la suite expresse, aussi bien dans le Discussion Paper que dans la Communication de la Commission adoptée 2009.

2) Consécration de cette nouvelle approche : Discussion Paper et Communication 2009

La Communication⁸⁹ reprend sur ce point tout ce qui avait été envisagé dans le Discussion Paper⁹⁰. Ainsi, au §30 de la Communication, la Commission précise : « *Une entreprise dominante peut aussi justifier des pratiques aboutissant à évincer les concurrents par des gains d'efficacité d'une ampleur suffisante pour qu'il soit peu probable que les consommateurs en subissent un préjudice net* ». Cet extrait vient consacrer l'approche qu'avait déjà mise en œuvre la Commission dans les affaires *Telefonica* et *Microsoft*. Ainsi, une entreprise en position dominante pourra dorénavant justifier un abus de position dominante sur le fondement des gains d'efficacité que celui-ci engendre.

Deux précisions méritent d'être effectuées :

- La Communication ne concerne que les abus d'éviction et non les abus d'exploitation. Cette exclusion est justifiée par le fait que les premiers sont plus préjudiciables pour le consommateur que les seconds⁹¹.

⁸⁹ Voir *supra* note 18.

⁹⁰ Voir *supra* note 17.

⁹¹ La Commission s'en explique dans les *Frequently asked question*, point 12 (<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=MEMO/08/761&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>).

- Il ne pourra y avoir un rachat de l'abus constaté par la Commission que si quatre conditions cumulatives sont remplies. Ces conditions viennent reprendre les conditions précisées à l'article 101§3 TFUE. La Communication n'est pas très explicite concernant ces quatre conditions et elle renvoie d'ailleurs en Annexe à la Communication de 2004 portant sur l'article 101§3 TFUE.

Il convient de souligner que la Communication envisage par la suite pour chacun des types d'abus (accords exclusifs ; rabais multi produits ; ventes liées et groupées ; prédation) les efficiences qui seront prises en considération. Ceci est de nature à renforcer la sécurité juridique affectée par la nouvelle approche générale envisagée par la Commission à travers la nouvelle Communication.

A ce stade un constat peut être dressé. La Communication consacre l'approche en deux temps qui avait déjà été utilisée par la Commission dans l'affaire *Microsoft* quelques années plus tôt. Ainsi, dans un premier temps, l'abus de position dominante d'une entreprise est caractérisé par la Commission. Dans un second temps, l'entreprise aura la possibilité de justifier sa pratique par les gains d'efficacité qu'elle procure. Enfin, une mise en balance sera effectuée afin de déterminer si la pratique mérite ou non d'être validée.

Deux remarques peuvent être faites. La première, sous forme de critique, dans la mesure où l'article 102 TFUE n'a pas été construit de la même manière que l'article 101 TFUE. Ainsi, si pour le second une approche en deux paliers est envisageable, tel n'est pas le cas pour le premier. La seconde remarque concerne plutôt la mise en œuvre de cette nouvelle approche. On pourrait en effet penser que par le biais de cette prise en considération des effets pro concurrentiels, le droit européen de la concurrence se rapproche du droit antitrust américain sur le terrain des pratiques mises en œuvre par des entreprises en position dominante. Ceci est en partie vrai, même si chacun des deux droits garde ses spécificités.

a) Une approche en deux temps problématique

L'article 102 TFUE n'a pas été rédigé de la même manière que l'article 101 TFUE. Ainsi, si le second prévoit un principe de prohibition (101§1) et un principe d'exemption (101§3 TFUE) tel n'est pas le cas du premier. Pour certains auteurs, dont Albertina Albors-Llorens⁹², l'article 102 TFUE érigerait quant à lui une prohibition absolue. Même si l'expression « prohibition absolue » semble forte⁹³ à l'égard de l'article 102 TFUE, nul ne peut nier qu'aucune exemption n'est prévue dans le cadre de l'article 102 TFUE. Partant, il est particulièrement difficile d'envisager un processus de rachat en deux stades, ceci s'assimilant plutôt à ce qui se passe dans le cadre de l'article 101 TFUE qui lui prévoit expressément en son sein un principe d'exemption. Dès lors transposer les conditions et la logique de l'article 101§3 dans le cadre de 102 TFUE n'est pas sans poser de problème.

Faut-il alors considérer que le rachat intervient au moment de la qualification de l'abus, auquel cas l'on pourrait parler de règles de raison à l'américaine dans le cadre de l'article 102 TFUE ? Ou bien sommes-nous réellement dans une approche en deux stades et donc dans une logique d'exemption, auquel cas nous ne nous trouverions plus au stade de la qualification, et donc parler de règle de raison serait un abus de langage? Plusieurs indices cependant nous permettent de dire que la première hypothèse semble au final la plus plausible.

La problématique liée aux justifications dans le cadre des abus de position dominante est propre au droit communautaire, celui-ci n'ayant pas prévu au sein de l'article 102 TFUE un mécanisme permettant de « sauver » une pratique abusive entraînant des gains d'efficacité supérieurs aux effets anticoncurrentiels qu'elle génère. Tel n'est pas le cas en droit français de la concurrence. Ainsi, l'article L420-4 du Code de commerce prévoit que ne sont pas soumis aux articles L420-1 et -2 les pratiques : « *Dont les auteurs peuvent justifier qu'elles ont pour effet*

⁹² A. Albors-Llorens, *The role of objective justification and efficiencies in the application of Article 82 EC*, CMLR, Dec. 2007, Vol. 44, Issue 6, p. 1727

⁹³ L'utilisation du terme « peuvent » (Ces pratiques abusives peuvent notamment consister à) sous-entend que dans certaines circonstances les types de pratiques envisagés dans le cadre de l'article 102 TFUE ne seront pas considérés comme des abus.

d'assurer un progrès économique, y compris par la création ou le maintien d'emplois, et qu'elles réservent aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, sans donner aux entreprises intéressées la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause. Ces pratiques qui peuvent consister à organiser, pour les produits agricoles ou d'origine agricole, sous une même marque ou enseigne, les volumes et la qualité de production ainsi que la politique commerciale, y compris en convenant d'un prix de cession commun ne doivent imposer des restrictions à la concurrence, que dans la mesure où elles sont indispensables pour atteindre cet objectif de progrès ». Au vu de cet article, il est intéressant de se rapporter aux décisions de l'Autorité de la concurrence afin d'analyser comment celle-ci applique l'article susmentionné. Une affaire est ici particulièrement topique : l'affaire *Canal Plus / TPS*⁹⁴. Dans celle-ci, le Conseil de la concurrence devait appréhender deux types de pratiques mises en œuvre par la société Canal plus : l'une consistant en un couplage d'offre, l'autre en des prix prédateurs.

Concernant l'offre de couplage, TPS reprochait à Canal Plus de proposer à ses abonnés et aux nouveaux abonnés de Canal Satellite une offre couplée comprenant les abonnements à Canal Plus et à Canal Satellite. TPS, concurrent direct de Canal Satellite prétendait par ailleurs que le complément de prix à verser pour recevoir Canal Satellite constituait une prédation car inférieur au coût moyen variable par abonné. Selon Anne Wachsmann⁹⁵ : « *L'approche en deux temps sur la démonstration de l'existence d'un abus puis sa justification par des gains d'efficacité semble plutôt académique. En pratique, on constate que les différents d'analyse tendent à se confondre (...)* ». La logique de l'article L420-4 du code de commerce est la même logique de rachat qui se retrouve aujourd'hui dans la Communication de 2009. Il a donc de forte chance pour que la Commission adopte le même raisonnement que l'Autorité de la concurrence.

⁹⁴ *Décision n° 05-D-13 Canal Plus / TPS du 18 mars 2005.*

⁹⁵ *Anne Wachsmann « Les gains d'efficacité et les arguments pro-concurrentiels en matière de pratique unilatérale », Revue concurrences N-2-2010.*

Soulignons également que l'AFEC dans le rapport en réponse au débat public lancé par la Commission sur le projet de lignes directrices concernant l'article 82 envisageait déjà ce raisonnement en un temps. Ainsi l'AFEC considère qu' : « *En pratique, le mécanisme de réfutation conduira donc à rapproche les efficacités souhaitées ou réalisées par l'opérateur en position dominante et les effets indésirables d'une perturbation du jeu de la concurrence. Contrairement à la présentation adoptée par la Commission, le raisonnement ne s'effectuera pas en deux temps, mais en un seul* ».

Enfin, dernier indice, le Tribunal dans l'arrêt *Microsoft* précise qu' : « *Il appartient ensuite à la Commission, si elle entend conclure à l'existence d'un abus de position dominante, de démontrer que les arguments et les éléments de preuve invoqués par ladite entreprise ne sauraient prévaloir et, partant, que la justification présentée ne saurait être accueillie* ». Il résulte de cette formule que l'on se trouverait effectivement plutôt dans le cadre de la qualification de l'abus plus que dans le cadre d'une éventuelle exemption, incompatible avec la structure de l'article 102 TFUE. En ce sens, la présentation opérée dans la Communication de 2009 consistant à séparer l'analyse des effets de l'analyse des gains d'efficacité semble donc purement académique.

Malgré les indices susmentionnés, on ne peut être catégorique sur la question de savoir si l'analyse des gains d'efficacité se fera au stade de la qualification ou, comme dans le cadre de l'article 101§3, dans un second temps. Cependant, si une analyse au stade de la qualification de l'abus venait à être confirmée par la Commission ceci reviendrait purement et simplement à consacrer une règle de raison similaire à celle envisagée aux Etats-Unis. Malheureusement, une confirmation sur ce point risque de se faire attendre dans la mesure où la Commission ne publie pas ses décisions de rejet de plainte, au contraire de ce que fait l'Autorité de la concurrence en France, or c'est précisément dans les décisions de rejet que l'on pourrait cerner à quel moment précisément la Commission envisage les gains d'efficacité invoqués par une entreprise comme moyen de défense.

Ainsi, on peut constater qu'il semble qu'une véritable règle de raison du type consacré en droit américain soit en définitive consacrée par la nouvelle Communication de la Commission de

2009. Il y aurait donc sur ce point une convergence significative entre le droit de la concurrence européen et le droit de la concurrence américain. Cependant, si une convergence entre les deux droits semble effectivement d'actualité sur ce terrain des abus de position dominante, chacun des deux droits garde ses spécificités ce qui entraîne dans certains cas des solutions différentes à l'égard d'une seule et même entreprise et pour des pratiques analogues.

b) Une convergence réelle tout en gardant ses spécificités

Le droit européen de la concurrence s'est considérablement rapproché du droit américain en matière de concurrence, et plus particulièrement, en matière d'abus de position dominante. La mise en place d'une approche par le biais d'une règle de raison avec, semble-t-il, la consécration par la Communication de 2009 d'un véritable bilan concurrentiel entre les effets négatifs et positifs d'une même pratique ne peut qu'évoquer une convergence vers le droit américain de la concurrence. Pour autant, la politique (de concurrence) a ses raisons que le droit ne connaît pas. Ainsi, si juridiquement l'approche européenne est de plus en plus emprunte d'économie et donc d'une logique plutôt américaine du droit de la concurrence, la volonté de la part des autorités de concurrence de ne pas être laxistes sur le terrain des abus de position dominante transparaît de plusieurs décisions. Ceci explique en partie pourquoi un certain nombre de décisions et d'arrêts concernant des entreprises mondialement intégrées comme Microsoft ou Intel aient abouti à des solutions différentes en droit de l'Union et en droit américain. Ainsi, il semble que la charge de la preuve pesant sur l'entreprise en position dominante afin de racheter son comportement soit beaucoup plus élevée en Europe qu'aux Etats-Unis. Malgré donc une modernisation importante, l'article 102 TFUE resterait emprunt d'une certaine forme d'ordo-libéralisme par le biais d'une charge de la preuve particulièrement élevée. Force est de constater que sur ce terrain les appréciations américaines et européenne divergent.

La solution envisagée par la Commission et le Tribunal dans le cadre de l'affaire Microsoft a déjà été évoquée. Les pratiques de refus de vente et de vente liée avaient été jugées comme

étant anticoncurrentielles car constituant des abus. Les gains d'efficience invoqués par l'entreprise de Redmond furent balayés aussi bien par la Commission que par le Tribunal. Cette solution tranche avec celle retenue aux Etats-Unis concernant la pratique de vente liée.

L'effet de levier (mécanisme consistant pour un vendeur disposant d'un pouvoir de marché sur un produit liant de l'étendre au marché du produit lié) a été reconnu en tant que restriction de concurrence dès les débuts du droit antitrust, ce qui a fait du contrat couplé une infraction appréhendée *per se*. Cette solution découlait de l'affaire *Jefferson Parish* de 1984⁹⁶. Cependant, sous l'influence de l'École de Chicago, cette approche a évolué, et ont été mis en évidence un certain nombre d'effets pro-concurrentiels. L'affaire "*Microsoft*" marque aux Etats-Unis un recul de l'infraction *per se* concernant la pratique de vente liée. Ainsi, si Microsoft avait dans un premier temps été condamné⁹⁷ pour tentative de "*monopolization*" à propos de la vente du système d'exploitation Windows liée avec celle d'Internet explorer, cette décision fut par la suite réformée. Ainsi, la Cour d'appel pour le District de Columbia⁹⁸ considéra que la vente liée avait été considérée à tort comme une infraction *per se*. Selon elle, il apparaissait plus prudent, dans un secteur technologique émergent, de la soumettre à la règle de raison. La Cour faisait ainsi valoir que des effets pro-concurrentiels semblaient exister pour le plus grand avantage du consommateur en termes de prix et de confort d'utilisation. Il convient de noter que c'est précisément ce type d'argument plutôt général qui a été invoqué devant la Commission et le Tribunal avec les conséquences que l'on connaît. Par la suite, la procédure aboutit à un « *consent decree* » dans le cadre duquel le Department of Justice abandonna tout remède à l'égard de la pratique de vente liée, ce moyen étant purement et simplement abandonné. Certains virent dans cela le fait que ce type de pratique n'était pas une priorité pour la politique antitrust américaine. En réalité, cette décision américaine concernant Microsoft s'inscrit dans une tendance.

⁹⁶ Arrêt *JEFFERSON PARISH HOSPITAL DIST. NO. 2 v. HYDE*, 466 U.S. 2 (1984).

⁹⁷ *United States v. Microsoft*, 87 F.supp.2d 30, D.C.C. Cir.2000

⁹⁸ *United States v. Microsoft*, 253 F.3d 34, 85, D.C.Cir.2001

Depuis quelques années en effet, les autorités américaines semblent apprécier les comportements unilatéraux d'entreprises en position dominante de manière plus clémentine. Ainsi, lorsque tout récemment la Cour Suprême des Etats-Unis, rompant avec une jurisprudence fermement établie, retient que les prix minima de revente imposés par un fournisseur en position dominante peuvent avoir des effets pro-concurrentiels et que, dans cette mesure, ils ne sont pas nécessairement illicites, elle innove à contrecourant des autorités de concurrence communautaires⁹⁹. De la même manière, lorsqu'en 2004¹⁰⁰, la même Cour restreignait les hypothèses dans lesquelles une entreprise en position dominante a l'obligation de négocier un accès au marché avec ses concurrents, elle se distancie de l'analyse adoptée par le Tribunal dans l'affaire Microsoft.

Cette tendance se reflète également par le standard de preuve qui est demandé de part et d'autre de l'Atlantique. Ainsi, selon Evans et Jorge Padilla, le standard de preuve de la Cour d'appel américaine comporterait quatre étapes :

- L'acte poursuivi doit avoir un effet sur le processus concurrentiel
- Le comportement du monopoleur doit également avoir un effet anticoncurrentiel

C'est le demandeur qui doit prouver les deux conditions susmentionnées. S'il y parvient, la charge de la preuve repasse sur le Monopoleur.

- Le Monopoleur devra dans ce cas prouver les gains d'efficience de sa pratique
- Si la démonstration est convaincante, la charge de la preuve repasse sur la tête du demandeur qui devra démontrer que, quand bien même il existerait des effets pro-concurrentiels, ceux-ci ne contrebalancent pas les effets anticoncurrentiels.

⁹⁹ Cour Suprême des Etats-Unis, 28 juin 2007, *Leegin*

¹⁰⁰ Cour Suprême des Etats-Unis, 13 janvier 2004, *Trinko*

Dans le cadre de l'approche européenne, il semble que la preuve repose pour une grande partie sur les épaules du Monopoleur. Le Tribunal dans l'affaire *Microsoft* précise que : « *si la charge de la preuve quant à l'existence des circonstances constitutives d'une violation de l'article 82 CE repose sur la Commission, c'est toutefois à l'entreprise dominante concernée, et non à la Commission, qu'il incombe, le cas échéant, et avant la fin de la procédure administrative, de faire valoir une éventuelle justification objective et d'avancer, à cet égard, des arguments et des éléments de preuve* ». Ce point cependant est à tempérer par deux remarques :

- Dans la mesure où le droit de la concurrence est principalement mis en œuvre aux Etats-Unis par le biais du private enforcement, il est dès lors logique que les demandeurs aient à prouver la réalité de certains effets engendrés par la pratique émanant de l'entreprise se trouvant position dominante. En droit européen de la concurrence cela est moins nécessaire dans la mesure où c'est la Commission qui poursuit (logique du public enforcement).
- La Commission une fois qu'elle dispose de suffisamment d'éléments pour conclure à un abus de position dominante demande à l'entreprise d'éventuellement justifier son comportement. Son rôle ne se termine pas à ce stade dans la mesure où, si l'entreprise mise en cause parvient à apporter la preuve de gains d'efficience, il reviendra ensuite à la Commission de démontrer que ceux-ci ne permettent pas de contrecarrer les effets négatifs qu'engendre la pratique litigieuse.

Par charge de la preuve il faut aussi entendre le degré de preuve requis. En d'autres termes, la charge de la preuve sera d'autant plus grande si l'autorité de contrôle de la concurrence sur le marché ou le Tribunal ne se laisse pas convaincre facilement par les arguments avancés par une entreprise. A ce titre, il semble qu'en Europe ce degré de preuve soit particulièrement élevé. Si l'on se réfère à l'arrêt du Tribunal dans l'affaire *Microsoft*, on perçoit bien que, ni la Commission, ni le Tribunal, ne se laisseront convaincre par des gains d'efficacité de faibles ampleurs et faiblement étayés.

Pour preuve, dans le cadre de l'affaire *Microsoft*, cette dernière contestait la condamnation au titre du refus de communiquer ses informations liées à l'interopérabilité car selon elle cela affaiblirait ses incitations futures à investir dans la création de propriétés intellectuelles. Ainsi, et c'est valable pour d'autres arguments que Microsoft avance dans cette affaire, celle-ci se contente de justifier son comportement par des généralités. De plus, selon le Tribunal, de nombreux éléments attestaient que les incitations à innover de Microsoft étaient intactes. Ainsi on voit que le Tribunal ne se contentera pas de tels arguments évasifs invoqués par les entreprises. Il exigera des arguments et des preuves qui étayeront la thèse selon laquelle la pratique d'une entreprise emporte des gains d'efficacité supérieurs aux effets anticoncurrentiels qu'elle génère. Cette logique on la retrouve dans un autre arrêt concernant les justifications objectives plus classiques¹⁰¹. Cette intransigeance de la part du Tribunal, permet de comprendre pourquoi il n'existe à ce jour aucune affaire dans le cadre de laquelle ces justifications objectives fondées sur des gains d'efficacité ont trouvé grâce aux yeux du Tribunal.

Visiblement, et au vu de la solution retenue aux Etats-Unis à l'égard de Microsoft, la vente liée ne semble pas être une priorité aux Etats-Unis, alors qu'à la vue du standard de preuve exigé en Europe, il semble que cela soit le cas. On touche ici un aspect très important en droit de la concurrence : l'aspect politique. Sur ce dernier point cependant, il semble que les choses soient en train de changer.

¹⁰¹ Tribunal, *Michelin c/ Commission*, 30 septembre 2003, affaire. T-203/01, Rec. p. II-4071 : pt. 107 s. qui reproche au défendeur une argumentation trop générale impropre à démontrer l'existence de justifications objectives

CONCLUSION

VERS UN RAPPROCHEMENT POLITIQUE ?

Depuis un certain nombre d'années les autorités de concurrence Européennes et Américaines coopèrent. Ainsi, dès les années 1990, des accords¹⁰² en matière de droit de la concurrence furent passés entre les Etats-Unis et la Communauté Européenne. Le premier en date est intitulé « l'international antitrust cooperation agreements ». Celui-ci prône une coopération entre les Autorités américaines et européennes en matière de concurrence ainsi que la réduction des conséquences qu'engendrent les différences entre les deux droits de la concurrence. D'autres accords interviendront en 1998 et 1999.

Ainsi, il existe un dialogue permanent entre les Autorités américaines et européennes en charge du droit de la concurrence. Ce dialogue peut dans certain cas être plutôt houleux comme ceci a été le cas dans l'affaire *Microsoft*. En effet, un membre du Department of Justice, Thomas Barnett, avait critiqué la solution européenne dans l'affaire *Microsoft* en ce qu'elle se préoccupait plus du sort des concurrents que du sort des consommateurs¹⁰³. La réponse de l'ancienne commissaire à la concurrence fut cinglante, celle-ci affirmant que le Department of justice ne pouvait critiquer de la sorte une solution adoptée par une juridiction indépendante qui de surcroît relevait d'un droit étranger.

Malgré ces échanges, le dialogue existe et il est permanent. Ceci a permis un certain nombre d'évolutions. Ainsi, l'Europe a su entendre les Etats-Unis lorsque des critiques sur son

¹⁰² Pour plus d'informations sur ceux-ci: Charlotte Leskinen, « The EU/US cooperation in the field of Antitrust law enforcement-Some Challenges to future cooperation », Working Paper IE Law School.

¹⁰³ Tolas Barnett, l'assistant Attorney General en charge des questions de concurrences au sein du ministère de la justice américain a déclaré à la suite de l'arrêt *Microsoft* du TPI qu'aux Etats-Unis, « les lois antitrust sont appliquées pour protéger les consommateurs en protégeant la concurrence, et non les concurrents »

approche trop formelle en matière d'abus de position dominante lui furent adressées. Comme ceci a pu être démontré, le droit de la concurrence européen a fait un pas (juridique) vers le droit antitrust américain. Ainsi, son analyse, consacrée aujourd'hui par la Communication de 2009 est plus emprunte d'économie, et il semble qu'une véritable règle de raison ait été adoptée en la matière. De plus, il semble que les Etats-Unis aient su également écouter l'Europe et apprendre de ce qui se faisait sur le Vieux continent. Le changement, plus que juridique, est ici politique.

Le Parti Démocrate américain est arrivé au pouvoir en janvier 2009. Le Sénateur Obama durant sa campagne avait pointé du doigt le laxisme de l'administration Bush dans l'enforcement du droit de la concurrence, et notamment, de la section 2 du Sherman Act. Selon lui, l'Administration Bush avait le taux d'*enforcement* en matière d'Antitrust le plus bas de toutes les administrations depuis 50 ans¹⁰⁴. Au vu de ces déclarations, il n'est pas étonnant qu'ait été retiré le rapport du Département of Justice sur la section 2 du Sherman Act adopté quelques années plus tôt durant les années où George Bush était encore président des Etats-Unis. En effet, ce rapport était l'incarnation selon certains auteurs, dont Mario Monti¹⁰⁵, du laxisme de ce qu'avait été la doctrine du Département of Justice sous l'administration Bush, à savoir, selon Christine Varney (Chef de l'antitrust aux Etats-Unis depuis l'élection de Barack Obama) « *une hésitation extrême face à des abus potentiels de position dominante*¹⁰⁶ ». Selon elle, les Etats-Unis doivent sur ce point changer de stratégie, se réorienter en s'inspirant de ce qui se fait en Europe. Selon Mario Monti, cette doctrine menée durant les années Bush a été à l'origine de certaines décisions contradictoires, selon que l'on se trouve aux Etats-Unis ou en Europe, l'exemple de l'affaire *Microsoft* est le plus emblématique (*GE/ Honeywell* en matière de concentration également). Ce faisant, si l'Europe a fait plusieurs pas, surtout juridiques, pour se rapprocher du raisonnement Américain en matière d'abus de position dominante, les Etats-Unis semblent, eux, avoir fait un pas politique vers l'Europe. Une convergence plus

¹⁰⁴ Barack Obama American Antitrust Institute 27 septembre 2007

¹⁰⁵ Mario Monti, « L'Amérique converge vers l'Europe », *Revue Concurrences* N°3-2009

¹⁰⁶ Intervention le 11 mai 2009 de Christine Varney adjointe de l'Attorney General pour la Division Antitrust du ministère de la Justice des Etats-Unis. Cette intervention se trouve dans son intégralité sur : <http://www.justice.gov/atr/public/speeches/245711.htm>

importante est donc à prévoir en la matière dans les années à venir, la crise économique actuelle ne devant, a priori, pas altérer ce mouvement¹⁰⁷.

Ainsi, on peut constater que l'Europe et les Etats-Unis jugent utiles de voir leur solution s'unifier en matière de concurrence. Elles jugent par conséquent que face à un monde des affaires globalisé, il convient de ne pas adopter de solution trop tranchée par rapport à ce qui se fait de part et d'autre de l'Atlantique. Pour autant, Europe et Etats-Unis peuvent-ils encore continuer à dialoguer et faire converger leur droit de la concurrence en faisant fi de ce qui se fait dans d'autres pays, notamment les pays qui aujourd'hui forment le groupe des BRICS. Face à un monde des affaires globalisé, la solution ne serait-elle pas d'avoir des règles unifiées au niveau mondial ? Cela peut sembler assez utopique, pour autant les acteurs du secteur semblent se poser cette question. Ainsi, ce n'est pas un hasard si des conférences ont lieu sur ce thème et notamment une conférence du 6 septembre 2011 qui réunit un certain nombre de hauts responsables en matière de concurrence (DG concurrence ainsi que Department of justice), intitulée « *Global antitrust policies : How wide is the gap ?* ».

¹⁰⁷ Dans son intervention le 11 mai 2009, Christine Varney considère que « Premièrement, il n'y a pas d'alternative adéquate au marché concurrentiel, en particulier en temps de crises économiques. Deuxièmement, une application rigoureuse de la politique de concurrence a un rôle à jouer dans la réponse des gouvernements aux crises, afin de s'assurer que les marchés restent concurrentiels ».

Bibliographie:

Traités:

- *Traité instaurant la Communauté européenne.*
- *Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne.*

Legislations:

- *Sherman Act.*

Publications Officielles:

- *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*
- *Discussion DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses Public consultation.*

Manuels et Ouvrages :

- *Bellamy&Child : Material on European Community Law of Competition, Oxford University Press, 2009*
- *Choné (A), « Les abus de domination. Essai en droit des contrats et en droit de la concurrence », Paris Economica, 2010.*
- *Fasquelle (D), « La règle de raison et le droit communautaire des ententes », thèse de Doctorat en droit, Université Panthéon-Assas (Paris II), Joly éditions 1992.*

- *Joliet (R.), « The Rule of Reason in Antitrust Law », Faculté de droit, Liège, Martinus Nijhoff, La Haye, 1967.*
- *Jolowicz (A), « Droit anglais », coll. « Précis Dalloz », 1986.*
- *O'donoghue et Padilla(J), « The law and Economics of article 82 EC », Hart Publishing, 2006.*
- *Vogel (L), Droit Européen des ententes et des abus de position dominante, Lawlex 2010*

Rapports:

- *OCDE, Pratiques d'éviction des marches (Table ronde sur les pratiques optimales), 2004.*
- *GCLC Research Papers on Article 82 EC, 2005.*
- *Observations de l'AFEC sur le projet de lignes directrices de la Commission relatives à l'application de l'article 82 du traité CE, 2006.*
- *Economic Advisory Group for Competition Policy, An economic approach to Article 82, Européen Commission 2005, Competition Policy International, 2006.*
- *Chambre de Commerce et de l'Industrie de Paris, Rapport sur le projet de lignes directrices communautaires sur les abus de position dominante (pour une modernisation de l'analyse concurrentielle,2006).*

Discours/Interviews/Colloques:

- *Speech to the 31st conference of the European Association for Research in Industrial Economics, Berlin, de John Vickers (Ancien Chairman del' Office of Fair Trading), 2004.*
- *Dr Ulf Böge, Cinq ans à la tête du Bunderkartellamt interview à la Revue Concurrence n°3-2005.*

- Bloom (M), « *Substantial Antitrust Convergence: Developed country antitrust enforcement is converging on a consumer welfare basis* », ABA Antitrust Section Spring Meeting, Washington, DC, Mars-Avril 2005.
- Interview avec Albers(M) et Peepkorn (L) sur le Discussion Paper , 2006.
- Discours du Président des États-Unis Barack Obama au American Antitrust Institute le 27 septembre 2007.
- Anne-Perrot, Colloque pour 20ème anniversaire du Conseil de la concurrence, Quel statut et quels moyens pour les autorités de contrôle de la concurrence ? , Revue Lamy Concurrence, 2007.
- Intervention le 11 mai 2009 de Christine Varney adjointe de l'Attorney General pour la Division Antitrust du ministère de la Justice des États-Unis.

Revue Juridiques:

- Areeda (P) et Turner (D.F) « *predatory pricing related practices under section n°2 of Sherman act* », Harvard Law Review Vol. 8, N°4, Feb 1975.
- Albors-Llorens, « *The role of objective justification and efficiencies in the application of Article 82 EC* », CMLR, Dec. 2007, Vol. 44, Issue 6, p. 1727.
- Amato (G), *Antitrust and the Bounds of Power – The Dilemma of Liberal Democracy in the History of the Market*, Hart Publishing, Oxford, 1997.
- Arowolo (O), “*Application of the concept of barriers to entry under article 82 of the EC Treaty: is there a case of review*”, European Competition Law Review 2005.
- Bosco (D), “*Regards sur la modernisation de l'abus de position dominante*”, LPA, 2008.
- Choné(P), « *le Conseil de la concurrence : de 1986 à demain* », Revue Lamy droit de la concurrence 2007.
- Choné (A), « *Premiers regards sur les orientations de la Commission pour l'application de l'article 82 TCE aux pratiques d'éviction* » paru à la revue Europe, Actualité du droit communautaire (LexisNexis),2009.
- Decker (C), « *Economics and the Enforcement of European Competition Law* », Edward

Elgar Publishing Limited, 2009.

- *Fernandez (C) et Pereda (A), « Will there be Guidelines on article 82 of the EC Treaty » de GCP.*
- *Fjell (K), Sorgard(L), “ How to test for abus of dominance”, Europeant Competition journal, Special Supplement, July 2006.*
- *Flochel (L), Catherine Prieto,Anne Wachsmann, “Pratiques unilatérales (Chroniques)”, Revue Concurrences N°4-2007.*
- *Flochel (L), “Les tests de prix d’éviction”, Revue Concurrences N°3-2009.*
- *Gormsen L., (2006), « Article 102 EC: Where are we coming from and where are we going to? », The Competition Law Review, vol.2, 2, March, p. 19.*
- *Handler (M.), « The Judicial Architects of the Rule of Reason », Antitrust in perspective, 1957, p.9.*
- *Hawk (B.E) « la révolution antitrust américaine : une leçon pour la communauté ? », RTD eur. 1989.*
- *Hawk (B.E.), « A propos de la « concurrence par les mérites » : Regards croisés sur l’article 82 CE et la Section2 du Sherman Act », Revue Concurrences N°3-2005.*
- *Incardona, « Modernisation of article 82 EC and refusal to supply : Any real change in sight », European Competition Journal, Vol.2, n°2 December 2006, 337.*
- *Idot (L), “Les ventes liées après les affaire Microsoft et GE/Honeywell. Reflexions de juriste...”, Revue Concurrences N°2-2005.*
- *Idot (L), “ Le retour de l’objet anticoncurrentiel”, Revue Concurrences N°4-2009.*
- *Kokkoris (I), « A Gap in the Enforcement of Article 82 », BIICL, 2009.*
- *Kovacic (W), “Transatlantic Turbulence: The Boeing-McDonnell Douglas Merger and International Competition Policy”, Antitrust L.J. 805 (2000-2001).*
- *Kovar (R.), « Le droit communautaire de la concurrence et la règle de raison » RTD eur. 87, p. 237.*
- *Leskinen (C), « The EU/US cooperation in the field of Antitrust law enforcement-SOME Challenges to future cooperation », Working Paper IE Law School.*
- *Marty (F), « La politique de concurrence européenne face aux droits et libertés des entreprises dominantes” Gredeg Working Papers n°2011-01, p.16.*

- Michael (W.J.), "Holmes and the Bald Man: Why Rule of Reason Should Be the Standard in Sherman Act Section 2 Cases" Summer, 2006 4 *Pierce L. Rev.* 359.
- Monti (M), « L'Amérique converge vers l'Europe », *Revue Concurrences* N°3-2009.
- Papandropoulos(P), "Implementing an effects-based approach under article 82", *Revue Concurrences* N°1-2008.
- Pera (A), " Changing views of competition and EC Antitrust Law", *Macerata Lectures On European Economic Polic*, Working Paper n.13 Mars 2008.
- Perrot (A), " Les gains d'efficacité et les arguments pro-concurrentiels en matière de concentrations et de pratiques unilatérales", *Revue Concurrences* N°2-2010.
- Pera (A), « Changing views of Competition Economic analysis and EC antitrust law », *European Competition Journal*, Volume 4, Number 1, June 2008 , pp. 127-168(42)
- Petit (N), "Grandes tendances jurisprudentielle en droit de l'abus de position dominante », *L'actualité du Droit matériel des pratiques anticoncurrentielles*, *Demi-journée d'étude de l'AFEC*, 3 mars 2011.
- Poillot-Peruzzetto (S), "L'affaire Microsoft, version Europe", *Contrats concurrence Consommation(LexisNexis)* n°4, avril 2005, comm.71.
- Prieto (C), *Afec - Actualité 2006 droit de la concurrence* : « La généralisation de l'analyse fondée sur les effets », 8 février 2007.
- Prieto (C), Anne-Lise SIBONY, Anne WACHSMANN, "Pratiques unilatérales (Chroniques)", *Revue Concurrences* N°1-2009.
- Ridyard, "The European Commission article 82 EC Guidelines: some Restrictions on the Economic Issues", *ECLR*, Vol.30; Issue 5, May 2009, 230.
- Roller (L.H), "Exploitative abuses", *European School of Management and Technology (Berlin, Germany)*", 2007.
- Spector (D), "Minimum resale prices: Is a ban justified?", *Revue Concurrences* N°3-2007.
- Steiner (Y) et Walpen (B), *L'apport de l'ordolibéralisme au renouveau libéral, puis son éclipse, carnets de bord*, n°11, septembre 2006.
- Tosza(K), " Efficiencies in Art. 82 UE: An illusionary defence?", *Revue Concurrences* N°4-2009.
- Wachmann(A) et Sarrazin(E), « Quelle réforme pour l'article 82 » *Revue Concurrences* N°4

2005.

- Wachsmann(A) « *Les gains d'efficacité et les arguments pro-concurrentiels en matière de pratique unilatérale* », *Revue concurrences* N-2-2010.
- Werden (G), "Competition policy on exclusionary conduct: toward and effects-based analysis?" *European Competition Journal, Spécial Supplement*, July 2006

Jurisprudences :

Américaines :

- Arrêt « *Wasbasch St Louis & Pacific railway Co v. Illinois State* », 118 US 557 (1885).
- Arrêt « *US v. Transmissouri Freight Association* », 166 US 290 (1897).
- Arrêt« *Addyston Pipe and Steel Co. v. United States*», 85 F. 271 (6th Cir. 1898).
- Arrêt « *Standard Oil of New Jersey v. US* », 221 US 1 (1911).
- Arrêt « *US v. Americcan Tobacco* », 221 US 106 (1911).
- Arrêt *TIMKEN ROLLER BEARING CO. V. UNITED STATES*, 341 U. S. 593 (1951)
- Arrêt « *Nothern Pacific Railways Co v. US* », 356 US 1 (1958).
- Arrêt *UNITED STATES V. ARNOLD, SCHWINN & CO.*, 388 U. S. 365 (1967).
- Arrêt *CONTINENTAL T.V., INC. V. GTE SYLVANIA, INC.*, 433 U. S. 36 (1977).
- Arrêt *JEFFERSON PARISH HOSPITAL DIST. NO. 2 v. HYDE*, 466 U.S. 2 (1984).
- Arrêt *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 509 U.S. 209 (1993).
- Arrêt *Trinko*, 13 janvier 2004.
- Arrêt *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.*, 551 U.S. 877 (2007).

Communautaires:

- *Arrêt CJCE, 18 février 1971, Sirena v. Eda, , C-50/70.*
- *Arrêt CJCE, 8 juin 1971, Deutsche Grammophon. Gesellschaft mbH v. Metro-SB-Großmärkte GmbH & Co. KG, C-78/70*
- *Arrêt CJCE, 14 février 1978, United Brands, C-27/76.*
- *Arrêt CJCE, 29 juin 1978, BP c/Commission2, C- 77/77*
- *Arrêt CJCE, 9 novembre 1983, Michelin c/ Commission, C-322/81.*
- *Arrêt CJCE, 3 juillet 1991 AKZO, C-62/86.*
- *Arrêt Tribunal, 30 septembre 2003, Michelin c/ Commission T-203/01.*
- *Arrêt Tribunal, 17 décembre 2003. British Airways c/Commission, T-219/99.*
- *Arrêt CJCE, 15 mars 2007, British Airways c/ Commission, C-95/04*
- *Arrêt Tribunal, 17 septembre 2007, Microsoft c/Commission, T-201/04.*