

28 mars 2006

**Résumé sommaire de la position commune du Cercle de l'Industrie sur la révision de la mise en œuvre de l'article 82 du traité CE relatif aux abus d'exclusion**

Le Cercle accueille favorablement l'initiative de la Commission de réviser les modalités d'application de l'article 82 du traité CE (abus d'exclusion), en s'orientant vers une approche plus économique. Les membres du Cercle s'inquiètent néanmoins des risques d'insécurité juridique liés à cette nouvelle approche. En outre, il est regrettable que la Commission n'ait pas inclus tous les types d'abus dans sa réflexion.

**1- Sur la définition du marché pertinent**

Pour des raisons de prévisibilité juridique, le Cercle considère que l'analyse du marché pertinent doit se fonder sur la Communication de 1997, même si la prise en compte de critères supplémentaires d'analyse est opportune.

**2- Sur la notion de dominance**

Les membres approuvent la proposition de la Commission de prendre en compte d'autres critères que celui de la part de marché pour déterminer une position dominante. Il conviendrait, toutefois, de préciser la portée de chacun de ces critères. En outre, un seuil en deçà duquel les entreprises auront la certitude de ne pas être en position dominante devrait être établi.

Le Cercle estime, par ailleurs, que la notion de dominance collective ne devrait s'appliquer que dans les cas où il existe un lien contractuel, structurel ou financier entre les entreprises concernées.

**3- Sur la notion d'abus**

Le Cercle souhaiterait que la Commission identifie les types de pratiques qui seraient par nature admissibles. En outre, les membres sont favorables au test de « l'opérateur aussi efficace ». Néanmoins, sa mise en œuvre devrait être clarifiée. Ils considèrent également que la charge de la preuve, en matière d'efficacité, ne devrait pas peser sur l'entreprise concernée.

Plus spécifiquement, le Cercle émet de fortes réserves sur l'analyse de certaines pratiques :

- sur la notion de prix prédateurs, il serait préférable d'attendre que les juridictions communautaires se prononcent,
- sur les pratiques de rabais, la Commission devrait éclaircir les concepts économiques qu'elle utilise et déterminer les systèmes de rabais admissibles,
- sur les droits de propriété intellectuelle, l'obligation de délivrer des licences devrait être limitée aux abus les plus graves et la méthode de calcul de leur prix devrait être précisée,
- sur les accords d'exclusivité ou de préférence, il conviendrait d'indiquer qu'ils ne sont pas forcément restrictifs même lorsqu'ils sont conclus par une entreprise dominante car ils peuvent être justifiés économiquement.

En conclusion, les membres du Cercle appellent la Commission à tenir compte des règles existantes dans les autres pays afin de ne pas pénaliser les entreprises communautaires dans un contexte de globalisation de l'économie.



**Position commune du Cercle de l'Industrie sur la révision de la mise en œuvre de l'article 82 du traité CE relatif aux abus d'exclusion**

**Introduction**

1. Le 19 décembre 2005, la Commission européenne a publié une Communication en vue d'une possible révision des modalités d'application de l'article 82 du Traité CE relatif aux abus de position dominante.
2. Cette initiative s'inscrit dans le contexte d'une vaste réforme des règles de concurrence amorcée depuis trois ans et qui s'est traduite par l'adoption de nouveaux règlements sur le contrôle des concentrations et le contrôle des ententes, ainsi qu'une réflexion d'ensemble sur la modernisation du contrôle des aides d'État.
3. Le Cercle de l'Industrie, qui avait déjà pris position sur chacun de ces précédents volets de la réforme des règles de concurrence communautaires, souhaite formuler son opinion et ses propositions sur les axes de réforme aujourd'hui envisagés par la Commission en matière de contrôle des abus de position dominante.
4. Tout en étant attachés à un strict contrôle de tels abus lorsqu'ils sont avérés, les membres du Cercle sont en effet soucieux que le contrôle des pratiques en cause se fasse dans le respect de l'exigence de sécurité juridique des entreprises, et en tenant compte du fait que la préservation de la capacité d'action des entreprises ayant acquis un poids important sur leurs marchés est nécessaire au développement de ces marchés, aux innovations technologiques et à l'amélioration de la situation des consommateurs.
5. Cette préoccupation des membres du Cercle s'inscrit dans leur souci plus global que la Commission contribue par son action à renforcer la compétitivité des entreprises européennes. Le Cercle a déjà eu l'occasion, à ce titre, de sensibiliser la Commission à la nécessaire conciliation de la politique de concurrence avec l'objectif d'un haut degré de compétitivité. Les membres du Cercle sont également convaincus que l'application de la politique de concurrence par la Commission doit tenir pleinement compte des contraintes de la globalisation de l'économie et, plus concrètement, de la manière dont les règles de concurrence sont appliquées dans les autres pays et régions.

## 1. *Observations générales*

6. Le Cercle de l'Industrie souhaite souligner l'importance d'une clarification de la doctrine de la Commission, notamment vis-à-vis des autorités nationales de concurrence, aux fins d'une application cohérente du droit de la concurrence dans les États membres.
7. Le Cercle de l'Industrie accueille favorablement l'adoption par la Commission d'une approche économique des pratiques de marché, basée sur l'analyse des effets restrictifs de concurrence. Une telle approche est en effet préférable à une approche formaliste ou *per se*, qui peut conduire à priver les consommateurs des avantages pro-concurrentiels de certaines pratiques. Elle devrait permettre de contribuer à une meilleure efficacité du droit communautaire de la concurrence par une meilleure compréhension des mécaniques de marché.
8. L'approche économique devrait en outre permettre à une entreprise en position dominante de démontrer l'absence d'effets négatifs d'une pratique sur un marché grâce à un outil relativement souple. A cet égard, la position de principe, affirmée par Neelie Kroes dans son discours du 23 septembre 2005, selon laquelle la concurrence agressive est saine dès lors qu'elle profite aux consommateurs, y compris lorsqu'elle est le fait d'entreprises en position dominante<sup>1</sup>, devrait être rappelée avec fermeté.
9. Toutefois, le Cercle de l'Industrie souhaite attirer l'attention de la Commission sur le fait que l'adoption de nombreuses notions économiques parfois floues et difficiles à mettre en œuvre est source d'insécurité juridique pour les entreprises<sup>2</sup>. Il en est de même de la prise en compte des effets potentiels des pratiques de marché. Les membres du Cercle considèrent que l'appréciation d'un abus doit être fondée sur des effets réels et non supposés.
10. Le présent document de consultation introduit en effet un degré élevé de complexité dans l'analyse économique, tant au stade de la définition de marché que de la dominance, de l'abus, des justifications et des efficacités. On soulignera, à cet égard, qu'en pratique, les données économiques nécessaires pour conduire les analyses envisagées par la Commission sont très rarement disponibles au moment de la prise de décision.
11. Le Cercle de l'Industrie relève que la Communication de la Commission relative aux accords de coopération horizontaux, qui consacrait également le recours à une approche économique s'agissant de l'application de l'article 81 du Traité CE, introduisait, par le biais de seuils de parts de marché, d'exemples concrets et de prises de positions nettes

---

<sup>1</sup> "I like aggressive competition – including by dominant companies – and I don't care if it may hurt competitors – as long as it ultimately benefits consumers", *Preliminary Thoughts on policy review of Article 82*, Neelie Kroes, Speech at the Fordham Corporate Law Institute, New York, 23<sup>rd</sup> September 2005

<sup>2</sup> Cf. notamment l'analyse des prix prédateurs aux §§ 93 à 133 et des pratiques de rabais aux §§ 134 à 176 du *Discussion Paper*.

quoique indicatives, une réelle sécurité juridique, alors même que la complexité des raisonnements économiques sous-jacents était plus limitée.

12. Les membres du Cercle de l'Industrie jugent par ailleurs que l'approche de la Commission consistant à conduire une réflexion sur l'article 82 du Traité CE en scindant par type d'abus est à regretter. Un document global couvrant les différents types d'abus (abus d'exclusion, abus d'exploitation, abus discriminatoires) offrirait une meilleure sécurité juridique aux entreprises. La limitation de l'analyse aux abus d'éviction est en effet source d'insécurité dans la mesure où une pratique pourrait échapper à la qualification d'abus d'exclusion mais être sanctionnée au titre des abus d'exploitation ou des abus discriminatoires. De plus, la différence entre abus d'exploitation et abus d'exclusion mériterait d'être clarifiée par la Commission.
13. En outre, la question de la base juridique de la révision des modalités d'application de l'article 82 du Traité CE se pose. L'article 82 du Traité CE ne prévoit pas de possibilités d'exemptions pour les entreprises, à l'instar de l'article 81 paragraphe 3 du Traité CE.
14. Enfin, le Cercle de l'Industrie considère que la Commission devrait prendre en compte dans sa réflexion le contexte juridique international, afin que les entreprises européennes ne soient pas défavorisées par rapport à leurs concurrents qui bénéficient de règles antitrust moins restrictives. A cette fin, il serait opportun que la Commission procède à une analyse comparative du droit communautaire de la concurrence et des droits concurrents, notamment américain et japonais.

## 2. *Observations spécifiques*

### 2.1 **Sur la définition du marché pertinent**

15. La Commission indique que la Communication de 1997<sup>3</sup> doit servir de base à la définition du marché pertinent. Elle reconnaît toutefois les limites de la définition du marché telle qu'elle ressort de cette Communication dans le cadre de l'article 82 du Traité CE et propose de recourir à des outils supplémentaires, tels que la reconstruction du prix concurrentiel ou l'examen des caractéristiques et de l'usage attendu des produits.
16. Le Cercle de l'Industrie considère que la définition du marché pertinent doit être la même pour toutes les pratiques anticoncurrentielles (ententes, abus de position dominante, concentrations). Pour des raisons de prévisibilité de la règle de droit, il est préférable d'éviter une approche de la notion de marché pertinent différenciée pour chaque pratique. Le Cercle de l'Industrie est par ailleurs d'avis que la définition du marché pertinent issue de la Communication de 1997, qui a le mérite d'être bien connue des entreprises, devrait rester la référence principale.

---

<sup>3</sup> JOCE n° 372, 9 décembre 1997, p. 5.

17. Il convient ainsi que la Commission soit se limite strictement à une référence à la Communication de 1997, soit révisé cette Communication en y incluant de nouveaux critères de délimitation de marché applicables à toutes les pratiques.

## **2.2 Sur la notion de dominance**

### **2.2.1 Une clarification nécessaire des critères de la notion de position dominante**

18. Pour déterminer la position dominante d'une entreprise, la Commission propose, en ligne avec la jurisprudence actuelle et les pratiques des autorités antitrust américaines, de prendre en compte, outre la part de marché, d'autres critères tels que les barrières à l'entrée et le pouvoir de négociation des clients.
19. Sur le principe, les membres du Cercle de l'Industrie approuvent cette analyse. Il est en effet préférable de déterminer une situation de dominance en se fondant sur un faisceau d'indices plutôt que sur le seul critère de la part de marché. En effet, si la part de marché constituait le seul critère d'une position de dominance, cela risquerait d'avoir un effet inhibant sur les entreprises qui atteindraient des parts de marché importantes. Paradoxalement, une approche fondée sur ce seul critère pourrait donc avoir pour effet de freiner la concurrence en dissuadant les opérateurs ayant un poids significatif de réagir aux initiatives de leurs concurrents en adaptant leur politique commerciale et tarifaire.
20. Pour une meilleure sécurité juridique, il serait toutefois souhaitable que la Commission, sur le modèle des lignes directrices relatives à l'article 81 du Traité CE, établisse un seuil en deçà duquel, indépendamment des autres critères, les entreprises pourraient avoir la certitude de ne pas être en situation de dominance.
21. La prise en compte des autres critères cités par la Commission aux paragraphes 20 et suivants du *Discussion Paper* mériterait en outre d'être clarifiée. En particulier, il conviendrait que la Commission précise la portée de chacun des indices supplémentaires par rapport à la part de marché. Par ailleurs, il serait utile que la Commission tienne compte, lorsqu'elle est en présence de « bidding markets », du caractère précaire et réversible des positions de marché des différentes entreprises du secteur concerné. Sur les marchés de ce type, l'analyse de la dominance doit nécessairement reposer sur des critères spécifiques.

### **2.2.2 Une clarification nécessaire de la notion de position dominante collective**

22. La Commission donne une définition succincte et générale des notions de dominance collective et d'abus de position dominante collective, en rappelant les conditions posées par la jurisprudence. Les membres du Cercle de l'Industrie souhaitent à cet égard que la Commission ne modifie pas les acquis jurisprudentiels en cette matière.

23. La Commission se prononce en outre, ce qui est nouveau par rapport à la jurisprudence passée, en faveur de la théorie selon laquelle des entreprises peuvent être en situation de position dominante collective, même en l'absence de tout lien ou accord entre elles<sup>4</sup>.
24. Il en découle une forte insécurité juridique pour les entreprises, sachant que le risque est de voir les entreprises placées sur des marchés oligopolistiques être mises en cause du simple fait d'un parallélisme de comportement en principe non critiquable.
25. Les membres du Cercle de l'Industrie estiment donc que la Commission devrait considérer n'être en présence d'une problématique éventuelle de position dominante collective que dans les cas où il existe un lien contractuel, structurel ou financier entre les entreprises concernées.
26. Enfin, le Cercle de l'Industrie attire l'attention de la Commission sur le caractère incertain de la frontière entre la notion de position dominante collective et celle d'entente, au détriment de la sécurité juridique des entreprises.

### 2.3 Sur la notion d'abus

27. A des fins de sécurité juridique, les membres du Cercle de l'Industrie considèrent en outre qu'il serait nécessaire que la Commission identifie les types de pratiques devant être reconnues comme étant par nature admissibles. Neelie Kroes a d'ailleurs annoncé dans son discours précité que la Commission donnerait des indications claires à ce sujet aux entreprises. Les membres du Cercle de l'Industrie souhaiteraient notamment pouvoir apprécier, avec plus de précision, la marge de liberté dont disposent les entreprises en position dominante en cas « d'attaque » d'un de leurs concurrents. L'idée serait de déterminer, au moyen d'exemples concrets, ce que les entreprises en position dominante sont autorisées à faire pour défendre leurs parts de marché.
28. Cette approche pourrait conduire la Commission à déterminer des « zones blanches » et, le cas échéant, des « zones grises ». Cette approche pourrait par ailleurs être affinée par un régime de charge de la preuve différencié selon les types de pratiques en cause, la Commission devant démontrer le caractère illicite de ces pratiques, lorsqu'elles relèvent de la « zone grise », et *a fortiori* de la « zone blanche ».
29. En ce qui concerne l'impact des pratiques de prix sur le consommateur, la définition de la notion de « bien-être du consommateur » mériterait d'être clarifiée en termes de prix, de sécurité, de qualité et en ce qui concerne son appréciation à court ou à long terme.
30. D'une manière générale, l'existence d'abus ne devrait pouvoir être présumée que dans des cas extrêmement limités.

---

<sup>4</sup> Cf. § 46 du Discussion Paper.

### 2.3.1 Sur les conditions de mise en œuvre du test de « l'opérateur aussi efficace »

31. Le Cercle de l'Industrie considère que l'adoption du test du concurrent « aussi efficace » pourrait constituer une évolution favorable, dans la mesure où elle pourrait permettre à une entreprise en position dominante de réagir à certains comportements de ses concurrents directs sans nécessairement tomber dans l'abus, l'analyse de l'abus étant menée à la lumière des comportements et positions des concurrents aussi efficaces.
32. Toutefois, il est indispensable de préciser les conditions de mise en œuvre de ce test qui risque de susciter de nombreuses difficultés pratiques, s'agissant notamment de la collecte d'informations.
33. Par ailleurs, la Commission ne semble pas avoir pris en compte les situations fréquentes où, certains concurrents, parmi les plus agressifs, ont des structures de coûts sans rapport avec celles de l'entreprise dominante. Les membres du Cercle de l'Industrie s'interrogent sur l'appréciation des abus de prix au sens de l'article 82 du Traité CE dans de telles situations, sachant que les coûts de l'entreprise dominante et de son concurrent ne sont alors pas comparables.
34. La mise en œuvre de ce test devrait ainsi être clarifiée par une grille d'analyse prévisible.

### 2.3.2 Sur la charge de la preuve

35. Dans sa nouvelle approche, la Commission définit un champ large du type de cas de figure ou de situations dans lesquels elle considère que le caractère abusif de certaines pratiques devrait être présumé. Dans ces situations et cas de figure, l'approche de la Commission conduit à inverser la charge de la preuve et à la faire peser sur l'entreprise supposée être en position dominante. Dans ces hypothèses, il appartiendrait en effet à l'entreprise de prouver les gains d'efficience et les justifications objectives pour renverser les présomptions d'abus.
36. Sur cette question, le Cercle de l'Industrie considère qu'il n'est pas souhaitable de créer les conditions d'une inversion de la charge de la preuve. A cet égard, on indiquera que les présomptions d'abus sont très peu utilisées dans d'autres systèmes juridiques. En outre, cette inversion de la charge de la preuve ne repose sur aucun fondement juridique. En effet, il n'existe pas de base légale, comme pour l'article 81 du Traité CE, qui permette à la Commission de justifier cette répartition de la charge de la preuve<sup>5</sup>. La charge de la preuve devrait par conséquent, au minimum dans les cas relevant de pratiques usuelles de marché (rabais...), peser sur la Commission, et non sur les entreprises.
37. Par ailleurs, les membres du Cercle de l'Industrie ont observé que l'analyse de l'« *efficiency defense* » est calquée sur celle de l'article 81 paragraphe 3 du Traité CE.

---

<sup>5</sup> Cf. § 77 du Discussion Paper.

S'agissant de domaines différents, des aménagements semblent nécessaires, notamment s'agissant de la définition du « bien-être du consommateur » et de ce qui doit être regardée comme étant « indispensable ».

### 2.3.3 Sur la notion de prix prédateurs

38. Les membres du Cercle de l'Industrie considèrent que l'approche de la Commission selon laquelle une baisse de prix consécutive à l'entrée d'un concurrent sur un marché serait constitutive d'une pratique de prix prédateur, pourrait empêcher les consommateurs, dans certaines hypothèses, de profiter de baisses de prix qui leur seraient pourtant favorables. En effet, un tel postulat pourrait avoir pour effet de dissuader les entreprises en position dominante de baisser leurs prix lorsqu'un concurrent entre sur un marché.
39. Le Cercle de l'Industrie exprime également de fortes réserves vis-à-vis du concept de présomption de recouvrement des pertes, tel qu'il est envisagé par la Commission. Ces réserves sont notamment liées au fait que cette question majeure est actuellement discutée devant le Tribunal de Première Instance. La fixation par la Commission de sa doctrine sur ce point semble par conséquent prématurée.

### 2.3.4 Sur les pratiques de rabais

40. La Commission opère une analyse différenciée des différents systèmes de rabais. S'agissant spécifiquement des rabais conditionnels rétroactifs, la Commission adopte une approche générale relativement défavorable à ce type de rabais. En particulier, la Commission considère que ce type de rabais peut avoir un fort effet de fidélisation si le seuil déclenchant le droit au rabais est fixé au-delà du montant que l'acheteur aurait acheté à l'entreprise en position dominante en l'absence de rabais<sup>6</sup>. Il conviendrait cependant que la Commission précise comment déterminer le montant que l'acheteur aurait acheté en l'absence de rabais, notamment si l'on ne peut se référer aux commandes passées.
41. S'agissant toujours de ce type de rabais, la Commission va même jusqu'à poser une présomption d'abus si certaines conditions sont réunies<sup>7</sup>. Il n'est toutefois pas précisé que, si ces conditions ne sont pas réunies, le système de rabais sera licite au regard de l'article 82 du Traité CE. Par ailleurs, l'appréciation des rabais conditionnels rétroactifs repose sur des notions complexes, difficiles à mettre en œuvre, et dont l'interprétation est laissée à la discrétion de la Commission. Ainsi en est-il, par exemple, des notions de « *required share* » et de « *commercially viable amount* ».
42. Enfin, la distinction de traitement effectuée par la Commission entre les rabais calculés sur la base de volumes individualisés et ceux calculés sur la base de volumes standardisés semble assez théorique et imprécise. Elle mériterait d'être clarifiée,

<sup>6</sup> Cf. § 152 du *Discussion Paper*.

<sup>7</sup> Cf. § 162 du *Discussion Paper*.

s'agissant notamment des cas dans lesquels la Commission présume l'intention prédatrice de l'entreprise en position dominante.

43. Il découle de ce qui précède une forte insécurité juridique pour les entreprises en position dominante qui ne sont pas mesurées de connaître les systèmes de rabais admissibles au regard de l'article 82 du Traité CE. Il conviendrait par conséquent que la Commission clarifie les notions sur la base desquelles elle qualifiera une pratique d'abus ou non et indique quels systèmes de rabais peuvent être mis en œuvre par une entreprise en position dominante sans qu'ils soient qualifiés d'abus.

### **2.3.5 Sur la nécessaire protection des droits de propriété intellectuelle**

44. Les membres du Cercle insistent sur la nécessité d'une bonne conciliation entre la lutte contre les pratiques effectivement abusives et la nécessité de ne pas pénaliser les efforts des entreprises européennes en termes d'innovation et de recherche. Les entreprises s'inquiètent en effet de la protection indispensable qui doit être accordée aux droits de propriété intellectuelle qui permettent aux entreprises innovantes de bénéficier d'avantages concurrentiels. Il ne faudrait donc pas freiner, par un droit de la concurrence trop restrictif, l'innovation et la recherche des entreprises européennes.
45. En particulier, les obligations qui pourraient, le cas échéant, être imposées aux entreprises en position dominante en termes de restrictions sur les droits de licences devraient être strictement limitées aux cas dans lesquels ces restrictions sont justifiées de manière évidente.
46. En outre, en cas de licences obligatoires, les entreprises s'inquiètent de la méthode de calcul du prix de ces licences qui sera adoptée par la Commission. A cet égard, les entreprises regrettent la position de la Commission qui indique qu'elle imposera plus facilement des licences obligatoires dans les hypothèses où les coûts d'investissement des entreprises pour l'obtention de droits de propriété intellectuelle ont été faibles<sup>8</sup>. En effet, même si le développement d'un produit n'a pas nécessité de nombreux investissements, il peut s'agir d'un produit innovant qui confère à l'entreprise un réel avantage technologique. Sa commercialisation doit donc permettre à l'entreprise de pouvoir amortir ses investissements de recherche mais aussi de financer le développement d'autres produits.

### **2.3.6 Sur la notion d'exclusivité**

47. Le Cercle de l'Industrie regrette la brièveté des développements consacrés par la Commission aux clauses d'exclusivité<sup>9</sup> ainsi que l'absence de commentaires relatifs aux

---

<sup>8</sup> Cf. § 236 du Discussion Paper.

<sup>9</sup> Cf. § 148 à 150 du Discussion Paper.

clauses qui y sont associées. Ce type de clauses peut en effet permettre de procurer des avantages aux clients finals.

48. Les membres du Cercle considèrent que même lorsqu'une entreprise bénéficie d'un pouvoir de marché élevé, des accords d'exclusivité ou de préférence peuvent avoir des justifications économiques qui doivent être prises en compte dans l'appréciation de l'existence d'abus éventuels.

### *Conclusion*

49. Le Cercle de l'Industrie accueille donc favorablement l'initiative de la Commission et considère qu'il était effectivement nécessaire au vu des affaires récentes et de l'approche retenue par d'autres juridictions dans les pays tiers, de modifier l'approche communautaire du contrôle des abus de position dominante en s'orientant vers une approche des pratiques de marché également fondée sur l'analyse économique.
50. Les membres du Cercle considèrent toutefois que la nouvelle approche de la Commission pourrait être source d'une certaine insécurité juridique pour les entreprises. Pour prévenir ce risque, il est nécessaire que la Commission définisse avec plus de précision les critères sur la base desquels elle conduira son analyse des pratiques de marché à l'avenir.
51. De manière plus générale, les membres du Cercle de l'Industrie considèrent que le contrôle des abus de position dominante exercé par la Commission ne doit pas pénaliser les entreprises européennes par rapport à leurs concurrents des pays tiers. Il importe donc que la Commission tienne compte, dans la conduite de sa propre politique, des règles existantes dans les autres pays et de la manière dont elles sont appliquées.
52. Les commentaires formulés par les membres du Cercle dans le cadre du présent papier reflètent l'expérience individuelle de plusieurs d'entre eux. Au vu de cette expérience, les membres du Cercle se tiennent à la disposition de la Commission pour apporter toute précision ou analyse complémentaire qui serait jugée nécessaire.

\* \* \*

