

**CONSULTATION DE LA COMMISSION EUROPENNE SUR
L'APPLICATION DE L'ARTICLE 82 DU TRAITE CE
SUR LES ABUS DE POSITION DOMINANTE**

- - - - -

Observations de l'AFEP

La Commission européenne a publié le 19 décembre 2005 un document de réflexion sur l'application des règles de concurrence du traité CE relative aux abus de position dominante (article 82). L'Association Française des Entreprises Privées (AFEP) expose ci-dessous ses observations sur les orientations que la Commission soumet à discussion.

En 2005, l'AFEP a regroupé 85 des plus grands groupes privés exerçant en France, dont les effectifs employés s'élevaient à un total d'environ 4,8 millions de personnes pour un chiffre d'affaires annuel de près de 1100 milliards d'euros et un produit net des entreprises bancaires supérieur à 50 milliards d'euros⁽¹⁾. La capitalisation boursière des groupes français cotés adhérents de l'AFEP dépassait 1000 milliards d'euros fin 2005.

*
* *

Les entreprises prennent acte de la nouvelle approche de la Commission européenne, fondée sur une analyse économique plus développée et centrée sur les abus d'exclusion. A ce stade, les questions relatives aux abus d'exploitation et aux pratiques de discrimination n'étant pas traitées, les entreprises constatent qu'il est en conséquence difficile d'avoir une vision globale et cohérente du sujet. Il existe en effet une forte porosité entre les différentes formes d'abus qui peuvent être sanctionnées par la Commission. Ainsi, alors même que la Commission recherche davantage de pragmatisme, subsistent de trop nombreuses zones d'incertitude.

Les entreprises considèrent que la Commission devrait prendre en considération l'environnement économique dans son ensemble et préciser également la base jurisprudentielle sur laquelle elle entend fonder ses lignes directrices. Afin de leur assurer une meilleure sécurité juridique, certaines définitions essentielles mériteraient d'être revues (marché pertinent, abus de position dominante, prix prédateur.). En outre, la nouvelle approche de la Commission concernant la répartition de la charge de la preuve ne doit pas se faire au détriment des entreprises mises en cause pour abus de position dominante. Enfin, il est essentiel que la propriété intellectuelle soit effectivement protégée.

(1) Données « monde » pour les entreprises françaises et « France » pour les filiales d'entreprises étrangères.

Avec la notion d'abus de position dominante, ce qui relevait du comportement normal d'une entreprise recherchant légitimement à maximiser son profit devient une pratique anormale dès lors qu'elle se retrouve en position dominante.

Le rôle d'une entreprise n'est pas de surveiller en permanence sa situation relative sur le marché, d'autant que même encadrés par des lignes directrices, les éléments d'analyse et les cas de figure s'avèrent toujours plus complexes.

Les entreprises souhaitent donc que, s'agissant de l'abus de position dominante, la Commission exerce son contrôle sans a priori et en appréciant leur position sur la durée, et non à un moment donné. Une analyse trop statique, telle qu'elle ressort des propositions de lignes directrices, place en effet les entreprises les plus innovantes dans une situation particulièrement incertaine, alors même que leur position dominante n'est que transitoire et constitue le préalable nécessaire au dynamisme de l'économie européenne.

Les entreprises invitent la Commission à prendre en considération l'environnement économique dans son ensemble

Le marché pertinent des entreprises dépasse largement les frontières du marché intérieur. De même que pour le droit de la concurrence et les aides d'Etat en général, la Commission ne saurait en faire abstraction au moment de réformer l'abus de position dominante. Afin de préserver la compétitivité internationale des entreprises européennes, une analyse comparative approfondie des règles appliquées par les pays tiers devrait être prise en compte pour retenir des dispositions cohérentes et non discriminantes pour les entreprises européennes.

L'approche économique proposée par la Commission est accueillie favorablement, mais ne peut à elle seule déterminer sa politique qui doit être complétée par d'autres critères afin de mieux appréhender la complexité de chaque affaire.

- L'analyse des seules parts de marché n'est pas suffisante, ainsi que le laissent entendre les paragraphes 20 et suivants.

De fait, les entreprises souhaitent que la démonstration de la position dominante s'appuie réellement sur plusieurs critères, a fortiori si le marché considéré est étroit et, donc, susceptible de placer rapidement l'entreprise en situation de position dominante. La situation particulière des entreprises les plus innovantes, qui créent souvent elles-mêmes leur marché, doit ainsi être mieux appréhendée par la Commission. L'abus de position dominante ne doit pas venir sanctionner les entreprises les plus en avance dans leur secteur, qui ouvrent de nouveaux marchés. La Commission devrait pouvoir accepter qu'une entreprise innovante puisse se trouver momentanément aux limites d'un droit de la concurrence, interprété de manière trop statique. Il est important de laisser le marché s'exprimer par des innovations d'abord, par le développement d'un marché autour de ce produit nouveau ensuite, avec l'arrivée de concurrents stimulant le système. Faute de quoi, les entreprises pourraient redouter d'effectuer des recherches et innovation sur un marché où, potentiellement, elles pourraient se voir opposer rapidement un abus de position dominante.

Afin de réduire ce risque et garantir une meilleure sécurité juridique aux entreprises, les effets sur le marché doivent donc être croisés avec une approche multicritères prenant en considération des éléments tels que les logiques industrielles, le contexte concurrentiel, les politiques de produits et leurs possibilités de substitution ou la puissance d'achat de certains acheteurs (la sanction des entreprises pour abus de position dominante ne doit pas conduire à la création de problème de concurrence plus grave au niveau des distributeurs). En ce sens, la Commission pourrait utilement illustrer ses propos en y ajoutant des exemples ou cas pratiques venant éclairer les entreprises².

- En outre, pour être pertinente, cette analyse économique doit être envisagée selon les mêmes logiques que celles utilisées par les industriels, qui raisonnent en termes d'investissement à long terme, non dans un cadre uniquement macro-économique et de court terme.

La Commission devrait préciser la base jurisprudentielle sur laquelle elle entend fonder ses lignes directrices

L'approche nouvelle de la Commission suscite de la part des entreprises un besoin fort de sécurité juridique. Or les lignes directrices proposent sur plusieurs points essentiels soit de revenir sur une jurisprudence établie de la Cour, soit d'anticiper la validation par la Cour d'interprétations du Traité vivement contestées par les différentes parties. Ce faisant, les entreprises qui suivraient les lignes directrices se verraient offrir une sécurité juridique toute relative.

Ainsi, à titre d'exemple, serait-il intéressant que la Commission traite de l'articulation entre les articles 82 et 86 du Traité CE. La jurisprudence de la CJCE a, en effet, établi que l'article 86 du Traité CE relatif aux entreprises dotées de droits spéciaux ou exclusifs ainsi qu'aux services d'intérêt économique général ne fait pas obstacle, par principe, à l'application des règles de concurrence, notamment de l'article 82. Cette jurisprudence a fixé les conditions particulières de l'application de l'article 82 aux comportements d'entreprises en position dominante lorsque celles-ci sont en mesure d'invoquer les dispositions de l'article 86.

Quant aux lignes directrices, dont la valeur interprétative ne favorise pas toujours la sécurité juridique, elles apparaissent parfois comme l'instrument d'une commodité procédurale plutôt que comme un moyen d'éclairer les entreprises. Les lignes directrices de la Commission doivent donner une certaine prévisibilité sur la pratique décisionnelle de la Commission, confirmée après des analyses factuelles propres à chaque cas d'espèce.

En l'état actuel du texte, les entreprises constatent que l'objectif des lignes directrices de la Commission est plus large dans la mesure où elles abordent les pratiques de la Commission en matière de poursuites. Si de telles orientations étaient maintenues, il serait souhaitable de mieux détailler les moyens de défense susceptibles d'être invoqués par les entreprises.

(²) comme elle a pu le faire au sujet des lignes directrices sur les restrictions verticales - JOUE C291/1 du 13 octobre 2000

Certaines définitions essentielles méritent d'être revues

Au-delà de l'approche multicritères qui doit prévaloir dans la définition de la notion de dominance, notamment pour prendre en considération l'environnement économique des entreprises de manière large et réaliste (voir supra), d'autres définitions concernant les notions de marché pertinent, de position dominante collective, d'abus ou de prix prédateurs mériteraient d'être revues.

Définition du marché pertinent

La Commission se réfère principalement à sa communication sur les marchés pertinents de décembre 1997, tout en considérant que ces définitions peuvent comporter des difficultés propres aux cas d'application de l'article 82. Ce constat conduit la Commission à proposer différentes solutions pour pallier ces difficultés (reconstitution des prix « concurrentiels », approche à partir des caractéristiques intrinsèques des produits et de leur valeur d'usage, etc).

Les entreprises considèrent que les critères retenus dans le texte de 1997 (nature du produit, degré de substituabilité et couverture géographique) pour définir un marché pertinent sont globalement satisfaisants et qu'il n'est pas nécessaire d'introduire de nouveaux critères ou tests. En outre, une telle définition doit être identique pour l'ensemble des pratiques anti-concurrentielles afin d'en favoriser l'application juridique.

Les critères de 1997 pourraient cependant être utilement amendés. Pour sa part, le « SSNIP test » ne peut pas se suffire à lui-même.

La notion de substituabilité devrait être précisée afin que soit prise en considération l'importance des procédures de certification ou d'homologation. Imposées par les clients et impliquant parfois des délais très longs (qui peuvent aller jusqu'à plusieurs années), celles-ci représentent, en effet, une barrière considérable à l'entrée sur un marché pour les entreprises qui doivent s'y conformer.

En outre, une actualisation de la communication de 1997 serait utile afin de l'harmoniser avec la jurisprudence la plus récente.

Pour sa part, le « SSNIP test » (§ 14 à 17) retenu pour définir un marché pertinent n'est pas satisfaisant dans la mesure où la Commission considère que les coûts, élément de décomposition du prix, ne sont pas toujours disponibles et qu'il est donc nécessaire de prendre d'autres références.

Or, les entreprises estiment qu'une telle approche conduit à élargir la notion de marché pertinent et à nier un facteur essentiel du prix qui est le coût. Celui-ci est notamment lié aux efforts d'innovation et de recherche fournis par une entreprise. Pour rester compétitives sur un marché, les entreprises doivent pouvoir se prévaloir de nouveautés sur un marché et organiser la montée en gamme de produits novateurs. Si, pour satisfaire un souci de concurrence pour les consommateurs, les entreprises ne peuvent pas répercuter le facteur coût induit par une telle stratégie dans leurs prix, leur dynamisme économique s'en trouvera altéré.

Définition de la notion de position dominante collective

Les entreprises considèrent que le document de la Commission européenne est excessif dans le § 46 relatif à la position dominante collective et qu'il va au-delà de la jurisprudence en la matière.

Les entreprises seraient en effet susceptibles d'être en situation de position dominante collective, en l'absence de tout accord. Le caractère oligopolistique du marché suffirait à créer cette situation, qui se produit le plus souvent sans concertation ou en dehors de toute volonté d'entente, dans le cadre par exemple de la montée en gamme d'un produit nouveau, commercialisé initialement par un petit nombre d'entreprises.

En outre, la philosophie même d'une telle assertion est contestable dans la mesure où des entreprises pourraient être sanctionnées sans avoir aucun lien avec leurs concurrents (« the existence of an agreement or of other links is not indispensable to a finding of a collective dominant position. »).

Si les orientations de la Commission sur la position dominante collective devaient être maintenues, il lui appartiendrait alors de démontrer, à tout le moins, l'existence de liens entre les différentes parties incriminées (contractuels, financiers, structurels...) impliquant une stratégie commune.

Définition de la notion d'abus

Les entreprises sont favorables à la prise en compte des coûts de l'opérateur aussi efficient.

Pour autant l'analyse de la Commission ne saurait conduire à la requalification des coûts de l'entreprise visée par l'abus de position dominante. Une telle reconstruction des coûts ne peut en effet se fonder que sur une construction théorique trop hypothétique pour pouvoir fonder une sanction.

En outre, les entreprises considèrent que seul un nombre très limité de cas d'abus de position dominante devrait pouvoir être présumé.

Définition de prix prédateurs

La Commission fait valoir la pertinence de son test sur les prix prédateurs. Les entreprises considèrent cette prise de position comme prématurée dans la mesure où ce débat est pendant devant le Tribunal de Première Instance, en particulier sur les aspects relatifs à la présomption de récupération des pertes.

A ce stade de la procédure, elles préconisent donc que ce point soit abandonné et que les lignes directrices fassent, le cas échéant, l'objet d'une actualisation à l'issue du jugement rendu par le TPI.

La nouvelle approche de la Commission concernant la répartition de la charge de la preuve ne doit pas se faire au détriment des entreprises.

Le changement d'approche de la Commission ne doit pas avoir de conséquences négatives pour les entreprises en termes de charge de la preuve.

Il n'appartient pas à l'entreprise de prouver qu'il n'existe pas d'abus. Il revient à la Commission d'apporter la preuve de la position dominante et de l'effet anticoncurrentiel du comportement de l'entreprise concernée, en considérant le contexte dans son ensemble, les aspects négatifs comme positifs concernant l'entreprise.

Il n'existe en effet pas de base légale permettant, à l'instar de l'article 81 du Traité CE, d'établir le lien entre la preuve des conditions constitutives de l'entente qui appartient à la Commission (art. 81-1) et la preuve des causes d'exemption (art. 81-3) qui repose sur la ou les entreprises incriminées. Ainsi, la Commission ne peut-elle étayer sa position exprimée au § 77, selon laquelle il appartiendrait à l'entreprise d'apporter la preuve de la justification objective ou de l'efficacité excusant l'abus de position dominante.

Par ailleurs, la Commission cumule un grand nombre de fonctions telles que l'analyse économique, la prise en compte des aspects techniques, l'appréciation juridique et la décision finale.

Cette confusion des rôles peut être une source d'insécurité juridique pour les entreprises. Ces dernières souhaiteraient que la Commission délègue une partie de ces fonctions à des experts indépendants. Il apparaît, en effet, compte tenu de la complexité des cas et de l'extrême finesse d'analyse qu'exige une bonne application des lignes directrices proposées, que seule l'intervention d'experts indépendants de haut niveau serait de nature à garantir un examen objectif tout au long de la procédure concernant la concurrence. Les entreprises s'étonnent d'ailleurs qu'à aucun moment la Commission ne s'intéresse à l'intérêt du consommateur à court, moyen et long terme.

Il est essentiel que soit protégée la propriété intellectuelle

Le document soumis à la consultation marque une nouvelle étape dans la confrontation entre le droit de la concurrence et le droit de propriété intellectuelle (paragraphe 237 à 242), dans un sens qui n'est pas acceptable pour les entreprises.

Ces dernières souhaitent en effet rappeler que les droits de propriété intellectuelle, de même que leur savoir-faire, sont indissociables du processus d'innovation, lui-même facteur essentiel de concurrence. A ce titre, les droits de propriété intellectuelle jouent un rôle économique fondamental.

Le Conseil européen réuni à Lisbonne les 23 et 24 juin 2000 a ainsi très justement rappelé que « (...) l'innovation et les idées doivent être dûment récompensées dans la nouvelle économie fondée sur la connaissance, en particulier au moyen d'une protection par des brevets »³.

³ Conseil européen de Lisbonne, point 12.

L'autonomie de la politique de protection des droits de propriété intellectuelle doit donc être préservée car elle est d'intérêt général et poursuit un but tout aussi légitime que la politique de concurrence. Par définition le brevet crée un monopole temporaire. Ce monopole permet la rémunération et autorise la diffusion de l'innovation.

Or les entreprises s'inquiètent du décalage croissant entre le discours des autorités communautaires en faveur d'une protection renforcée des droits de propriété intellectuelle et les obstacles de plus en plus nombreux qui se dressent devant elles dès lors qu'elles recherchent la protection effective de ces droits. Les entreprises souhaitent que l'articulation du droit de la concurrence et du droit de la propriété intellectuelle s'opère sans a priori ou présomption défavorable à cette dernière, ce que ne traduisent pas les lignes directrices présentées par la Commission.

Ces lignes directrices vont en effet bien au-delà de la jurisprudence établie par la Cour. D'une manière générale, les entreprises qui se retrouvent en position dominante ont de plus en plus de difficultés à protéger leurs droits, légitimement acquis au prix de lourds investissements, face aux exigences croissantes des autorités de concurrence, qui assimilent de plus en plus souvent l'exploitation des droits de propriété intellectuelle à un abus de position dominante. De même, dans le cadre des accords de transfert de technologie⁴, la Commission appréhende les redevances et l'exclusivité de manière trop défavorable aux droits de propriété intellectuelle.

En pratique, le droit de la concurrence ne devrait intervenir dans le champ du droit de la propriété intellectuelle que dans les cas les plus graves d'atteinte à la concurrence. L'application pleine et entière du droit de la concurrence ne peut en effet aboutir qu'à une remise en cause fondamentale de ce qui constitue un brevet, c'est à dire le monopole temporaire d'exploitation.

C'est donc le résultat et la motivation même de l'innovation qui risquent de se retrouver de plus en plus souvent sanctionnés, au risque de décourager un ressort fondamental de la croissance des entreprises européennes, et donc leur compétitivité.

*
* *

Les entreprises souhaitent réitérer toute l'importance qu'elles attachent à la prise en considération du contexte international par la Commission européenne. Afin d'aboutir à l'objectif souhaité d'un plus grand pragmatisme, celle-ci devrait en effet mener une réflexion comparative préalablement à toute décision affectant les entreprises en Europe. Une telle démarche doit ainsi permettre de mesurer l'environnement économique dans son ensemble ainsi que d'analyser le droit communautaire de la concurrence au regard des droits concurrents, tels que ceux des Etats-Unis ou du Japon.

⁴ Règlement 772/2004 du 27 avril 2004 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords de transfert de technologie et Lignes directrices relatives à l'application de l'article 81 du traité CE aux accords de transfert de technologie