

## Consultation publique de la Commission européenne

### Projet de lignes directrices sur l'application de l'article 102 du Traité sur le fonctionnement de l'UE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises en position dominante

---

#### Position de l'Afep - Novembre 2024

##### 1. Commentaires généraux

Les entreprises de l'Association française des entreprises privées (ci-après « l'Afep ») saluent le travail pédagogique réalisé par la Commission européenne pour accompagner les entreprises dans l'appréciation de pratiques d'éviction abusives d'entreprises en position dominante au sens de l'article 102 du Traité sur le fonctionnement de l'UE (ci-après « TFUE »).

Parmi les points positifs à souligner, les **entreprises relèvent la prise en compte par la Commission des impératifs de résilience de l'économie européenne et de ses chaînes d'approvisionnement** notamment dans la section relative à l'appréciation de justifications objectives à certaines pratiques.

Ce point est cependant rapidement traité, et mériterait d'être approfondi. Elles constatent que le rapport de Mario DRAGHI récemment publié invite justement à développer les critères de sécurité et de résilience pour les intégrer dans les évaluations de la DG COMP<sup>1</sup>.

De même, les objectifs de durabilité et la double transition écologique et numérique pourraient utilement être cités, et illustrés par des exemples concrets comme la Commission le fait dans d'autres lignes directrices.

Néanmoins, elles observent que dans l'exercice de synthèse de la jurisprudence mené par la Commission, certains points gagneraient à être précisés dans ce projet de lignes directrices afin de les faire correspondre avec la complexité des affaires citées.

L'Afep souligne notamment le besoin de ne pas chercher à appliquer ces jurisprudences sous forme de « grandes lignes » ou de principes applicables de manière générale au risque de s'éloigner de la réalité des faits jugés et ainsi d'étendre le champ d'application de la jurisprudence au détriment de l'état du droit, et de la charge de la preuve qui doit reposer sur les services d'instruction.

Les entreprises s'étonnent en particulier des « *présomptions* » bâties ici par la Commission alors même que cette dernière reconnaît que l'expression n'est pas issue de la jurisprudence mais que les outils de cette dernière pourraient être désormais considérés comme de telles présomptions (§60).

---

<sup>1</sup> Rapport DRAGHI, "The future of European competitiveness", page 300.

Or, les entreprises observent que si des outils auxquels fait référence la Commission ont bien été utilisés dans la jurisprudence sous la forme de tests, le contenu précis de ces derniers a pu varier selon les circonstances précises de chaque espèce. Dans ces conditions, il est alors particulièrement délicat de parler de présomptions, qui auraient vocation à s'appliquer indistinctement à toutes les affaires.

Sur ce point, l'Afep relève que la Commission fait par moment référence aux « *circonstances spécifiques de l'espèce* » qui devraient bien être prises en compte, ou au choix « *au cas par cas* » des « *facteurs et critères mesurables pertinents* » alors même que ces développements portent sur des pratiques soumises à ces nouvelles présomptions<sup>2</sup>. Ces tests semblent donc à géométrie variable, et ainsi en contradiction avec la notion même de présomption.

En utilisant de telles présomptions, la Commission élargit en réalité les outils dont elle dispose en matière d'instruction de pratiques anticoncurrentielles, au risque d'inverser la charge de la preuve au détriment des entreprises qui font l'objet de l'enquête.

De même, l'affirmation selon laquelle « *pour apprécier si un comportement est susceptible de produire des effets d'éviction, il n'est pas nécessaire de prouver que ce comportement est rendu possible par la position dominante* » (§74) semble contredite par un développement relatif à la vente liée selon lequel pour être susceptible d'être abusive « *l'entreprise concernée doit détenir une position dominante sur le marché du produit liant* » (§89), ou encore un développement relatif à la compression des marges selon lequel pour être susceptible d'être abusive l'entreprise qui la met en œuvre est « *verticalement intégrée et détient une position dominante sur le marché en amont* » (§122).

Enfin, les entreprises observent également que si ce projet ne préjuge pas de l'évolution de la jurisprudence, il devra néanmoins nécessairement être régulièrement adapté à cette dernière. A titre d'illustration, les arrêts rendus par le Tribunal de l'UE le 18 septembre 2024 dans l'affaire T-334/19 (Google et Alphabet contre Commission européenne) et par la Cour de justice le 10 septembre 2024 dans l'affaire C-48/22P (Google Shopping) devront être pris en compte par la Commission européenne pour la finalisation de ce projet.

Par ailleurs, les entreprises de l'Afep regrettent l'absence de développement sur les abus d'exploitation dans le projet de lignes directrices,<sup>3</sup> regret partagé par Madame Teresa Ribera qui, lors de son audition devant le Parlement européen le 12 novembre 2024, a souligné l'importance de se pencher sur « *la possibilité de développer et d'actualiser les lignes directrices sur les abus d'exploitation* ». Bien que les juridictions de l'Union n'aient traité qu'un nombre limité de cas d'abus d'exploitation, le travail pédagogique et de synthèse réalisé par la Commission pour ces lignes directrices serait également utile pour accompagner les entreprises dans l'appréciation de pratiques d'exploitation abusives d'entreprises en position dominante au sens de l'article 102 du TFUE. Le faible nombre de décisions en la matière ne devrait pas être un élément limitant pour la Commission, celle-ci ayant dédié une section spécifique à l'auto-préférence se reposant sur une seule jurisprudence des juridictions de l'Union.

---

<sup>2</sup> Voir par exemple les §95 et §131 respectivement relatif aux ventes liées, et la compression des marges.

<sup>3</sup> Par exception, les sections des lignes directrices portant sur les principes pertinents pour l'appréciation d'une position dominante et les justifications fondées sur la nécessité objective et les gains d'efficience sont également pertinents pour l'appréciation des abus d'exploitation (§11).

Ainsi, une section sur les abus d'exploitation serait la bienvenue dans la mesure où, contrairement à la Commission, les autorités nationales de concurrence analysent de plus en plus fréquemment des cas d'exploitation abusive, notamment sur les marchés numériques (imposition de « contrats d'adhésion », cumul de pratiques rendant les clients captifs de leur fournisseur, conditions discriminatoires et déséquilibrées, prix excessifs, etc.).

L'adoption de lignes directrices sur les abus d'exploitation à l'échelle de l'Union minimiserait le risque de divergence entre les autorités nationales de concurrence et renforcerait la sécurité juridique des entreprises. Elle permettrait également d'assurer une cohérence avec le règlement sur les marchés numériques (« DMA »).

Compte-tenu du très grand nombre de pratiques étudiées par la Commission dans ce projet, les entreprises de l'Afep se sont concentrées sur certaines pratiques.

## 2. Points particuliers

### 2.1 La position dominante

Les entreprises de l'Afep relèvent avec étonnement l'affirmation selon laquelle « *Pour apprécier le caractère dominant d'une position, il est généralement nécessaire de définir le marché en cause* » (§20).

Cette affirmation est contraire à la jurisprudence citée, incohérente avec la pratique décisionnelle habituelle des autorités de concurrence et à la doctrine établie, ainsi qu'à la communication de la Commission sur la définition des marchés. Enfin, en allégeant la charge de la preuve de la Commission, elle constitue une véritable source d'incertitude pour les entreprises.

En effet, dans l'affaire Europemballage – particulièrement ancienne – citée dans le projet de lignes directrices, la Cour de justice a bien au contraire retenu que « *la délimitation du marché est d'une importance essentielle* » pour l'appréciation d'une position dominante<sup>4</sup>.

De plus, la pratique décisionnelle des autorités de concurrence consiste précisément à, dans un premier temps, définir le marché et la position de l'entreprise en cause avant d'apprécier l'existence d'un éventuel abus. Ainsi, dans l'affaire Generics UK – bien plus récente – citée dans le projet de lignes directrices, la Cour de justice a retenu que « *la détermination du marché pertinent, dans le cadre de l'application de l'article 102 TFUE, constitue en principe, un préalable à l'existence éventuelle d'une position dominante de l'entreprise concernée* »<sup>5</sup>.

**Il s'agit donc bien d'un « principe » et non simplement d'une pratique « généralement nécessaire ».**

Les entreprises observent encore que cette allégation n'est pas cohérente avec la position de la Commission dans sa communication sur la définition du marché. Pour rappel, elle observe que « *la définition du marché permet à la Commission d'identifier et de délimiter le périmètre à l'intérieur duquel s'exerce la concurrence entre les entreprises* » et notamment « *permet d'identifier les concurrents concernés de l'entreprise ou des entreprises en question lorsqu'elles proposent ces produits ainsi que les clients concernés* » (§6). En effet, l'Afep peine à imaginer la définition d'une position dominante sans l'analyse préalable du marché et des entreprises présentes sur ce dernier.

---

<sup>4</sup> CJCE, 21 février 1973, C-6/72, §32.

<sup>5</sup> CJUE, 30 janvier 2020, C-307/18, §127.

C'est donc naturellement que la Commission retient dans cette même communication qu'elle « *utilise généralement la définition du marché lorsqu'il est nécessaire d'apprécier la puissance concurrentielle relative des entreprises dans le cadre de l'appréciation concurrentielle et, plus particulièrement, de déterminer si une entreprise détient un pouvoir de marché* » (§8).

Enfin, **cette affirmation semble encore en contradiction avec la section du projet de lignes directrices relative à l'appréciation d'une position dominante** individuelle qui présente comme **premier facteur d'analyse la position sur le marché de l'entreprise concernée et de ses concurrents – appréciée en parts de marché**. C'est donc bien que la définition du marché est une étape préliminaire nécessaire.

Les entreprises relèvent d'ailleurs que dans l'affaire Metro citée également dans le projet de lignes directrices, le premier critère auquel s'intéresse la Cour est bien la part de marché détenue par l'entreprise en cause<sup>6</sup>. La définition du marché est donc un préalable indispensable.

**En conséquence, et comme il ressort de l'ensemble des éléments cités ci-dessus, l'Afep considère que la définition du marché pertinent est une étape essentielle dans l'appréciation d'un potentiel abus de position dominante.** Il ne peut pas y avoir abus de position dominante en l'absence d'une position dominante sur un marché déterminé.

## 2.2 La position dominante individuelle

Sur l'analyse des parts de marché de l'entreprise concernée, les entreprises de l'Afep relèvent que ce projet de lignes directrices indique qu'une position dominante « *peut également être constatée lorsqu'une entreprise détient une part de marché inférieure à 50%* » (§26). La Commission s'appuie sur une affaire dans laquelle une position dominante a été établie avec une part de marché comprise entre 40 et 50%.

Elle indique de plus en note de bas de page n°41 que « *les parts de marché inférieures à 10% excluent l'existence d'une position dominante, sauf circonstances exceptionnelles* », alors que la Commission considérait pourtant en 2009 que « *si la part de marché de l'entreprise représente moins de 40% du marché en cause, il est peu probable qu'elle s'y trouve en position dominante* »<sup>7</sup>.

En adoptant une telle interprétation, la Commission ouvre la voie à ce qu'une entreprise détenant moins de 40% mais plus de 10% d'un marché soit considérée comme en position dominante.

Cette évolution – correspondant à une chute de 30 points par rapport à la Communication de la Commission de 2009 – interroge singulièrement les entreprises sur ses fondements juridiques et économiques.

En premier lieu, les entreprises relèvent que dans l'affaire Metro – particulièrement ancienne – citée dans le projet de lignes directrices, le Tribunal a exclu l'existence d'une position dominante de l'entreprise détenant moins de 10% du marché considérant que « *cette part de marché est trop modeste pour pouvoir être considérée comme un indice d'une position dominante sur le marché* »<sup>8</sup>. Mais dans cet arrêt, la Cour ne s'est pas prononcée sur la situation d'entreprises qui détiendraient entre 10 et 40% du marché. A ce titre, la Cour n'établit pas qu'une entreprise avec une part de marché de plus de 10% est susceptible d'être en position dominante.

---

<sup>6</sup> CJCE, 22 octobre 1986, 75/87, §86.

<sup>7</sup> Commission européenne, 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, §14.

<sup>8</sup> CJCE, 22 octobre 1986, 75/87, §85.

Une telle interprétation de l'arrêt Metro constituerait donc en réalité une extension du champ d'application de l'interdiction de l'abus de position dominante.

En second lieu, les entreprises s'interrogent sur les fondements économiques d'une telle allégation, alors même que 90% du marché serait dominé par d'autres acteurs.

Là encore, en allégeant la charge de la preuve de la Commission, une telle affirmation constitue une véritable source d'incertitude pour les entreprises.

### 2.3 La position dominante collective

Les entreprises de l'Afep saluent le travail de synthèse mené par la Commission sur la notion de position dominante collective.

Néanmoins, elles s'inquiètent de situations dans lesquelles des projets menés en commun par des entreprises pour des raisons financières pourraient être appréhendés sous cet angle par les autorités de concurrence. Une interprétation extensive de cette notion ne devrait pas porter préjudice aux projets d'envergure à travers l'Europe qui nécessitent la coopération de grandes entreprises.

Elles observent d'ailleurs sur ce point que le rapport de Mario DRAGHI récemment publié met justement en garde les pouvoirs politiques sur ce risque. En effet, parmi les pistes identifiées, ce rapport préconise de simplifier le contrôle des accords de coopération horizontale et des pratiques concertées en fournissant des orientations et des modèles clairs afin de faciliter les projets communs dans les secteurs dans lesquels ils sont nécessaires pour atteindre des objectifs identifiés pour le bénéfice de l'UE et ses citoyens (R&D, transition énergétique, etc.)<sup>9</sup>.

Ce point doit également être rapproché de la recommandation du même rapport d'encourager les entreprises européennes à partager des données, développer des modèles d'IA et les déployer dans des secteurs industriels clés, dans un cadre protégé des règles antitrust<sup>10</sup>.

### 2.4 Le refus de fourniture (section 4.2.3.)

Le refus de fourniture fait partie des pratiques soumises à un test spécifique selon le projet de lignes directrices de la Commission.

Imposer à une entreprise, même en position dominante, de fournir un produit ou un service, vient directement s'opposer à la liberté contractuelle et, dans certaines hypothèses, aux droits de propriété intellectuelle de cette dernière. Un tel remède ne doit donc être utilisé que « *dans des circonstances exceptionnelles* »<sup>11</sup> et avec des précautions particulières.

A ce titre, l'Afep observe que les jurisprudences citées par la Commission s'appuient sur les « *circonstances propres à chaque cas d'espèce* » ou les « *circonstances de l'espèce* » ou encore les « *circonstances spécifiques de l'affaire* » pour retenir l'existence d'un abus dans le refus de fourniture<sup>12</sup>. Déjà sur ce point, l'existence d'une présomption paraît hasardeuse.

---

<sup>9</sup> Rapport DRAGHI, "The future of European competitiveness", page 300.

<sup>10</sup> Rapport DRAGHI, "The future of European competitiveness", page 83.

<sup>11</sup> CJCE, 6 avril 1995, C-241/91, §50.

<sup>12</sup> CJCE, 6 avril 1995, C-241/91, §28 ; CJCE, 29 avril 2004, C-418/01, §41 ; CJCE, 12 janvier 2023, C-42/21, §78 et 80.

En premier lieu, **les entreprises relèvent que les deux conditions posées par la Commission pour apprécier si un refus de fourniture est susceptible d'être abusif (§99)** ne correspondent pas à la jurisprudence établie de la Cour de justice et constituerait un élargissement de la doctrine des facilités essentielles.

En effet, **les critères dégagés par la jurisprudence ne sont pas les mêmes selon que l'intrant demandé est protégé ou non par un droit de propriété intellectuelle.**

Ainsi, dans l'affaire Magill, la Cour a retenu que le refus des entreprises en position dominante a « *fait obstacle à l'apparition d'un produit nouveau, un guide hebdomadaire complet des programmes de télévision, que les requérantes n'offraient pas, et pour lequel il existait une demande potentielle de part des consommateurs, ce qui constitue un abus suivant l'article 86 du traité* »<sup>13</sup>. Ainsi, dans cette affaire, l'entreprise demandeuse de l'intrant allait créer un nouveau produit sur le marché aval.

Cette solution est exprimée encore plus clairement dans l'affaire IMS dans laquelle la Cour a estimé que pour retenir le caractère abusif d'un refus, « *il suffit que trois conditions cumulatives soient remplies, à savoir que ce refus fasse obstacle à l'apparition d'un nouveau produit pour lequel il existe une demande potentielle des consommateurs, qu'il soit dépourvu de justification et de nature à exclure toute concurrence sur le marché* »<sup>14</sup>. Sur la notion de nouveau produit, **l'arrêt précise que l'accès ne doit être accordé que dans les cas dans lesquels le demandeur « n'entend pas se limiter, en substance, à reproduire des produits ou services qui sont déjà offerts sur le marché dérivé par le titulaire du droit de propriété intellectuelle, mais a l'intention d'offrir des produits ou services nouveaux que le titulaire n'offre pas »**<sup>15</sup>.

Ces trois mêmes conditions ont été reprises par le Tribunal dans l'affaire Microsoft qui portait également sur un intrant protégé par un droit de propriété intellectuelle<sup>16</sup>.

**L'entrave à l'apparition d'un nouveau produit est donc expressément citée par la jurisprudence relative à un intrant protégé par un droit de propriété intellectuelle** alors qu'elle est à peine évoquée dans les lignes directrices de la Commission (§106).

A contrario, dans l'affaire Bronner, qui ne portait pas sur un intrant protégé par un droit de propriété intellectuelle, la Cour a bien présenté le raisonnement de l'affaire Magill (sans la livraison du produit demandé, le demandeur se trouvait dans l'impossibilité d'offrir son propre produit sur le marché, et ce refus a fait obstacle à l'apparition d'un produit nouveau pour lequel il existe une demande potentielle des consommateurs) mais s'en est écarté – « *à supposer même que cette jurisprudence relative à l'exercice d'un droit de propriété intellectuelle soit applicable à l'exercice d'un droit de propriété quel qu'il soit* » - pour ne retenir que trois critères (i) le refus est de nature à éliminer toute concurrence sur le marché et (ii) ne peut être objectivement justifié, et (iii) l'intrant demandé est indispensable à l'exercice de l'activité du demandeur<sup>17</sup>.

En s'abstenant de faire la distinction entre les affaires portant sur des droits de propriété intellectuelle, la Commission adopte donc une lecture extensive de la jurisprudence sur le refus de fourniture.

Cependant, dans l'ensemble des affaires, y compris les affaires portant sur un intrant protégé par un droit de propriété intellectuelle, la jurisprudence s'est attachée au caractère indispensable de l'intrant demandé.

---

<sup>13</sup> CJCE, 6 avril 1995, C-241/91, §54.

<sup>14</sup> CJCE, 29 avril 2004, C-418/01, §38.

<sup>15</sup> CJCE, 29 avril 2004, C-418/01, §49.

<sup>16</sup> TPICE, 17 septembre 2007, T-201/04, §332.

<sup>17</sup> CJCE, 26 novembre 1998, C-07/97, §40.

En second lieu, **les entreprises s'étonnent des critères d'appréciation du caractère indispensable de l'intrant développés par la Commission** (§101). Plus particulièrement, elles relèvent que les conditions d'appréciation des situations dans lesquelles « *l'accès à l'intrant est nécessaire pour que le demandeur reste viable sur le marché et exerce une contrainte concurrentielle effective* » ne correspondent pas à la jurisprudence établie de la Cour de justice et constitueraient là encore un élargissement de la doctrine des facilités essentielles.

En effet, **la jurisprudence citée par la Commission vise bien une impossibilité pour le demandeur de proposer son propre produit sur le marché** et non une viabilité indéfinie ou une contrainte concurrentielle effective.

A ce titre, la Commission retient un peu plus loin que l'appréciation des effets d'éviction de la pratique doit être interprétée comme la capacité d'éliminer toute concurrence effective de la part de l'entreprise demandeuse (§103), ce qui semble donc en contradiction avec la simple notion de contrainte concurrentielle.

**Des précisions pourraient également utilement être apportées sur l'appréciation des conditions dans lesquelles l'intrant demandé pourrait être reproduit ou non** (§101.i). Ainsi, dans l'affaire Bronner, la Cour a précisé que l'appréciation du caractère viable de la reproduction de l'intrant demandé – ici le système de distribution de journaux – ne pouvait être mené uniquement à l'échelle du demandeur compte-tenu du faible tirage du ou des quotidiens à distribuer<sup>18</sup>.

Précisons enfin que **la jurisprudence admet que le refus de fourniture peut être objectivement justifié**. Si une telle justification objective est évoquée par la Commission dans son projet de lignes directrices dans une simple note de bas de page (n°241), cette considération mériterait d'être développée et mise en avant au regard de l'importance qu'elle prend dans les affaires étudiées par la Cour de justice et rappelées par la Commission dans son projet. En effet, l'absence de justification objective au refus de fourniture est présentée et étudiée au même titre que le caractère indispensable de l'intrant pour l'activité du demandeur, et de la condition d'élimination de la concurrence<sup>19</sup>.

## 2.5 Les rabais multiproduits (section 4.3.2.)

Les entreprises de l'Afep relèvent de ce que la section du projet de lignes directrices relative aux rabais multiproduits manque de clarté sur les pratiques qui pourraient être considérées comme abusives, et sur les tests juridiques applicables.

En effet, la Commission donne uniquement des exemples généraux de ce qui pourrait constituer une pratique abusive, notamment lorsqu'elle indique que les rabais multiproduits qui ne sont pas conditionnels à un approvisionnement quasi-exclusif sont « *susceptibles d'être abusifs si un tel comportement s'écarte de la concurrence par les mérites et est de nature à produire des effets d'éviction* », sans plus de précisions (§155).

En outre, la Commission suggère seulement de procéder par analogie avec la « *jurisprudence relative aux accords exclusifs et aux rabais conditionnels, selon le cas* » (§153), tout en restant vague : « *les orientations [sur les rabais conditionnels] peuvent être pertinentes* » (§155).

---

<sup>18</sup> CJCE, 26 novembre 1998, C-07/97, §45.

<sup>19</sup> CJCE, 26 novembre 1998, C-07/97, §41 ; Tribunal de l'UE, 9 septembre 2009, T-301/04, §147 ; CJCE, 12 janvier 2023, C-42/21, §79.

Enfin, l'Afep souhaite attirer l'attention de la Commission sur le fait que les rabais multiproduits peuvent être objectivement justifiés. Si cette possibilité est évoquée dans la section générale relative à la charge de la preuve pour démontrer la capacité d'un comportement de produire des effets d'éviction (§60), elle n'est cependant pas rappelée dans la section relative aux rabais multiproduits. Cette considération mériterait d'être développée et mise en avant, les rabais multiproduits pouvant être objectivement justifiés, notamment sur la base de justifications techniques, par exemple liées au maintien des performances du produit ou à l'amélioration de ses performances.

## 2.6 L'auto-préférence (section 4.3.3.)

Les entreprises de l'Afep observent que la Commission semble généraliser à toute entreprise dominante une jurisprudence spécifique qui n'a été rendue à ce jour qu'à l'encontre des grandes entreprises du numérique ou d'anciens monopoles publics dérégulés. Pourtant, la Commission ne se prononce pas dans ce projet de lignes directrices sur les secteurs ou entreprises concernées par ces pratiques, mais relève uniquement que « *l'auto-préférence peut être répandue dans certains secteurs de l'économie* » (§157).

Il en résulte une véritable incertitude pour les entreprises. L'Afep invite donc la Commission à préciser si toute entreprise en position dominante - par exemple verticalement intégrée - quel que soit son secteur, et qui accorderait un traitement préférentiel à ses propres produits par rapport à ceux des concurrents, pourrait se voir reprocher un comportement abusif. Ce faisant, il conviendra de tenir compte de l'arrêt du Tribunal dans l'affaire Google Shopping qui semblait bien circonscrire la pratique d'auto-préférence au secteur de l'Internet : « *un système de concurrence non faussée ne peut être garanti que si l'égalité des chances entre les différents opérateurs économiques est assurée (voir arrêt du 14 octobre 2010, Deutsche Telekom/Commission, C-280/08 P, EU:C:2010:603, point 230 et jurisprudence citée), ce qui va dans le sens de la possibilité, lorsque sont en cause des pratiques de favoritisme mises en place par des opérateurs en position dominante dans le secteur de l'internet, de considérer certaines différences de traitement comme étant contraires à l'article 102 TFUE* »<sup>20</sup>.

De plus, depuis la plupart des affaires citées par la Commission dans cette section de son projet, le Règlement n°2022/1925 relatif aux marchés contestables et équitables dans le secteur numérique (DMA) a été adopté, est entré en vigueur, et s'intéresse à ces pratiques. Une référence utile à ce Règlement pourrait ici être insérée.

S'agissant des pratiques en cause, la Commission définit l'auto-préférence comme « *le fait pour une entreprise dominante d'accorder activement un traitement préférentiel à ses propres produits par rapport à ceux de ses concurrents, principalement au moyen de pratiques non tarifaires* » (§156). La Commission précise que « *les pratiques d'auto-préférence sont susceptibles d'être abusives lorsque l'entreprise dominante exploite, par effet de levier, sa position dominante sur un marché donné [...] afin d'obtenir un avantage sur un marché lié [...] en accordant un traitement préférentiel à ses produits* » (§158). La Commission liste certains comportements qui pourraient constituer des pratiques d'auto-préférence (§159), mais il semble s'agir de simples exemples, sans souci d'exhaustivité.

Cette définition, très large et vague, risque de couvrir un certain nombre de pratiques mises en œuvre par des entreprises verticalement intégrées (et/ou actives dans des secteurs connexes) pour mettre à profit les synergies permises par cette intégration verticale qui relèvent de la concurrence par les mérites. Il serait important de préciser que la pratique d'auto-préférence n'est **susceptible d'être abusive que dans de très rares cas** et non dès que la pratique sert à « *obtenir un avantage* ».

---

<sup>20</sup> Arrêt du 10 novembre 2021, Google et Alphabet/Commission (Google Shopping), T-612/17, EU:T:2021:763, point 180.

Sur ce point, la Commission devra nécessairement prendre en compte l'arrêt rendu par la Cour de justice dans l'affaire Google Shopping dans lequel la Cour a considéré que des pratiques d'auto-préférence ne pouvaient pas être considérées comme un abus de position dominante *per se*<sup>21</sup>.

L'Afep appelle donc la Commission à compléter les exemples donnés de la manière la plus détaillée possible afin de permettre aux entreprises d'analyser *ex ante* leurs pratiques envisagées. De plus, l'Afep invite également la Commission à compléter ce projet de lignes directrices par des illustrations concrètes.

Enfin, la **jurisprudence admet également que l'auto-préférence peut être objectivement justifiée**. Si cette possibilité est évoquée dans la section générale relative à la charge de la preuve pour démontrer la capacité d'un comportement de produire des effets d'éviction (§60), elle n'est pas rappelée dans la section relative à l'auto-préférence. Cette considération mériterait d'être développée et mise en avant au regard de l'importance qu'elle prend dans les affaires étudiées par la Cour de justice et rappelées par la Commission dans son projet.

## 2.7 Les restrictions d'accès (section 4.3.4.)

Comme pour le refus de fourniture, l'Afep souhaite rappeler à titre liminaire qu'imposer à une entreprise, même en position dominante, de fournir un produit ou un service, vient directement s'opposer à la liberté contractuelle et, dans certaines hypothèses, aux droits de propriété intellectuelle de cette dernière. Un tel remède ne doit donc être envisagé que dans des circonstances exceptionnelles et avec des précautions particulières.

La Commission opère dans cette section une distinction entre le refus de fourniture et les restrictions d'accès.

Les entreprises de l'Afep considèrent que la Commission réalise en réalité ici un glissement par rapport à la jurisprudence en créant une nouvelle catégorie d'abus - sans définition claire - pour échapper aux limitations de la jurisprudence sur la notion d'infrastructure essentielle. Ainsi, les pratiques de restrictions d'accès seraient différentes des refus de fourniture et pourraient être caractérisées sans réunir les conditions de la jurisprudence sur la notion d'infrastructure essentielle.

Cependant, la différence entre ces deux catégories de pratique n'est pas claire, et devrait donc être explicitée par la Commission.

S'agissant des exemples de restrictions d'accès qui pourraient être considérées comme abusives par la Commission européenne, les entreprises relèvent les situations dans lesquelles l'entreprise en position dominante « *ne fixe pas des conditions d'accès raisonnables et transparentes, y compris des règles en matière de prix* » (§166) et s'interrogent sur l'appréciation du caractère raisonnable des conditions d'accès. La Commission fait-elle ici référence aux prix abusifs ou vise-t-elle des conditions d'accès objectives ? Les affaires dans lesquelles une entreprise en position dominante a pu être condamnée par une autorité de concurrence pour des prix abusifs sont particulièrement exceptionnelles. Ce point mériterait d'être précisé.

Entre l'absence de définition positive de la notion de restriction d'accès, et la seule présence de quelques exemples de pratiques (§166) – néanmoins conditionnées à l'examen des circonstances spécifiques de chaque espèce – il en résulte un grand manque de clarté sur les éléments qui seront effectivement pris en compte par la Commission dans son examen et une véritable incertitude juridique pour les entreprises.

---

<sup>21</sup> CJUE, 10 septembre 2024, C-48/22P, §186.

Là encore, l'Afep appelle donc la Commission à compléter ces exemples de la manière la plus détaillée possible afin de permettre aux entreprises d'analyser *ex ante* leurs pratiques envisagées. De plus, l'Afep invite également la Commission à compléter ce projet de lignes directrices par des illustrations concrètes.

## 2.8 La clause de la nation la plus favorisée

L'Afep regrette l'absence dans le projet de la Commission d'une section spécifique à l'étude des clauses de la nation la plus favorisée ou clauses/obligations de parité, qui peuvent relever aussi bien de l'interdiction des ententes sur le fondement de l'article 101 du TFUE, que de l'abus de position dominante sur le fondement de l'article 102 du TFUE.

Cette pratique pourrait utilement être rappelée et explicitée dans la section 4.3. relative aux « *Comportements non soumis à des tests juridiques spécifiques* ».

Ces développements seraient d'autant plus utiles que la pratique des clauses de parité a largement évolué ces dernières années à l'aune des nouvelles technologies, particulièrement sur les plateformes numériques : si les clauses explicites de parité ont largement disparu des contrats, certains acteurs en position dominante continuent d'utiliser leur pouvoir de marché pour imposer une obligation de parité, en dissuadant, voire en empêchant, leurs co-contractants de proposer de meilleures conditions sur d'autres plateformes, par différents moyens ou pratiques.

Ainsi certaines plateformes ont remplacé leurs clauses contractuelles de parité par des politiques de prix obligatoires ayant le même effet. Selon ces politiques, les utilisateurs professionnels proposant leurs produits ou services à des prix inférieurs ou à de meilleures conditions sur d'autres plateformes peuvent être pénalisés en se voyant attribuer une place moins importante pour leurs produits ou services, en étant exclus des opérations commerciales, voire en étant suspendus de la plateforme.

Cette pratique est connue pour augmenter le niveau général des prix sur le marché, car les utilisateurs professionnels sont dissuadés de vendre à des prix inférieurs sur d'autres plateformes ou canaux<sup>22</sup>. Cette pratique peut également être très difficile à prouver, car les utilisateurs professionnels craignent généralement des représailles et sont donc réticents à saisir les autorités de la concurrence.

Afin de mieux identifier cette pratique constitutive de l'abus de position dominante, les lignes directrices pourraient utilement présenter les orientations générales des juridictions européennes sur l'appréciation des clause/obligations de parité, ainsi que la façon de les identifier dans le cadre des plateformes numériques en prenant notamment en compte :

- L'imposition de politique de prix aux utilisateurs professionnels ;
- Tout changement lié aux avantages tarifaires pour les utilisateurs professionnels ;
- La méthodologie utilisée pour répertorier, classer ou rendre plus visibles les annonces ou les offres sur la plateforme et tout changement mis en œuvre en la matière (y compris l'utilisation d'outils de crawling visant à monitorer les prix pratiqués sur des plateformes concurrentes).

-----

---

<sup>22</sup> Commission n° AT.40153, 4 mai 2017, Amazon

## A PROPOS DE L'AFEP

Depuis 1982, l'Afep rassemble les grandes entreprises opérant en France. L'association, basée à Paris et à Bruxelles, a pour objectif de favoriser un environnement favorable aux entreprises et de présenter la vision des entreprises membres aux pouvoirs publics français, aux institutions européennes et aux organisations internationales. Restaurer la compétitivité des entreprises pour assurer la croissance et l'emploi durable en Europe et relever les défis de la mondialisation est la principale priorité de l'Afep. L'Afep compte plus de 118 membres. Plus de 8 millions de personnes sont employées par les entreprises membres de l'Afep et leur chiffre d'affaires annuel combiné s'élève à 2 600 milliards d'euros. L'Afep participe à l'élaboration de législations trans-sectorielles, au niveau français et européen, dans les domaines suivants : économie, fiscalité, droit des sociétés et gouvernement d'entreprise, financement des entreprises et marchés financiers, concurrence, propriété intellectuelle et consommation, droit du travail et protection sociale, environnement et énergie, responsabilité sociale des entreprises et commerce.

### Contact :

Jocelyn Goubet – Directeur Droit économique - [j.goubet@afep.com](mailto:j.goubet@afep.com)

Alix Fontaine – Directrice adjointe Affaires européennes – [a.fontaine@afep.com](mailto:a.fontaine@afep.com)

**Numéro d'identification au Registre Transparence : 953933297-85**