

## **Observations de l'AFEC<sup>1</sup> en réponse à la consultation publique de la Commission européenne relative à son projet de lignes directrices sur l'application de l'article 102 du TFUE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes**

***Nb: an English version of these submissions follows the French one.***

### **Introduction**

L'Association française d'Etude de la Concurrence (AFEC) est une association indépendante créée en 1952. Elle regroupe des spécialistes du droit de la concurrence provenant de toutes les professions de ce secteur, professeurs de droit et d'économie, magistrats, membres de l'Administration (DGCCRF), membres de l'Autorité de la concurrence, avocats, juristes d'entreprise, représentants de syndicats professionnels, étudiants.

L'AFEC est le Groupe Français de la Ligue Internationale du Droit de la Concurrence.

Dans le cadre de son objet, l'AFEC formule, grâce à la diversité de ses représentants, des observations techniques sur les projets de loi et projets de textes de toute nature qui sont susceptibles d'avoir un impact sur le droit de la concurrence.

Un groupe de travail, composé de membres de l'AFEC<sup>2</sup>, s'est réuni pour émettre des observations tant sur la communication de la Commission du 27 mars 2023, sur ses priorités en matière de pratiques d'exclusion que sur le principe de nouvelles lignes directrices sur ce même sujet.

Les présentes observations concernant le projet de lignes directrices de la Commission sur l'application de l'article 102 TFUE (le « **Projet** ») se situent dans le prolongement des observations que l'AFEC avait faites sur le Policy Brief publié par la Commission le 27 mars 2023.

Les observations de l'AFEC se concentreront sur les points suivants :

---

<sup>1</sup> Numéro au registre de transparence: 026602848555-18.

<sup>2</sup> Ce groupe de travail était animé par Michael Cousin (Addleshaw Goddard) et Etienne Pfister (RBB Economics). Il comprenait Mathieu Anne (Niddam Drouas), Arnaud Barrandon, Jeremy Bernard (CPC Associés), Louise Desnoyes, Jugwal Doyen (Addleshaw Goddard), Elisabeth Flaicher-Maneval (CMS Francis Lefebvre), Alya Guennoun (Maulin Avocats), Lisa Marty (Groupe La Poste), Sandro Lanna, Romain Maulin (Maulin Avocats), Nathalie Pétrignet (CMS Francis Lefebvre) et Jean-Christophe Roda (Université Jean Moulin Lyon 3).

1. Le choix des lignes directrices comme instrument juridique.
2. La caractérisation de la position dominante.
3. Les présomptions d'effets d'éviction.
4. Le test du concurrent aussi efficace.
5. La définition des concepts-clés.

## 1. Choix des lignes directrices comme instrument juridique

La Commission européenne a pour objectif, avec son Projet de 59 pages, « *d'accroître la sécurité juridique dans l'intérêt des consommateurs et des entreprises, ainsi que des autorités nationales de la concurrence et des juridictions nationales* »<sup>3</sup>.

Effectivement, en principe, l'adoption par la Commission de lignes directrices, qui bénéficient d'un régime juridique bien spécifique<sup>4</sup> aux termes de la jurisprudence européenne, est censée permettre, aux opérateurs économiques et à leurs conseils, de mieux anticiper les pratiques susceptibles de constituer des pratiques anticoncurrentielles et, en l'espèce, un abus au sens de l'article 102 TFUE. Cependant, en l'espèce, le choix, contestable selon l'AFEC, de recourir à des lignes directrices conduit à l'inverse du résultat escompté puisque certains aspects du Projet sont de nature à fragiliser la situation des opérateurs économiques en portant atteinte à leur sécurité juridique.

Plus précisément, la Commission indique, dans son Projet, souhaiter codifier la jurisprudence existante en présentant les « *principes généraux* »<sup>5</sup> dégagés par la Cour de Justice au sujet de l'application de l'article 102 du TFUE.

Cependant, la Commission introduit notamment des présomptions d'effets d'éviction (voir la section 3 ci-dessous) en postulant que certains comportements sont, selon elle, directement susceptibles d'entraîner des évictions dites abusives et, partant, répréhensibles. La Commission va donc manifestement au-delà de sa mission initiale de codification en créant, au moyen d'un instrument de *soft law*, du droit. En édictant de nouvelles présomptions, il nous semble que la Commission contrevient à l'objet même de lignes directrices qui, pour l'autorité administrative qui les adopte, réside dans un objectif de structuration et d'autolimitation afin de ne pas accroître de manière discrétionnaire ses pouvoirs. La Commission ne peut donc pas détourner les procédures d'adoption des règles de droit «

---

<sup>3</sup> Comm. UE. Communiqué de presse, *La Commission souhaite recueillir des avis sur le projet de lignes directrices sur les pratiques d'évictions abusives*, 1er août 2024.

<sup>4</sup> Nicolas de Sadeleer, *Classification des actes de droit non contraignants de l'Union européenne*, in *Les sources du droit revisitées*, Vol 1 : Normes internationales et constitutionnelles, Publication des Facultés Universitaires Saint-Louis, page 269 : « *Le juge de l'Union a admis l'opposabilité des lignes directrices à la Commission, en considérant qu'elles énoncent une règle de conduite, certes indicative de la pratique à suivre, mais dont la Commission ne saurait se départir sous peine de se voir sanctionner au titre d'une violation de principes généraux du droit, tels que l'égalité de traitement ou la protection de la confiance légitime* (v. CJCE, 28 juin 2005 *Dansk Rørindustri e.a./Commission*, aff. C-189/02 P e.a., pts 209 et 211). Toutefois, dans des cas particuliers, il est admis que la Commission puisse s'écarter de ses lignes directrices en donnant des raisons compatibles avec le principe d'égalité de traitement (v. Trib. UE, 9 septembre 2015, *Panasonic et MT Picture Display c/ Commission*, aff. T 82/13, pt 168) ».

<sup>5</sup> Projet, point 15 : « *En conséquence, les présentes lignes directrices sont structurées comme suit : - la section 2 décrit les principes généraux applicables à l'appréciation d'une position dominante ; - la section 3 décrit les principes généraux permettant de déterminer si le comportement d'entreprises dominantes est susceptible de constituer une pratique d'éviction abusive ; - la section 4 décrit les principes permettant de déterminer si certains comportements d'entreprises dominantes en particulier sont susceptibles d'être abusifs ; - la section 5 décrit les principes généraux applicables à l'appréciation des justifications objectives et des gains d'efficience qui, sous certaines conditions, peuvent justifier ou contrebalancer les effets d'un comportement susceptible d'être abusif* » (surlignement ajouté).

dur ». En effet, comme le rappelle utilement le juge Nils Wahl, c'est aux juridictions européennes, et à elles seules, que revient la tâche de déterminer le sens à donner aux textes d'incrimination en matière d'abus de position dominante<sup>6</sup>.

Par ailleurs, traditionnellement, les outils de *soft law* viennent tout au plus clarifier le droit existant et non le créer. En outre, les communications interprétatives sont, au même titre que les lignes directrices, un outil de *soft law*. Leur particularité réside dans le fait qu'elles permettent à la Commission d'indiquer son interprétation de notions qui ne seraient pas déjà définies dans la réglementation ou par la jurisprudence existante<sup>7</sup>. Or, selon Margarethe Vestager, le projet de lignes directrices reflète l'« *interprétation* » de la Commission des jurisprudences sur l'abus de position dominante ainsi que la pratique de la Commission<sup>8</sup>. Sur cette base, l'AFEC considère que le choix de cet outil juridique paraît inapproprié et que le Projet constitue tout au plus une « communication » ou des « orientations ». A noter que même dans cette hypothèse, la Commission n'a pas la compétence pour adopter de nouvelles règles<sup>9</sup>.

## 2. Caractérisation de la position dominante

Tout en rappelant la présomption de position dominante lorsque l'entreprise considérée détient plus de 50% de parts de marché (point 2.1 ci-dessous), la Commission semble indiquer que ce n'est qu'en dessous d'un seuil de parts de marché de 10% qu'une position dominante peut être exclue (sauf circonstances exceptionnelles) – point 2.2 ci-dessous. Est également relevée l'absence d'indicateurs économiques utiles pour apprécier une position dominante (point 2.3 ci-dessous).

### 2.1. Au-delà de 50% de parts de marché

Le Projet rappelle la présomption de position dominante dans le cas où une entreprise détiendrait plus de 50% de parts de marché<sup>10</sup>. Cette présomption facilite la caractérisation de la position dominante par les autorités de concurrence ou les parties requérantes en allégeant la preuve en la matière.

C'est par la jurisprudence Hoffmann-La Roche que la Cour de justice a affirmé la possibilité de présumer une position dominante lorsqu'une entreprise possède des parts de marché « *extrêmement importantes* »<sup>11</sup>. Dans son arrêt Akzo, la Cour a estimé qu'une part de marché de 50% pouvait être considérée comme une part de marché extrêmement importante, suffisante pour présumer une position dominante<sup>12</sup>. En outre, dans son arrêt Hilti/Commission, le Tribunal a retenu qu'une part de marché

---

<sup>6</sup> Mlex, *Wahl warns of EU court's « slippery slope » on antitrust abuses and effect*, 12 septembre 2024 : « *Whereas other Commission documents might set out enforcement priorities or breakdown how the Commission undertakes technical steps like market definition, the court's case law ought to clearly establish the law on dominance abuses* ».

<sup>7</sup> Guillaume Perret, Lignes directrices, *Dictionnaire du droit de la concurrence*, Concurrences, Art, N°12286.

<sup>8</sup> Margarethe Vestager, Commissaire à la concurrence, à propos de la publication des lignes directrices : [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/ov/ip\\_24\\_3623](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/ov/ip_24_3623).

<sup>9</sup> Nicolas de Sadeleer, *Classification des actes de droit non contraignants de l'Union européenne*, in Les sources du droit revisitées, Vol 1 : Normes internationales et constitutionnelles, Publication des Facultés Universitaires Saint-Louis, page 269 : « *Ces actes ne peuvent pas s'écarter des dispositions contraignantes. La Commission ne peut en effet court-circuiter les procédures d'adoption des actes de nature réglementaire. A priori, la Commission n'est pas compétente pour adopter, sous la forme d'une communication interprétative de la jurisprudence de la Cour de justice, de nouvelles règles qui iraient au-delà des obligations découlant du droit européen existant et qui produiraient des effets juridiques pour les États membres* » (surlignement ajouté).

<sup>10</sup> Point 26.

<sup>11</sup> CJUE, 13 février 1979, Hoffmann-La Roche & Co. AG/Commission, 85/76, point 41.

<sup>12</sup> CJUE, 3 juillet 1991, Akzo/Commission, C-62/86, point 60.

comprise entre 70 % à 80 % constituait un indice clair de l'existence d'une position dominante sur un marché en cause<sup>13</sup>.

Si le Projet ne fait que reprendre la jurisprudence de la Cour de justice, son approche est bien moins nuancée que celle des orientations de la Commission sur l'article 102<sup>14</sup>. En effet, ces dernières précisent que « *les parts de marché apportent à la Commission une première indication utile sur la structure du marché et l'importance relative des entreprises qui y sont actives* [8 : Affaire 85/76, Hoffmann-La Roche & Co./Commission, Recueil 1979, p. 461, points 39-41; affaire C-62/86, AKZO/Commission, Recueil 1991, p. I-3359, point 60; affaire T-30/89 Hilti/Commission, Recueil 1991, p. II-1439, points 90-92; affaire T-340/03, France Télécom/Commission, Recueil 2007, p. II-107, point 100.]. Elle interprétera cependant les parts de marché à la lumière des conditions régnant sur le marché en cause, et notamment de la dynamique du marché et du degré de différenciation des produits ».

Cette approche plus économique de la notion de parts de marché transparaissait dans des arrêts postérieurs aux jurisprudences Hoffmann-La Roche et Akzo. Par exemple, dans son arrêt du 6 décembre 2012, AstraZeneca, la Cour a recours au faisceau d'indices et non à une présomption de position dominante, ceci alors même que les parts de marché de l'entreprise dominante étaient très élevées<sup>15</sup>.

Il ne faudrait pas que le point 26 du Projet soit lu comme une présomption privant les entreprises défenderesses de tout moyen de contester l'existence d'une position dominante. En effet, les parts de marché – même supérieures à 50% - d'une seule entreprise ne sont pas suffisantes pour rendre compte des dynamiques concurrentielles d'un marché. Comme le rappelle de façon bienvenue le Projet, elle doit en particulier être comparée aux parts de marché des concurrents<sup>16</sup>, à l'absence de barrières à l'expansion et à l'entrée<sup>17</sup> ou à la puissance d'achat compensatrice<sup>18</sup>. Ces facteurs devront d'ailleurs permettre de caractériser, le cas échéant, une position dominante en deçà de 50%.

## 2.2. En-deçà de 50% de parts de marché

La Commission n'a pas repris dans son Projet l'affirmation, présente dans ses orientations sur l'article 102, selon laquelle il est peu probable qu'une entreprise qui détient moins de 40% de parts de marché soit en position dominante<sup>19</sup>.

---

<sup>13</sup> 12 déc 1991, Hilti/Commission, T-30/89, EU:T:1991:70.

<sup>14</sup> Communication de la 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, publiée au Journal officiel de l'Union européenne le 24 février 2009, C 45/7, point 13.

<sup>15</sup> CJUE 6 décembre 2012 C-457/10 P, AstraZeneca, paragraphes 176 et 177.

<sup>16</sup> Point 27 du Projet.

<sup>17</sup> Points 29 à 32 du Projet.

<sup>18</sup> Point 33 du Projet.

<sup>19</sup> Communication de la 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, publiée au Journal officiel de l'Union européenne le 24 février 2009, C 45/7, point 14 : « *La Commission considère que des parts de marché modestes sont généralement un bon indicateur de l'absence d'un fort pouvoir de marché. Elle sait d'expérience 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. Il peut toutefois y avoir des cas au-dessous de ce seuil dans lesquels les concurrents ne sont pas en mesure de brider efficacement le comportement d'une entreprise en position dominante, notamment lorsqu'ils sont confrontés à de fortes limitations de capacité. Ces cas semblent aussi mériter de retenir l'attention de la Commission* ».

La Commission indique désormais simplement qu'« *une position dominante peut également être constatée lorsqu'une entreprise détient une part de marché inférieure à 50 %* » (point 26). Cette position semble en réalité s'inscrire dans le prolongement de l'arrêt *United Brands*<sup>20</sup> dans lequel l'existence d'une position dominante a été constatée avec une part de marché comprise entre 40 % à 45 %. Toutefois, un tel scénario supposait que des facteurs autres que la part de marché de l'entreprise concernée, tels que la puissance et le nombre de concurrents, soient pris en considération.

En outre, la Commission se limite à mentionner, en notes de bas de page, la position de la Cour dans l'arrêt *Métro* selon laquelle une part de marché de 10% empêche la caractérisation d'une position dominante, sauf circonstances exceptionnelles<sup>21</sup>.

Sur ce point, deux observations peuvent être faites. D'une part, il aurait été utile que le Projet fournisse des exemples de faits ou de situations pouvant être qualifiées de « *circonstances exceptionnelles* ». D'autre part, il aurait été utile que la Commission maintienne le constat de faible probabilité d'existence d'une position dominante en-deçà de 40%. La Commission peut sinon laisser à penser aux entreprises détenant une telle part de marché que la caractérisation de leur éventuelle position dominante s'effectuerait sans mise en évidence des circonstances particulières justifiant de considérer qu'une entreprise avec une part de marché relativement limitée (inférieure à 40%) puisse détenir une position dominante. De plus, ces circonstances particulières dans lesquelles une entreprise détenant une part de marché inférieure à 40% serait considérée comme dominante devraient être précisées par le Projet.

### 2.3. Sur la nécessité de permettre l'usage d'indicateurs de la Nouvelle Economie Industrielle (NEI) pour caractériser la position dominante.

La Commission ne clarifie pas l'usage de nouveaux outils développés par la Nouvelle Economie Industrielle. Dans un souci d'articulation entre les arguments juridiques et les outils économiques, il aurait été utile que les lignes directrices de la Commission éclaire les parties sur l'usage d'indicateurs économiques nouveaux.

La caractérisation de la position dominante nécessite toujours de s'intéresser à des indicateurs économiques. La Commission en mentionne certains. Les parts de marché constituent un indicateur fiable sur le fondement duquel la Commission fonde une nouvelle présomption de position dominante<sup>22</sup>. L'existence de barrières à l'entrée et à l'expansion, de même que la puissance d'achat compensatrice, constituent également des indicateurs d'une possible position dominante. Le test SSNIP, qui est utilisé pour délimiter les marchés pertinents, n'est mentionné qu'avec des réserves en raison de son caractère inadapté à certaines situations où l'entreprise en position dominante fixe déjà son prix au tarif maximal auquel le consommateur est prêt à acheter le produit<sup>23</sup>. Aucun autre indicateur de la nouvelle économie industrielle n'est cependant proposé pour caractériser la position dominante.

Pourtant il existe d'autres indicateurs susceptibles d'aider à caractériser l'existence (ou l'absence) d'une position dominante comme des indicateurs de performance (marges, rentabilité) ou, plus largement, la capacité d'une entreprise à tarifier au-delà du coût marginal (Indice de Lerner) du fait de l'incapacité des

<sup>20</sup> Arrêt du 14 février 1978, *United Brands et United Brands Continental/Commission*, 27/76, EU:C:1978:22, points 108 et 109

<sup>21</sup> Arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 22 octobre 1986, *Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG contre Commission des Communautés européennes*, affaire 75/84 : « *si la part de marché détenue par une entreprise ne constitue pas nécessairement le seul critère de l'existence d'une position dominante, on peut cependant conclure à bon droit que des parts de marché aussi réduites que celles détenues par SABA excluent, dans un marché de produits hautement techniques, mais aisément interchangeables aux yeux de la grande masse des acheteurs, l'existence d'une position dominante, sauf circonstances particulières, dont la présence n'a cependant pas été établie en l'espèce* ».

<sup>22</sup> Voir supra.

<sup>23</sup> Note de bas de page n°32 du Projet.

consommateurs à se reporter vers des produits substituables. La caractérisation de la position dominante nécessite, si besoin, de laisser une place à ces indicateurs économiques dans le raisonnement juridique<sup>24</sup>.

### 3. Présomptions d'effets d'éviction

Dans la section 3.3.1. du Projet, consacrée à la charge de la preuve pour démontrer la capacité d'un comportement de produire des effets d'éviction, la Commission distingue trois catégories de comportements : (i) ceux pour lesquels il est nécessaire de démontrer leur capacité de produire des effets d'éviction, (ii) ceux présumés entraîner des effets d'éviction et (iii) les restrictions non déguisées.

L'AFEC souhaite faire un certain nombre d'observations concernant les comportements pour lesquels des présomptions sont instituées à des degrés différents, à savoir les catégories (ii) et (iii) ci-dessus.

#### 3.1. Comportements présumés entraîner des effets d'éviction

Le Projet institue une présomption d'effets d'éviction pour cinq types de comportements<sup>25</sup>. Selon la Commission, en présence de tels comportements, et si l'on comprend bien les termes de la note de bas de page 131, la charge de la preuve de l'effet d'éviction est renversée au profit de la Commission. Il appartient alors à l'entreprise défenderesse mettant en œuvre de tels comportements de démontrer l'absence de tels effets.

L'AFEC n'est pas hostile par principe à l'utilisation de présomptions en droit de la concurrence. Toutefois, pour être acceptable, une présomption doit essentiellement répondre à deux critères. D'une part, elle doit reposer sur un diagnostic robuste provenant de l'expérience de la Commission, des jugements du Tribunal et de la Cour de justice de l'Union européenne, de la théorie économique voire du bon sens<sup>26</sup>. D'autre part, les critères d'application d'une présomption doivent être suffisamment précis pour que cette présomption remplisse les buts poursuivis. En effet, plus les conditions dans lesquelles cette présomption est posée sont floues, moins celle-ci joue son rôle en termes de sécurité juridique et de simplification du travail du régulateur et des juges.

Les présomptions posées par le Projet soulèvent à cet égard deux séries de difficultés.

*Les présomptions s'appliquent à certains comportements au sujet desquels il ne peut pas être affirmé que la Commission est dispensée de démontrer leurs effets d'éviction*

Ainsi en est-il, en premier lieu, de l'exclusivité de fourniture que le Projet place au même niveau que les exclusivités d'achat alors que les effets de ces deux types d'exclusivités ne sauraient être confondus sur le plan concurrentiel<sup>27</sup>. La nocivité des exclusivités de fourniture n'est en effet pas systématique et il ne saurait être présumé qu'elles produisent des effets d'éviction.

---

<sup>24</sup> Voir les travaux de l'OCDE à ce sujet : Secrétariat de l'Organisation de Coopération et de Développement Economiques, *Méthodes utilisées pour mesurer la concurrence sur le marché*, 11 juin 2021, 58 pages, disponible sur [oecd.org](https://oecd.org), consulté le 10 octobre 2024.

<sup>25</sup> Section 3.3.1. b) : les accords de fourniture ou d'achat exclusifs, les rabais subordonnés à une exclusivité, les prix prédateurs, la compression des marges en présence d'un écart négatif et certaines formes de vente liée.

<sup>26</sup> OCDE, Les régimes de protection et les présomptions légales en droit de la concurrence, DAF/COMP(2017)9, 27 novembre 2017, pp. 18-19.

<sup>27</sup> Point 80.

Rappelons ainsi que dans ses orientations de 2009<sup>28</sup>, la Commission n'avait pas abordé en détail l'exclusivité de fourniture. Loin de poser un principe de présomption, la Commission notait dans une note de bas de page : « *La Commission considère que ce verrouillage des intrants est en principe susceptible d'entraîner une éviction anticoncurrentielle si l'obligation de fourniture exclusive ou l'incitation lient la plupart des fournisseurs efficaces d'intrants et si les entreprises en concurrence avec l'entreprise dominante sont incapables de trouver d'autres sources efficaces de fourniture des intrants* »<sup>29</sup>. Cette analyse fondée sur les effets apparaît toujours pertinente et l'AFEC s'interroge sur la nature et la validité des motifs ayant conduit la Commission à s'en écarter au profit d'une approche formaliste qui ne trouve pas d'écho dans la jurisprudence européenne.

En ce qui concerne les exclusivités d'achat, force est de constater que la jurisprudence de la Cour ne confirme en aucun cas l'existence de la présomption d'effets d'éviction que le Projet leur attache.

Rappelons ainsi que par un arrêt rendu le 18 septembre 2024, le Tribunal de l'Union européenne a annulé la décision de la Commission européenne ayant sanctionné Google pour abus de position dominante dans une affaire relative à l'exploitation de la plateforme d'intermédiation publicitaire AdSense. Dans cette décision, le Tribunal de l'Union, sur la question relative au caractère d'abus de position dominante, est manifestement peu encline à accepter le principe de présomptions d'abus et a ainsi reproché à la Commission de n'avoir pas assez pris en compte « *l'ensemble des circonstances de l'espèce* »<sup>30</sup>.

De même, dans son arrêt Intel rendu sur renvoi le 26 janvier 2022<sup>31</sup>, le Tribunal de l'Union a constaté que la décision rendue par la Commission dans cette affaire était entachée d'une erreur de droit, précisément parce que la Commission avait considéré que, les rabais d'exclusivité étant par nature anticoncurrentiels, « *il n'y avait aucune nécessité de démontrer une capacité d'éviction pour établir une infraction à l'article 102 TFUE* »<sup>32</sup>. Ce considérant du Tribunal a été confirmé par la Cour<sup>33</sup>. Il ne semble donc pas exact de traiter les exclusivités d'achat, comme le fait le Projet, comme des présomptions permettant à la Commission de faire l'économie d'une démonstration des effets d'éviction. Ainsi, à l'opposé des exigences posées par la jurisprudence, le projet de lignes directrices tend à élaborer des modèles préconstitués de motivation, ce qui peut rapidement entraîner un décalage avec la réalité factuelle.

S'agissant, en deuxième lieu, des ventes liées ou groupées, il est difficile de percevoir dans le cadre analytique détaillé aux points 84 et suivants du Projet, l'existence d'une présomption. La Commission rappelle elle-même, en se référant à juste titre à l'arrêt Microsoft<sup>34</sup>, qu'une vente liée n'est susceptible d'être abusive que lorsqu'il est démontré qu'elle produit des effets d'éviction. Au point 95 du Projet, la Commission expose que dans certaines circonstances, un tel effet peut être présumé. Toutefois, la

---

<sup>28</sup> Comm. UE, 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, JOUE n°C45 du 24 février 2009, p. 7.

<sup>29</sup> Note de bas de page n°4.

<sup>30</sup> Trib. UE, 18 septembre 2024, aff. T-334/19, point 389 : « *la Commission ne pouvait pas se limiter à constater, afin d'établir une infraction à l'article 102 TFUE, que la clause d'exclusivité contenue dans les ASG conclus avec les partenaires directs tous sites imposait, à ces derniers, de s'approvisionner exclusivement auprès de Google [...]. En effet, elle devait, en outre, démontrer que ladite clause avait la capacité de restreindre la concurrence, en tenant compte de l'ensemble des circonstances pertinentes de l'espèce, ce qu'elle a, au demeurant, fait, à titre subsidiaire, dans la décision attaquée* » (surlignement ajouté).

<sup>31</sup> Trib. UE, 26 janvier 2022, Intel/Commission, T-286/09 RENV, EU :T :2022 :19.

<sup>32</sup> Trib. UE, 26 janvier 2022, Intel/Commission, T-286/09 RENV, EU :T :2022 :19, points 144 et 145.

<sup>33</sup> CJUE, 24 octobre 2024, Intel/Commission, C-240/22 P, EU :C :2024 :915, point 121.

<sup>34</sup> Trib. UE, 17 septembre 2007, Microsoft/Commission, T-201/04, EU :T :2007 :289, points 925 et s.

jurisprudence citée en note de bas de page ne confirme en aucun cas la possibilité de formuler une telle présomption. En outre, les termes employés par la Commission pour justifier son approche ne sont pas convaincants. Il ressort du point 95 du projet que la Commission elle-même semble indiquer que la présomption d'effets anticoncurrentiels ne trouve à s'appliquer que dans certaines circonstances (qui gagneraient d'ailleurs à être mieux expliquées que ne le fait le Projet).

En troisième lieu, la jurisprudence européenne en matière de compression des marges n'a pas posé de principe de présomption permettant un renversement de la charge de la preuve au profit de la Commission. Ainsi, dans son arrêt rendu dans l'affaire Deutsche Telekom, non seulement le Tribunal de l'Union n'a pas validé l'existence d'une présomption mais il a au contraire confirmé l'obligation pesant sur la Commission de démontrer l'existence des effets anticoncurrentiels en présence d'un ciseau tarifaire<sup>35</sup>. De même, dans son arrêt Telia Sonera du 17 février 2011, la Cour ne fait que poser un principe de probabilité d'effet anticoncurrentiel en présence d'un test prix-coûts négatif et d'une indispensabilité de l'intrant. Elle n'évoque en aucun cas l'existence d'une présomption<sup>36</sup>.

Au total, le regroupement des comportements concernés au sein d'une catégorie de comportements présumés produire des effets d'éviction paraît artificiel. La Commission reconnaît d'ailleurs elle-même à la note de bas de page n°131 du Projet, que l'emploi du mot « présomption » constitue en réalité un raccourci englobant une diversité d'analyses.

Cette généralisation du concept de présomption à des situations non qualifiées comme telles en jurisprudence est problématique. Les lignes directrices de la Commission ont en effet vocation à servir de guide d'analyse aux autorités et aux juridictions nationales en charge de la mise en œuvre des règles de concurrence. Elles vont également servir de base à l'auto-évaluation du comportement des entreprises. En retenant des présomptions dans des situations où elles n'ont pas été posées par la jurisprudence, elles risquent d'en orienter le traitement dans un sens plus formaliste tout en dissuadant les entreprises d'adopter lesdits comportements.

*La façon dont le Projet envisage la notion même de présomption est critiquable*

La notion de présomption, telle qu'envisagée par le Projet, n'est pas seulement conçue comme un renversement de la charge de la preuve. La Commission précise également que l'existence d'une présomption détermine l'intensité de la preuve à fournir par l'entreprise défenderesse pour renverser la présomption.

Ainsi, le point 60 b) du Projet expose que les comportements concernés par la présomption sont « *fortement* » susceptibles de produire des effets d'éviction. La Commission poursuit, à l'avant-dernier paragraphe de ce point, en exposant que les éléments de preuve apportés par l'entreprise défenderesse doivent « *refléter le fait que le comportement en cause est fortement susceptible de produire des effets d'éviction, dans le cadre de l'appréciation globale du faisceau d'indices menée à la lumière de toutes les circonstances juridiques et économiques pertinentes* » (nous soulignons).

Cette qualification du niveau de preuve à apporter pour combattre les présomptions instituées par le Projet ne semble pas trouver un écho dans la jurisprudence européenne. Au contraire, s'agissant par exemple des exclusivités, aux termes de l'arrêt Intel<sup>37</sup> pourtant rappelés par la Commission dans le Projet<sup>38</sup>, il suffit à l'entreprise défenderesse d'apporter des preuves que son comportement n'a pas eu

---

<sup>35</sup> Trib. UE, 10 avril 2008, Deutsche Telekom AG/Commission, T-271/03, ECLI :EU :T :2008 :101, point 235.

<sup>36</sup> CJUE, 17 février 2011, Konkurrentsverket/Telia Sonera Sverige AB, C-52/09, ECLI :EU :C :2011 :83, point 71.

<sup>37</sup> CJUE, 6 septembre 2017, Intel/Commission, C-413/14P, EU :C : 2017 :632), point 138.

<sup>38</sup> Point 83.

la capacité de restreindre la concurrence pour obliger la Commission à se prononcer sur les effets de la pratique. La Cour n'évoque en aucun cas l'existence d'un standard de preuve renforcé qui s'appliquerait à l'entreprise dans cette situation.

### 3.2. Restrictions non déguisées

La Commission définit les restrictions dites « *non déguisées* » comme des comportements qui « *n'ont, pour une entreprise dominante, pas d'intérêt économique si ce n'est celui de restreindre la concurrence* ». Selon la Commission : « [c]es types de comportements peuvent, par leur nature même, restreindre la concurrence. Ce n'est que dans des cas très exceptionnels qu'une entreprise dominante sera en mesure de prouver que, dans les circonstances spécifiques de l'espèce, le comportement n'était pas susceptible de produire des effets d'éviction ». La Commission propose enfin trois exemples de restrictions non déguisées issues des jurisprudences Irish Sugar<sup>39</sup>, Intel<sup>40</sup> et Lietuvos gelezinkeliai/Commission (Baltic Rail)<sup>41</sup>.

La Commission semble vouloir appliquer aux restrictions non déguisées un principe de présomption renforcée d'effets anticoncurrentiels. Elle n'évoque en effet que la preuve éventuellement apportée par l'entreprise de l'absence d'effets d'éviction, tout en soulignant que cette preuve ne sera efficace que dans des cas exceptionnels. Il aurait été préférable, pour des raisons de lisibilité, que la Commission exprime son approche de façon plus directe. Ceci étant précisé, l'AFEC souhaite faire les observations suivantes.

*L'approche défendue par le Projet ne semble pas conforme à la jurisprudence de la Cour et à la pratique décisionnelle de la Commission*

En effet, dans sa décision Irish Sugar de 1997, qui correspond au deuxième exemple de restriction non déguisée fourni par le Projet, la Commission avait exposé ce qui suit : « *L'objet et l'effet de cette action étaient de protéger la position d'Irish Sugar en Irlande et donc de restreindre la concurrence sur le marché au détriment des consommateurs* » (nous soulignons)<sup>42</sup>. La même décision précise que ces pratiques « *avaient pour but (comme dans l'affaire Napier Brown/British Sugar) ou pour résultat prévisible de précipiter l'élimination des concurrents du marché* » (nous soulignons)<sup>43</sup>. La Cour a par la suite rejeté les arguments des requérantes qui faisaient valoir une confusion entre l'objet ainsi caractérisé et l'effet des pratiques, en soulignant que l'article 102 « *ne distingue pas l'objet de l'effet* » et que la Commission avait en toute hypothèse caractérisé les effets des pratiques<sup>44</sup>.

Un raisonnement similaire peut être tenu concernant le premier exemple de restriction non déguisée cité par le Projet et issu de la jurisprudence Intel. Dans son arrêt du 12 juin 2014, le Tribunal relève que la Commission s'est appuyée, pour sanctionner les restrictions en cause, sur des circonstances confirmant leur capacité à restreindre la concurrence<sup>45</sup>.

---

<sup>39</sup> Trib. UE, 7 octobre 1999, Irish Sugar/Commission, T-228/97, EU:T:1999:246.

<sup>40</sup> Trib. UE, 26 janvier 2022, Intel Corp./Commission, T-286/09 RENV, EU:T:2022:19.

<sup>41</sup> CJUE, 12 janvier 2023, Lietuvos gelezinkeliai/Commission, C-42/21P, EU:C:2023:12.

<sup>42</sup> Comm. UE, 14 mai 1997 relative à une procédure d'application de l'article 86 du traité CE (IV/34.621, 35.059/F-3 — Irish Sugar pic), point 122.

<sup>43</sup> Point 158.

<sup>44</sup> Point 170 de l'arrêt.

<sup>45</sup> Trib. UE, 12 juin 2014, Intel Corp., T-286/09, points 211 et s.

S'agissant en outre de l'affaire *Baltic Rail* qui a inspiré le troisième exemple de restriction non déguisée cité dans le Projet, il y a lieu de constater que la Commission, dans sa décision, a consacré d'importants développements à la caractérisation des effets potentiels de la pratique sur la concurrence<sup>46</sup>.

*Les critères de définition des restrictions non déguisées retenus par le Projet sont ambigus et devraient faire référence à l'objet des pratiques*

Les critères retenus par la Commission pour tenter de définir les restrictions non déguisées ne sont pas dénués d'ambiguïté.

La Commission a, en effet, fait le choix de faire référence à leur absence d'intérêt économique alors que ce critère, que l'on retrouve dans les affaires mettant en cause des comportements de prédation<sup>47</sup>, n'est pas celui qui a été utilisé dans les exemples jurisprudentiels cités.

Il aurait semblé plus approprié de faire le lien entre les restrictions non déguisées et la notion d'objet anticoncurrentiel en matière d'abus. Rappelons sur ce point que l'exemple issu de la jurisprudence *Irish Sugar*, cité par la Commission, avait précisément été caractérisé comme ayant un objet anticoncurrentiel par la Commission<sup>48</sup>. Il en est de même pour les restrictions non déguisées sanctionnées par la Commission dans sa décision *Intel*<sup>49</sup>.

Un tel rappel de la notion d'objet aurait fourni l'occasion à la Commission de clarifier sa conception de cette notion.

**En conclusion**, le choix de placer les restrictions non déguisées dans la liste des pratiques présumées produire un effet d'éviction peut s'interpréter comme reflétant une volonté de s'abstraire de toute démonstration des effets actuels ou potentiels des pratiques en cause et d'instituer ainsi une catégorie de pratiques sanctionnées *per se*.

Il est constant que les pratiques dont il est question ont pour point commun de présenter un niveau de gravité élevé. Elles consistent en effet pour un opérateur dominant à handicaper directement ses concurrents. Il est ainsi possible de soutenir que le simple bon sens commande d'en présumer les effets anticoncurrentiels. Une telle approche semble toutefois à la fois inutile et dangereuses. Inutile car en présence de comportements qui tendent manifestement à exclure un concurrent, la démonstration des effets, même potentiels, ne devrait pas présenter de difficulté particulière. Ainsi, il ne paraît pas nécessaire de faciliter davantage la tâche de la Commission au moyen d'une présomption. L'approche défendue par la Commission est aussi dangereuse car la définition d'une catégorie de comportements sanctionnés *per se*, simplement illustrée par des exemples dans les lignes directrice et non définie au moyen d'un critère validé en jurisprudence, ne peut qu'inciter au développement, pour d'autres comportements, d'une approche formaliste de l'abus, davantage guidée par une certaine conception de la loyauté que par l'analyse objective des effets actuels ou potentiels des comportements.

#### **4. Le test du concurrent aussi efficace (ou « AEC »)**

Dans le Projet, la Commission se réfère à un « *test prix-coût* ». Il n'est jamais fait référence à un test du concurrent aussi efficace. Cependant, la Commission considère bien que ce test est généralement basé

---

<sup>46</sup> Comm. UE, 2 octobre 2017, *Baltic Rail*, AT.39813, points 202 et s.

<sup>47</sup> CJUE, 12 mai 2022, *Servizio Elettrico Nazionale SpA e.a. contre Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e.a.*, C-377/20, ECLI:EU:C:2022:379, point 77.

<sup>48</sup> CJUE, *Irish Sugar*, point 170.

<sup>49</sup> Comm. UE, 13 mai 2009, *Intel*, COMP/C-3/37.990, point 1643 (confirmé par le Tribunal, T-286/09, point 204).

sur les coûts de l'entreprise dominante<sup>50</sup>. Au moins en ce sens, le test prix-coût mentionné par la Commission constitue donc un test du concurrent aussi efficace. Néanmoins, la jurisprudence se référant fréquemment à un test du concurrent aussi efficace, cette appellation serait préférable à celle de test prix-coût. Il serait également utile d'opérer une distinction entre, d'une part le test prix-coût/AEC proprement dit, et d'autre part, le principe du concurrent aussi efficace, tel qu'il semble se dégager aujourd'hui dans la jurisprudence. Cet effort notionnel est d'autant plus nécessaire que ce principe du concurrent aussi efficace apparaît désormais comme l'un des critères importants permettant de caractériser ce qu'est un comportement contraire à la concurrence par les mérites. Il serait d'ailleurs opportun de préciser la portée opérationnelle d'un tel principe, qui semble avoir désormais une portée très générale dans la jurisprudence récente de la Cour (comme le montrent les récents arrêts *European Super League* ou *Google*), alors que les lignes directrices ne semblent en faire qu'un simple « facteur » parmi d'autres dans une liste non hiérarchisée<sup>51</sup>.

#### 4.1. La place du test du concurrent aussi efficace (ou test prix-coût) dans le Projet

Dans le Projet, la Commission explique que ce n'est que dans le cas de certaines pratiques tarifaires, à savoir les prix prédateurs et la compression des marges, qu'un test prix-coût est nécessaire pour déterminer si le comportement d'une entreprise dominante s'écarte de la concurrence par les mérites<sup>52</sup>.

En revanche, la Commission explique également qu'un test prix-coût est généralement inapproprié pour apprécier si des pratiques non tarifaires s'écartent de la concurrence par les mérites<sup>53</sup>. Elle précise toutefois en note de bas de page que la pertinence d'un test prix-coût ne saurait être automatiquement exclue dès lors que les éléments du comportement autres que le prix peuvent être quantifiés de manière fiable<sup>54</sup>.

La Commission ne fait pas non plus référence à ce test lorsqu'elle présente le test juridique applicable aux accords et rabais d'exclusivité<sup>55</sup>. Elle souligne cependant que dans les situations où il est procédé à une appréciation de la capacité de rabais d'exclusivité à produire des effets d'éviction, le montant ou la valeur des incitations accordées en contrepartie de l'exclusivité peuvent être particulièrement pertinents à prendre en compte<sup>56</sup>.

S'agissant des rabais qui ne pourraient être qualifiés de rabais d'exclusivité, la Commission considère que pour démontrer leur caractère anticoncurrentiel, il peut être approprié d'utiliser un test prix-coût, la question de savoir si un test prix-coût est approprié et peut être appliqué dépendant des circonstances de l'espèce<sup>57</sup>.

Enfin, la Commission estime qu'« *un comportement qui, à première vue, ne s'écarte pas de la concurrence par les mérites (par exemple, la fixation de prix supérieurs au coût total moyen ou «CTM») et, dès lors, n'enfreint normalement pas l'article 102 du TFUE peut, dans des circonstances spécifiques, être considéré comme s'écartant de la concurrence par les mérites, sur la base d'une analyse de tous*

---

<sup>50</sup> Voir notamment les points 109-110, 117, 124 et 133.

<sup>51</sup> Point 55.

<sup>52</sup> Point 56.

<sup>53</sup> Point 56.

<sup>54</sup> Note de bas de page 128.

<sup>55</sup> Points 78 et suivants.

<sup>56</sup> Point 83, c).

<sup>57</sup> Point 143.

*les éléments de droit et de fait, notamment: i) la dynamique du marché; ii) l'étendue de la position dominante; et iii) les caractéristiques spécifiques du comportement en cause »<sup>58</sup>.*

#### 4.2. Observations de l'AFEC

Les observations de l'AFEC sur le rôle que le Projet entend faire jouer au test du concurrent aussi efficace sont les suivantes.

**Premièrement**, l'AFEC estime que les circonstances dans lesquelles une pratique tarifaire, en particulier une pratique de prédation ou de compression de marge, qui franchirait le test prix-coût (i.e., les prix ou les rabais pratiqués par l'opérateur dominant pourraient être répliqués par un concurrent aussi efficace sans que ce dernier n'encourt de pertes) pourrait néanmoins s'écarter de la concurrence par les mérites doivent être précisées<sup>59</sup>.

En effet, la présentation de ces circonstances est, en l'état, beaucoup trop vague pour constituer un guide utile pour les entreprises dominantes ou pour les entreprises plaignantes. Il s'agit pourtant d'un point important, puisqu'il semble indiquer que l'article 102 pourrait également s'appliquer aux comportements susceptibles de n'évincer que des concurrents moins efficaces que l'entreprise dominante.

Évidemment, dans certaines circonstances, l'exclusion d'un concurrent qui n'est pas (encore) aussi efficace que l'entreprise dominante peut être néfaste pour le bien-être des consommateurs et nécessite donc d'être sanctionnée et dissuadée. Cependant, les risques associés à un tel élargissement du champ de l'article 102 sont importants. D'abord, par crainte de poursuites, des entreprises en situation de dominance pourraient être dissuadées d'adopter des comportements, comme des prix bas, des rabais, des couplages, etc., qui peuvent accroître l'efficacité économique et/ou accroître l'intensité de la concurrence sans néanmoins faire courir à des entreprises aussi efficaces un risque d'éviction ou de marginalisation. Ensuite, une entreprise dominante ne sera pas en mesure de déterminer avec suffisamment de certitude si le comportement qu'elle entend adopter est de nature à évincer un concurrent moins efficace, puisqu'elle ne sait pas à quel point ce concurrent est moins efficace qu'elle, ni à quel point la Commission entend protéger ce concurrent moins efficace. Sa sécurité juridique en est donc réduite.

Ainsi, pour limiter les risques d'atténuation de la concurrence et de l'efficacité économique et pour permettre aux entreprises d'appréhender correctement la licéité ou l'illicéité des comportements qu'elles mettent en œuvre, la poursuite de comportements tarifaires qui n'entraîneraient pas de prix inférieurs à une mesure de coût doit être réservée à des circonstances spécifiques que la Commission doit, dans la mesure du possible, identifier dans ses lignes directrices. Il serait donc nécessaire que les lignes directrices précisent les cas dans lesquels il apparaît pertinent d'examiner l'efficacité des concurrents réels plutôt que celle d'un hypothétique concurrent aussi efficace. De plus, la Commission devrait expliquer quels sont les comportements qu'une entreprise dominante, placée dans des circonstances où les concurrents moins efficaces qu'elle seront considérés comme dignes de protection par l'article 102, pourra adopter sans commettre une infraction.

**Deuxièmement**, si le Projet mentionne effectivement que « *si l'entreprise dominante présente des éléments de preuve selon lesquels le comportement n'est pas susceptible de produire des effets d'éviction, la Commission appréciera ceux-ci* »<sup>60</sup>, l'AFEC regrette que ne soit pas spécifiquement mentionné au sein du Projet l'obligation pour la Commission d'évaluer et, le cas échéant, de prendre en

---

<sup>58</sup> Point 57.

<sup>59</sup> Point 57.

<sup>60</sup> V. par ex. le point 83 du Projet.

compte les tests prix-coût qui auraient été produits en défense par des entreprises. Cette absence est d'autant plus regrettable que la Cour de Justice a récemment précisé que cette obligation s'imposait non seulement en matière de pratiques tarifaires mais également, sous certaines conditions (lorsque les éléments du comportement autres que le prix peuvent être quantifiés de manière fiable), en matière de pratiques non tarifaires<sup>61</sup>. Une valeur probante est donc reconnue à ce test, notamment lorsque les entreprises s'en prévalent (il ne peut ainsi être écarté sans examen). Une telle mention aurait constitué un gage de sécurité juridique supplémentaire pour les entreprises en leur garantissant qu'un test qui aurait été produit en défense et présenterait un résultat contraire aux allégations des autorités ne puisse pas être ignoré par les autorités dès lors que les données et la méthode sur lesquelles il se fonde sont suffisamment pertinentes.

**Troisièmement**, l'AFEC regrette que la possibilité d'utiliser le test du concurrent aussi efficace pour l'analyse de pratiques non-tarifaires soit reléguée en note de bas de page. Dans son arrêt Unilever, la Cour, qui a mentionné une telle possibilité, l'a fait dans le corps du texte, et non en note de bas de page. Reléguer une telle possibilité en note de bas page laisse à entendre aux entreprises que cette possibilité ne serait effective que de manière exceptionnelle ou dans un nombre limité de cas. Or, de telles réserves ne sont pas fondées, la Commission devant évaluer et, le cas échéant, prendre en compte l'ensemble des éléments présentés par les entreprises dominantes pour leur défense. A cet égard, l'arrêt Google de la Cour de Justice (rendu en grande chambre) ayant laissé entendre qu'il y avait des cas dans lequel le recours au test était « pertinent », et d'autres non, il serait utile que le Projet délimite plus clairement plus clairement le champ d'application du test (cf. également le « *cinquièmement* » ci-dessous).

**Quatrièmement**, l'AFEC observe que le test prix-coût (ou test du concurrent aussi efficace) n'est pas mentionné lorsque le Projet énumère les éléments à prendre en considération lorsque la capacité d'éviction d'un rabais d'exclusivité est analysée. Pourtant, ce test peut fournir un « benchmark » pertinent pour apprécier si le montant ou la valeur des incitations accordées en contrepartie de l'exclusivité, mentionnées par le Projet pour évaluer l'effet d'éviction d'un rabais d'exclusivité, sont suffisamment élevés pour entraîner ou contribuer à un effet d'éviction et/ou une violation de la concurrence par les mérites. A l'inverse, ne pas mentionner ce test sous-entend qu'il ne serait pas un élément pertinent. Nous considérons que s'il peut exister des circonstances dans lesquelles la pertinence d'un test peut être relativisée, à l'inverse, il existe des circonstances dans lesquelles un tel test est pertinent, y compris dans le cas de rabais d'exclusivité. Il n'y a donc aucune raison de l'exclure a priori, comme l'a confirmé le récent arrêt Intel de la Cour<sup>62</sup>. A tout le moins, le Projet devrait faire apparaître plus clairement les raisons pour lesquelles une telle mise en retrait du test s'imposerait.

**Cinquièmement**, s'agissant des rabais conditionnels qui ne pourraient être qualifiés de rabais d'exclusivité, la Commission considère que pour démontrer que de tels rabais sont anticoncurrentiels, il peut être approprié d'utiliser un test prix-coût, la question de savoir si un test prix-coût est approprié et peut être appliqué dépendant des circonstances de l'espèce<sup>63</sup>. L'AFEC juge qu'il serait nécessaire d'explicitier plus avant les circonstances susceptibles de rendre un tel test prix-coût inapproprié. En effet, les entreprises susceptibles de se trouver en position dominante fondent fréquemment leur politique de rabais sur des tests prix-coûts. Il serait donc judicieux de préciser les circonstances dans lesquelles un tel test serait inadapté.

---

<sup>61</sup> CJUE 19 janv. 2023, Unilever, aff. C-630/20, points 59 et 60.

<sup>62</sup> CJUE, 24 octobre 2024, Intel/Commission, C-240/22 P, EU :C :2024 :915, points 180 et suivants.

<sup>63</sup> Point 143 du Projet.

## 5. Définition de concepts clés

Contrairement à l'objectif affiché par la Commission d'assurer l'application de l'article 102 TFUE « *de manière prévisible et transparente afin que les entreprises puissent mener librement leurs activités au sein du marché intérieur* »<sup>64</sup>, la lecture globale du Projet de communication donne l'impression d'un guide incomplet. En effet, la Commission manque de clarté dans l'énoncé de concepts importants et fait parfois preuve d'un certain manque de pédagogie.

### 5.1. Définition de la pratique d'éviction abusive

Le Projet de communication présente l'intérêt de tenter une définition de la notion de « pratique d'éviction abusive », qui était déjà utilisée comme titre de l'actuelle communication<sup>65</sup> mais sans être définie. Le paragraphe 6 énonce clairement que les entreprises dominantes, qui sans justification objective « *peuvent causer préjudice aux consommateurs en faisant obstacle, par le recours à des moyens ou à des ressources différents de ceux qui gouvernent une compétition normale, au maintien du degré de concurrence existant sur le marché ou au développement de cette concurrence* », ont un comportement qualifié de pratique d'éviction abusive.

### 5.2. Absence de définition de la « concurrence par les mérites »

A contrario, le terme de concurrence par les mérites, érigé en critère décisif pour qualifier un comportement comme abusif (le terme est utilisé 40 fois dans le Projet de communication), n'est pourtant jamais défini autrement que par des citations de jurisprudences et la formule suivante assez peu explicite : « *la notion de concurrence par les mérites couvre un comportement relevant d'une concurrence normale fondée sur les performances des opérateurs économiques et se réfère, en principe, à une situation de concurrence dont les consommateurs tirent profit par des prix moins élevés, une qualité meilleure et un choix plus vaste de biens et services nouveaux ou plus performants* »<sup>66</sup>.

Les jurisprudences citées en note de bas de page n°107 ne sont d'ailleurs pas très explicites. Celle du 12 janvier 2023, Lietuvos geležinkeliai/Commission<sup>67</sup>, n'établit pas de lien avec la notion de concurrence par les mérites, même si le comportement examiné relève sans aucun doute de cette catégorie. Il en est de même de l'arrêt du Tribunal cité à propos de l'affaire ITT Promedia / Commission du 17 juillet 1998, T-111/96, qui vise un paragraphe qui définit ce qu'est la notion d'exploitation abusive. La définition est classique et vise un comportement qui fait obstacle à une compétition normale<sup>68</sup>.

Finalement, le Projet de communication ne donne pas de critères pour déterminer ce qu'est la concurrence par les mérites mais fournit uniquement une liste non exhaustive de facteurs que les juridictions de l'Union ont jugé pertinents pour évaluer si le comportement de l'entreprise dominante s'écarterait d'une concurrence par les mérites<sup>69</sup>. Les restrictions « non déguisées » sont également

---

<sup>64</sup> Projet de communication de la Commission - Lignes directrices sur l'application de l'article 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes (le « **Projet de communication** »), paragraphe 4.

<sup>65</sup> 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 du 24 février 2009.

<sup>66</sup> Paragraphe 51 du Projet de communication.

<sup>67</sup> C-42/21 P

<sup>68</sup> L'usage du terme abus d'exploitation abusive peut prêter à confusion dans la version française comme on le verra ci-après.

<sup>69</sup> Paragraphe 55 du Projet de communication.

considérées comme ne relevant pas de la concurrence par les mérites dans la mesure où elles n'ont pas d'intérêt économique pour l'entreprise dominante<sup>70</sup>.

En outre, le paragraphe 57 brouille la frontière entre ce qui peut être qualifié de concurrence par les mérites et ce qui ne le peut pas. En effet, d'après ce paragraphe, un comportement, qui ne s'écarterait pas de la concurrence par les mérites à première vue pourrait quand même entrer dans cette catégorie en raison de « *circonstances spécifiques* ». Ces dernières sont la dynamique du marché, l'étendue de la position dominante et une catégorie très large visant « *les caractéristiques spécifiques du comportement en cause* ». Comme expliqué supra, la présentation de ces circonstances spécifiques est beaucoup trop vague pour être utile. D'une entreprise dominante à une autre et d'un marché à l'autre, une même pratique pourrait être considérée ou non comme étant contraire à l'article 102 TFUE. L'objectif de prévisibilité et de sécurité juridique sera difficilement atteint pour les entreprises.

L'objectif de rapidité des procédures et d'adaptation du droit aux situations variées des marchés et des opérateurs économiques ne doit pas se faire au détriment de la sécurité juridique des entreprises. L'absence de définition précise empêchera les entreprises dominantes de sécuriser leurs pratiques parfois pro-concurrentielles.

### 5.3. La disparition du critère du « concurrent aussi efficace »

Alors que l'actuelle communication avait axé son raisonnement sur le fait que l'article 102 TFUE devait être appliqué pour protéger des concurrents aussi efficaces que l'entreprise dominante, cette notion semble parfois disparaître du Projet de communication bien qu'elle soit généralement intégrée dans les tests prix-coûts. Cette notion, pourtant utilisée par la jurisprudence la plus récente de la Cour de justice de l'Union européenne<sup>71</sup>, avait l'avantage d'être un critère objectif pour vérifier la licéité des comportements des entreprises en position dominante.

### 5.4. Objet anticoncurrentiel

L'AFEC s'étonne de ne trouver dans le Projet aucun développement consacré à la notion d'objet anticoncurrentiel appliquée à l'abus. Ce concept est pourtant désormais bien établi en matière d'abus même s'il manque de clarté. Celui-ci oscille en effet entre le but poursuivi par l'entreprise dominante si l'on se réfère à la jurisprudence du Tribunal<sup>72</sup>, ce qui n'est pas compatible avec le caractère objectif de l'infraction<sup>73</sup>, et le résultat prévisible du comportement comme l'illustre parfaitement la décision Irish Sugar précitée, ou plus récemment son degré de nocivité, en cohérence avec la notion d'objet anticoncurrentiel sous l'article 101 du TFUE, comme le suggère l'arrêt rendu par la CJUE dans l'affaire SuperLeague<sup>74</sup>.

Il aurait été utile que la Commission expose son approche de la notion d'objet à l'occasion de la publication de ses lignes directrices.

---

<sup>70</sup> Paragraphe 54 du Projet de communication.

<sup>71</sup> CJUE 19 janvier 2023, Unilever Italia Mkt Operations, C-680/20, points 39, 48 et 49 ; 12 mai 2022, Elettrico Nazionale e.a., C-377/20, point 71.

<sup>72</sup> Trib. UE, France Telecom/Commission, T-340/03, point 195 ; Intel, T-286/09, point 204.

<sup>73</sup> Voir sur ce point CJUE, 19 janvier 2023, Unilever Italia Mkt. Operations Sr/Autorita Garante della Concorrenza e del Mercato, C-680/20, point 45.

<sup>74</sup> CJUE, 21 décembre 2023, European Superleague Company SL, C-333/21, ECLI :EU :C :2023 :1011, point 186.

### 5.5. Imprécision de certains termes employés dans la version française du Projet

Par ailleurs, la version française du Projet de communication gagnerait en pédagogie en étant plus vigilante quant à l'usage du terme « *exploitation abusive* ». En effet, l'usage des notions « *d'exploitation abusive de position dominante* »<sup>75</sup> pour désigner les différentes formes d'abus de position dominante et « *d'exploitation abusive* »<sup>76</sup> pour désigner les comportements ayant un effet d'exploitation et non d'éviction ne permet pas une identification claire des concepts. Il pourrait être opportun, pour éviter toute confusion, d'user du seul terme « *d'abus de position dominante* » pour traduire la version anglaise de « *methods of abusing a dominant position* »<sup>77</sup>.

**Paris, le 31 octobre 2024**

---

<sup>75</sup> Par exemple, paragraphe 10 du Projet de communication.

<sup>76</sup> Par exemple, paragraphe 11 du Projet de communication.

<sup>77</sup> Paragraphe 8 du Projet de communication.

## **AFEC<sup>78</sup>'s submissions in response to the European Commission's consultation on its draft Guidelines on the application of Article 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings**

### **Introduction**

The French Association for the Study of Competition (AFEC) is an independent association created in 1952. It brings together specialists in competition law from all professions in this sector, professors of law and economics, magistrates, members of the Administration (DGCCRF), members of the Competition Authority, lawyers, in-house lawyers, representatives of professional unions, students.

AFEC is the French Group of the International League of Competition Law.

As part of its purpose, the AFEC formulates, thanks to the diversity of its representatives, technical observations on bills and draft texts of all kinds that are likely to have an impact on competition law.

A working group, composed of members of AFEC<sup>79</sup>, met to comment on the Commission's communication of 27 March 2023, on its priorities on exclusionary practices and on the principle of new guidelines on the same subject.

These comments on the Commission's draft guidelines on the application of Article 102 TFEU (the '**Draft**') are a follow-up to the comments that AFEC had made on the Policy Brief published by the Commission on 27 March 2023.

AFEC's comments will focus on the following:

1. The choice of guidelines as a legal instrument.
2. The characterization of the dominant position.
3. Presumptions of exclusionary effects.
4. The competitor's test as effective.
5. Definition of key concepts.

---

<sup>78</sup> Transparency Registry number: 026602848555-18.

<sup>79</sup> This working group was moderated by Michael Cousin (Addleshaw Goddard) and Etienne Pfister (RBB Economics). It included Mathieu Anne (Niddam Drouas), Arnaud Barrandon, Jeremy Bernard (CPC Associés), Louise Desnoyes, Jugwal Doyen (Addleshaw Goddard), Elisabeth Flaicher-Maneval (CMS Francis Lefebvre), Alya Guennoun (Maulin Avocats), Lisa Marty (Groupe La Poste), Sandro Lanna, Romain Maulin (Maulin Avocats), Nathalie Pétrignet (CMS Francis Lefebvre) and Jean-Christophe Roda (Université Jean Moulin Lyon 3).

## 1. Choice of guidelines as a legal instrument

The European Commission's aim with its 59-page Draft is *"to increase legal certainty in the interests of consumers and businesses, as well as national competition authorities and courts"*.<sup>80</sup>

Indeed, in principle, the adoption by the Commission of guidelines, which benefit from a very specific legal regime<sup>81</sup> under European case-law, is supposed to enable economic operators and their advisers to better anticipate practices that may constitute anticompetitive practices and, in the present case, an abuse within the meaning of Article 102 TFEU. However, in the present case, the choice, which is questionable according to AFEC, to use guidelines leads to the opposite of the expected result since certain aspects of the Project are likely to weaken the situation of economic operators by undermining their legal certainty.

More specifically, the Commission indicates, in its Draft, that it wishes to codify existing case-law by presenting the *"general principles"*<sup>82</sup> identified by the Court of Justice on the application of Article 102 of the TFEU.

However, the Commission introduces presumptions of exclusionary effects (see section 3 below) by postulating that certain conduct is, in its view, directly likely to lead to so-called abusive and, therefore, reprehensible exclusions. The Commission is therefore clearly going beyond its initial codification mission by creating, by means of a *soft law* instrument, law. By enacting new presumptions, it seems that the Commission is contravening the very purpose of guidelines which, for the administrative authority adopting them, lies in the objective of structuring and self-limitation so as not to increase its powers in a discretionary manner. The Commission cannot therefore misuse the procedures for adopting the rules of "hard" law. Indeed, as Judge Nils Wahl usefully pointed out, it is up to the European courts, and to them alone, to determine the meaning to be given to the incriminating provisions in matters of abuse of a dominant position<sup>83</sup>.

---

<sup>80</sup> EU Comm. Press release, *Commission seeks views on draft guidelines on abusive exclusionary practices*, August 1, 2024.

<sup>81</sup> Nicolas de Sadeleer, *Classification of non-binding legal acts of the European Union*, in *Les sources du droit revisited*, Vol 1: Normes internationales et constitutionnelles, Publication des Facultés Universitaires Saint-Louis, page 269: *'The Courts of the European Union have accepted the enforceability of the Guidelines against the Commission, considering that they lay down a rule of conduct, which is certainly indicative of the practice to be followed, but from which the Commission cannot depart without being penalised for a breach of general principles of law, such as equal treatment or the protection of legitimate expectations (see ECJ, 28 June 2005 Dansk Rørindustri and Others v Commission, case No. C-189/02 P and Others, pts 209 and 211). However, in individual cases, it is accepted that the Commission may depart from its guidelines by giving reasons compatible with the principle of equal treatment (see Trib. EU, 9 September 2015, Panasonic and MT Picture Display v. Commission, case. T 82/13, pt 168)'*.

<sup>82</sup> Draft, Point 15: *'Accordingly, these guidelines are structured as follows: - Section 2 describes the **General principles** applicable to the assessment of a dominant position; - Section 3 describes the **General principles** making it possible to determine whether the conduct of dominant undertakings is likely to constitute an abusive exclusionary practice; - Section 4 describes the **principles** making it possible to determine whether certain conduct of dominant undertakings in particular is likely to be abusive; - Section 5 describes the **General principles** applicable to the assessment of objective justifications and efficiencies which, under certain conditions, may justify or counterbalance the effects of conduct that may be abusive'* (emphasis added).

<sup>83</sup> Mlex, *Wahl warns of EU court's "slippery slope" on antitrust abuses and effect*, September 12, 2024: *"Whereas other Commission documents might set out enforcement priorities or breakdown how the Commission undertakes technical steps like market definition, the court's case law ought to clearly establish the law on dominance abuses"*.

Moreover, traditionally, *soft law* tools at most clarify the existing law and not create it. In addition, interpretative communications are, in the same way as guidelines, a *soft law* tool. Their particularity lies in the fact that they enable the Commission to indicate its interpretation of concepts which are not already defined in the legislation or by existing case-law<sup>84</sup>. According to Margarethe Vestager, the draft guidelines reflect the Commission's '*interpretation*' of the case-law on abuse of a dominant position and the Commission's practice<sup>85</sup>. On this basis, the AFEC considers that the choice of this legal tool seems inappropriate and that the Draft constitutes at most a "communication" or "guidelines". It should be noted that even in this case, the Commission does not have the competence to adopt new rules<sup>86</sup>.

## 2. Characterization of the dominant position

While recalling the presumption of a dominant position where the undertaking in question has more than 50% of the market share (section 2.1 below), the Commission seems to indicate that it is only below a market share threshold of 10% that a dominant position can be excluded (except in exceptional circumstances) – section 2.2 below. It is also noted that there are no economic indicators useful for assessing a dominant position (section 2.3 below).

### 2.1. Beyond 50% market share

The Project recalls the presumption of a dominant position in the event that a company holds more than 50% of the market share<sup>87</sup>. This presumption facilitates the characterization of the dominant position by the competition authorities or the applicants by reducing the evidence in this area.

It is through the Hoffmann-La Roche case law that the Court of Justice affirmed the possibility of presumption of a dominant position when a company has "*extremely important*"<sup>88</sup> market shares. In its Akzo judgment, the Court held that a market share of 50% could be regarded as an extremely large market share, sufficient to presume a dominant position<sup>89</sup>. In addition, in its judgment in Hilti v Commission, the General Court held that a market share of between 70% and 80% was a clear indication of the existence of a dominant position on a relevant market<sup>90</sup>.

Although the Draft merely repeats the case law of the Court of Justice, its approach is much less nuanced than that of the Commission's guidelines on Article 102<sup>91</sup>. The latter state that "*market shares provide the Commission with a useful initial indication of the structure of the market and the relative importance of the undertakings active in it* [8: Case 85/76 Hoffmann-La Roche & Co. v Commission

---

<sup>84</sup> Guillaume Perret, Guidelines, *Competition Law Dictionary*, Concurrences, art. n°12286.

<sup>85</sup> Margarethe Vestager, Commissioner for Competition, on the publication of the Guidelines: [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/ov/ip\\_24\\_3623](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/ov/ip_24_3623).

<sup>86</sup> Nicolas de Sadeleer, *Classification of non-binding acts of EU law*, in Les sources du droit revisited, Vol 1: Normes internationales et constitutionnelles, Publication des Facultés Universitaires Saint-Louis, page 269: "*These acts may not deviate from the binding provisions. The Commission cannot short-circuit the procedures for the adoption of regulatory acts. A priori the Commission is not competent to adopt, in the form of a communication interpreting the case law of the Court of Justice, new rules that would go beyond the obligations under EU law existing and which would produce legal effects for the Member States*" (emphasis added).

<sup>87</sup> Point 26.

<sup>88</sup> CJEU, 13 February 1979, Hoffmann-La Roche & Co. AG v Commission, 85/76, para. 41.

<sup>89</sup> CJEU, 3 July 1991, Case C-62/86 Akzo v Commission, para. 60.

<sup>90</sup> 12 Dec 1991, Hilti v Commission, T-30/89, EU:T:1991:70.

<sup>91</sup> Communication from the European Commission, Guidelines on the Commission's priorities for the application of Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary practices by dominant undertakings, published in the Official Journal of the European Union on 24 February 2009, C 45/7, paragraph 13.

[1979] ECR 461, paragraphs 39-41; Case C-62/86 AKZO v Commission [1991] ECR I-3359, Point 60; Case T-30/89 Hilti v Commission [1991] ECR II-1439, Points 90-92; Case T-340/03 France Télécom v Commission [2007] ECR II-107, Point 100.] ECR II-107. It will, however, interpret market shares in the light of the conditions prevailing on the relevant market, and in particular the dynamics of the market and the degree of product differentiation".

This more economic approach to the concept of market shares was reflected in judgments subsequent to the Hoffmann-La Roche and Akzo case-laws. For example, in its judgment of 6 December 2012, AstraZeneca, the Court used the body of evidence and not a presumption of a dominant position, even though the market shares of the dominant company were very high<sup>92</sup>.

Point 26 of the Draft should not be read as a presumption depriving the defendant undertakings of any means of contesting the existence of a dominant position. Indeed, the market shares – even above 50% – of a single company are not sufficient to account for the competitive dynamics of a market. As the Draft recalls, it must be compared in particular with competitors' market shares<sup>93</sup>, the absence of barriers to expansion and entry,<sup>94</sup> or countervailing buyer power<sup>95</sup>. These factors should also make it possible to characterize, if necessary, a dominant position below 50%.

## 2.2. Below 50% market share

The Commission has not included in its Draft the statement contained in its guidelines on Article 102 that it is unlikely that a company with less than 40% of the market share will be in a dominant position<sup>96</sup>.

The Commission now simply states that '*a dominant position may also be found where an undertaking has a market share of less than 50%*' (Point 26). This position seems in fact to be in line with the United Brands judgment<sup>97</sup> in which the existence of a dominant position was found with a market share of between 40% and 45%. However, such a scenario required that factors other than the market share of the undertaking concerned, such as the power and number of competitors, were taken into account.

In addition, the Commission merely mentions, in footnotes, the Court's position in the Metro judgment that a market share of 10% precludes the characterisation of a dominant position, except in exceptional circumstances<sup>98</sup>.

---

<sup>92</sup> CJEU 6 December 2012 C-457/10 P, AstraZeneca, paras. 176-177.

<sup>93</sup> Point 27 of the Draft.

<sup>94</sup> Points 29 to 32 of the Draft.

<sup>95</sup> Point 33 of the Draft.

<sup>96</sup> Communication from the European Commission, Guidelines on the Commission's priorities for the application of Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary practices by dominant undertakings, published in the Official Journal of the European Union on 24 February 2009, C 45/7, paragraph 14: "*The Commission considers that modest market shares are generally a good indicator of the absence of strong market power. It knows from experience that if the company's market share is less than 40% of the relevant market, it is unlikely to be in a dominant position there. There may, however, be cases below that threshold in which competitors are not able to effectively restrain the conduct of an undertaking in a dominant position, in particular where they are faced with severe capacity limitations. These cases also seem to deserve the Commission's attention.*"

<sup>97</sup> Judgment of 14 February 1978, United Brands and United Brands Continental v Commission, 27/76, EU:C:1978:22, paragraphs 108 and 109

<sup>98</sup> Judgment of the Court of Justice of the European Union of 22 October 1986, Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG v Commission of the European Communities, Case 75/84: "*although the market share held by an undertaking is not necessarily the only criterion for the existence of a dominant position, it can nevertheless be rightly concluded that market shares as small as those held by SABA exclude, in a market for highly technical products which are easily*

In this regard, two observations can be made. On the one hand, it would have been useful if the Project had provided examples of facts or situations that could be described as "*exceptional circumstances*". Secondly, it would have been useful for the Commission to maintain the finding of a low probability of the existence of a dominant position below 40%. Otherwise, the Commission may lead undertakings with such a large market share to believe that the characterisation of their possible dominant position would be carried out without identifying the particular circumstances justifying the conclusion that an undertaking with a relatively small market share (less than 40%) could hold a dominant position. In addition, these specific circumstances in which a firm with a market share of less than 40% would be considered dominant should be specified by the Project.

### 2.3. The need to allow the use of New Industrial Economy (NIE) indicators to characterise the dominant position.

The Commission does not clarify the use of new tools developed by the New Industrial Economy. In order to ensure the articulation between legal and economic arguments, it would have been useful for the Commission's guidelines to enlighten the parties on the use of new economic indicators.

The characterization of the dominant position always requires an interest in economic indicators. The Commission mentions some of them. Market shares are a reliable indicator on the basis of which the Commission bases a new presumption of dominance<sup>99</sup>. The existence of barriers to entry and expansion, as well as countervailing buyer power, are also indicators of a possible dominant position. The SSNIP test, which is used to delineate the relevant markets, is mentioned only with reservations because it is unsuitable for certain situations where the dominant undertaking already sets its price at the maximum price at which the consumer is willing to buy the product<sup>100</sup>. However, no other indicator of the new industrial economy is proposed to characterise the dominant position.

However, there are other indicators that can help characterize the existence (or absence) of a dominant position, such as performance indicators (margins, profitability) or, more broadly, the ability of a company to price above marginal cost (Lerner's index) due to the inability of consumers to switch to substitutable products. The characterization of the dominant position requires, if necessary, to leave room for these economic indicators in the legal reasoning<sup>101</sup>.

## **3. Presumptions of exclusionary effects**

In section 3.3.1. of the Project, which deals with the burden of proof to demonstrate the capacity of a conduct to produce exclusionary effects, the Commission distinguishes three categories of conduct: (i) those for which it is necessary to demonstrate their capacity to produce exclusionary effects, (ii) those presumed to have exclusionary effects and (iii) naked restrictions.

AFEC wishes to make several observations concerning the conduct for which presumptions are made to different degrees, namely categories (ii) and (iii) above.

---

*interchangeable in the eyes of the vast majority of buyers, the existence of a dominant position, except in special circumstances, the presence of which has not been established in the present case".*

<sup>99</sup> See above.

<sup>100</sup> Footnote 32 of the Project.

<sup>101</sup> See the OECD's work on this subject: Secretariat of the Organisation for Economic Co-operation and Development, *Methods used to measure competition in the market*, June 11, 2021, 58 pages, available on [oecd.org](http://oecd.org), accessed October 10, 2024.

### 3.1. Conducts presumed to lead to exclusionary effects

The Draft establishes a presumption of exclusionary effects in relation to five types of conducts<sup>102</sup>. According to the Commission, in the case of such conducts, and if the wording of footnote 131 is understood correctly, the burden of proof of the exclusionary effect is reversed in favour of the Commission. It is then for the defendant undertaking implementing such conduct to demonstrate the absence of such effects.

The AFEC is not against the use of presumptions in competition law. However, to be acceptable, a presumption must essentially meet two criteria. On the one hand, it must be based on a robust assessment based on the experience of the Commission, the judgments of the General Court and the Court of Justice of the European Union, economic theory and even common sense<sup>103</sup>. Second, the criteria for the application of a presumption must be sufficiently precise for that presumption to fulfil the aims pursued. Indeed, the vaguer the conditions under which this presumption is established, the less it plays its role in terms of legal certainty and simplification of the work of the regulator and the judges.

The presumptions set out in the Draft give rise to two series of difficulties in this regard.

*The presumptions apply to certain conducts in respect of which it cannot be said that the Commission is relieved of the need to demonstrate their exclusionary effects*

This is the case, in the first place, with the exclusivity of supply, which the Project places on the same level as the exclusivities of purchase, whereas the effects of these two types of exclusivities cannot be confused from a competitive standpoint<sup>104</sup>. The harmful effects of exclusive supply is not systematic, and it cannot be presumed that it produces exclusionary effects.

It should be recalled that in its 2009 guidelines<sup>105</sup>, the Commission did not address in detail the exclusivity of supply. Far from laying down a principle of presumption, the Commission noted in a footnote: *"The Commission considers that this foreclosure of inputs is in principle likely to lead to anticompetitive foreclosure if the exclusive supply obligation or the incentive binds most efficient suppliers of inputs and if the companies competing with the dominant undertaking are unable to find other efficient sources of supply of inputs"*<sup>106</sup>. This effects-based analysis still appears to be relevant and the AFEC questions the nature and validity of the reasons that led the Commission to depart from it in favour of a formalistic approach that does not find an echo in the European case law.

As regards exclusive purchases, it must be noted that the Court's case-law does not in any way confirm the existence of the presumption of exclusionary effects that the Draft attaches to them.

In a judgment delivered on September 18, 2024, the General Court of the European Union annulled the European Commission's decision to sanction Google for abuse of a dominant position in a case relating to the operation of the advertising intermediation platform AdSense. In that decision, the General Court

---

<sup>102</sup> Section 3.3.1. (b) exclusive supply or purchasing agreements, exclusivity rebates, predatory pricing, margin squeeze in the event of a negative spread, and certain forms of tying.

<sup>103</sup> OECD, Protection Regimes and Legal Presumptions in Competition Law, DAF/COMP(2017)9, 27 November 2017, pp. 18-19.

<sup>104</sup> Point 80.

<sup>105</sup> EU Comm., Guidelines on the Commission's priorities for the application of Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary practices by dominant undertakings, OJEU No C45 of 24 February 2009, p. 7.

<sup>106</sup> Footnote 4.

of the European Union, on the question relating to the nature of an abuse of a dominant position, was manifestly reluctant to accept the principle of presumptions of abuse and thus criticised the Commission for not having sufficiently taken into account "*all the circumstances of the case*".<sup>107</sup>

Similarly, in its Intel judgment handed down on 26 January 2022<sup>108</sup>, the General Court of the European Union found that the Commission's decision in that case was vitiated by an error of law, precisely because the Commission had considered that, since exclusivity rebates were by nature anticompetitive, '*there was no need to demonstrate foreclosure capability in order to establish an infringement of Article 102 TFEU*'<sup>109</sup>. That recital of the General Court was confirmed by the Court of Justice<sup>110</sup>. It therefore does not seem accurate to treat purchase exclusivities, as the Draft does, as presumptions allowing the Commission to avoid demonstrating the effects of exclusion. Thus, contrary to the requirements laid down by the case-law, the Draft tends to develop pre-constructed models of reasoning, which can quickly lead to a discrepancy with the factual reality.

Secondly, as regards tying or bundling, it is difficult to perceive in the analytical framework detailed in Point 84 et seq. of the Draft the existence of a presumption. The Commission itself points out, rightly referring to the judgment in Microsoft<sup>111</sup>, that tying is capable of being abusive only where it is shown that it produces exclusionary effects. In point 95 of the Draft, the Commission states that in certain circumstances such an effect may be presumed. However, the case-law cited in the footnote does not in any way confirm the possibility of making such a presumption. Moreover, the language used by the Commission to justify its approach is not persuasive. It is apparent from point 95 of the draft that the Commission itself seems to indicate that the presumption of anti-competitive effects applies only in certain circumstances (which, moreover, would benefit from being better explained).

Thirdly, the European case-law on margin squeeze has not established a principle of presumption allowing a reversal of the burden of proof in favour of the Commission. Thus, in its judgment in Deutsche Telekom, not only did the General Court of the European Union not uphold the existence of a presumption but, on the contrary, it confirmed the Commission's obligation to demonstrate the existence of anticompetitive effects in the presence of a margin squeeze<sup>112</sup>. Similarly, in its judgment of 17 February 2011 in Telia Sonera, the Court merely laid down a principle of likelihood of anticompetitive effect in the presence of a negative price-cost test and indispensability of the input. It does not to the existence of a presumption<sup>113</sup>.

All in all, the grouping of the behaviours concerned within a category of behaviours presumed to produce exclusionary effects seems artificial. The Commission itself acknowledges in footnote 131 of the Draft that the use of the word "presumption" is in fact a shorthand encompassing a variety of analytical frameworks.

---

<sup>107</sup> Trib. EU, 18 September 2024, aff. T-334/19, paragraph 389: '*The Commission could not confine itself to finding, in order to establish an infringement of Article 102 TFEU, that the exclusivity clause contained in the ASGs concluded with the direct partners for all sites required the latter to obtain supplies exclusively from Google ... It also had to demonstrate that that clause had the capacity to restrict competition, taking into account all the relevant circumstances of the case, which, moreover, it did, in the alternative, in the contested decision*' (emphasis added).

<sup>108</sup> Trib. EU, 26 January 2022, Intel v Commission, T-286/09 RENV, EU:T:2022:19.

<sup>109</sup> Trib. EU, 26 January 2022, Intel v Commission, T-286/09 RENV, EU:T:2022:19, paragraphs 144 and 145.

<sup>110</sup> CJEU, 24 October 2024, Intel v Commission, C-240/22 P, EU:C:2024:915, paragraph 121.

<sup>111</sup> Trib. EU, 17 September 2007, Microsoft v Commission, T-201/04, EU:T:2007:289, paragraphs 925 et seq.

<sup>112</sup> Trib. EU, 10 April 2008, Deutsche Telekom AG v Commission, T-271/03, ECLI:EU:T:2008:101, paragraph 235.

<sup>113</sup> CJEU, 17 February 2011, Konkurrentverket v Telia Sonera Sverige AB, C-52/09, ECLI:EU:C:2011:83, paragraph 71.

This generalization of the concept of presumption to situations not qualified as such in case law is problematic. The Commission's guidelines are intended to serve as an analytical guide for the national authorities and courts in charge of the implementation of the competition rules. They will also serve as a basis for self-assessment of companies' behaviour. By setting out presumptions in situations where they have not been established by the case-law, they risk directing their assessment in a more formalistic direction while deterring undertakings from adopting certain conducts.

*The way in which the Draft considers the very notion of presumption is open to criticism*

The concept of presumption, as envisaged by the Draft, is not only conceived as a reversal of the burden of proof. The Commission also states that the existence of a presumption determines the strength of the evidence to be provided by the defendant undertaking in order to rebut the presumption.

Thus, point 60(b) of the Draft states that the conduct concerned by the presumption is "*strongly*" likely to produce exclusionary effects. The Commission continues, in the penultimate paragraph of that point, by stating that the evidence adduced by the defendant undertaking must "*reflect the fact that the conduct in question is highly likely to produce exclusionary effects, in the context of the overall assessment of the body of evidence carried out in the light of all the relevant legal and economic circumstances*" (emphasis added).

This qualification of the standard of proof to be provided in order to rebut the presumptions established by the Bill does not seem to find an echo in the European case law. On the contrary, as regards, for example, exclusivities, according to the Intel judgment<sup>114</sup> referred to by the Commission in the Draft<sup>115</sup>, it is sufficient for the defendant undertaking to adduce evidence that its conduct did not have the capacity to restrict competition in order to oblige the Commission to rule on the effects of the practice. The Court does not in any way mention the existence of a reinforced standard of proof that would apply to the undertaking in this situation.

### 3.2. Naked restrictions

The Commission defines so-called "*naked*" restrictions as conducts that "*have no economic interest for a dominant undertaking other than that of restricting competition*". According to the Commission: "[t]hese types of conduct may, by their very nature, restrict competition. It is only in very exceptional cases that a dominant undertaking will be able to prove that, in the specific circumstances of the case, the conduct was not capable of producing exclusionary effects". Finally, the Commission offers three examples of naked restrictions from the Irish Sugar<sup>116</sup>, Intel<sup>117</sup> and Lietuvos gelezinkeliai v Commission (Baltic Rail)<sup>118</sup> case-law.

The Commission seems to want to apply to naked restrictions a principle of reinforced presumption of anticompetitive effects. It refers only to the evidence that the company may provide of the absence of exclusionary effects, while stressing that this proof will only be effective in exceptional cases. It would have been preferable, for the sake of readability, for the Commission to express its approach more directly. With this in mind, AFEC would like to make the following observations.

---

<sup>114</sup> CJEU, 6 September 2017, Intel v Commission, C-413/14P, EU:C:2017:632), paragraph 138.

<sup>115</sup> Paragraph 83.

<sup>116</sup> Trib. EU, 7 October 1999, Irish Sugar v Commission, T-228/97, EU:T:1999:246.

<sup>117</sup> Trib. EU, 26 January 2022, Intel Corp. v Commission, T-286/09 RENV, EU:T:2022:19.

<sup>118</sup> CJEU, 12 January 2023, Lietuvos gelezinkeliai v Commission, C-42/21P, EU:C:2023:12.

*The approach advocated by the Draft does not appear to be in line with the Court's case-law and the Commission's decision-making practice*

Indeed, in its 1997 Irish Sugar decision, which corresponds to the second example of a naked restriction provided by the Draft, the Commission had stated the following: "*The object and effect of this action was to protect Irish Sugar's position in Ireland and thus to restrict competition in the market to the detriment of consumers*" (emphasis added).<sup>119</sup> The same decision states that these practices "*had the purpose (as in Napier Brown/British Sugar) or foreseeable result of precipitating the elimination of competitors from the market*" (emphasis added).<sup>120</sup> The Court subsequently rejected the applicants' arguments that the object thus characterised confusion with the effect of the practices, pointing out that Article 102 "*does not distinguish between the object and the effect*" and that the Commission had in any event characterised the effects of the practices<sup>121</sup>.

A similar reasoning can be applied to the first example of a naked restriction cited by the Project and derived from the Intel case-law. In its judgment of 12 June 2014, the General Court noted that the Commission relied, in order to fine the restrictions at issue, on circumstances confirming their ability to restrict competition<sup>122</sup>.

As regards, moreover, the Baltic Rail case, which inspired the third example of naked restriction cited in the Draft, it should be noted that the Commission, in its decision, devoted considerable attention to characterising the potential effects of the practice on competition<sup>123</sup>.

*The criteria for defining naked restrictions adopted by the Project are ambiguous and should refer to the object of the practices*

The criteria used by the Commission to try to define the naked restrictions are not without ambiguity.

The Commission has chosen to refer to their lack of economic interest, whereas that criterion, which is found in cases involving predatory behaviour<sup>124</sup>, is not the one used in the cited case-law.

It would have seemed more appropriate to make the link between naked restrictions and the concept of anti-competitive object in the context of abuse. In this regard, it should be recalled that the example from the Irish Sugar case-law, cited by the Commission, had precisely been characterised as having an anti-competitive object by the Commission<sup>125</sup>. The same is true for the naked restrictions penalised by the Commission in its Intel decision<sup>126</sup>.

---

<sup>119</sup> EU Comm. 14 May 1997 relating to a proceeding under Article 86 of the EC Treaty (IV/34.621, 35.059/F-3 — Irish Sugar pic), paragraph 122.

<sup>120</sup> Paragraph 158.

<sup>121</sup> Paragraph 170 of the judgment.

<sup>122</sup> Trib. EU, 12 June 2014, T-286/09 Intel Corp., para. 211 et seq.

<sup>123</sup> EU Comm., 2 October 2017, Baltic Rail, AT.39813, paragraphs 202 et seq.

<sup>124</sup> CJEU, 12 May 2022, Servizio Elettrico Nazionale SpA and Others v Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato and Others, C-377/20, ECLI:EU:C:2022:379, paragraph 77.

<sup>125</sup> CJEU, Irish Sugar, paragraph 170.

<sup>126</sup> EU Comm., 13 May 2009, Intel, COMP/C-3/37.990, paragraph 1643 (confirmed by the General Court, T-286/09, paragraph 204)

Such a reminder of the concept of object would have provided the Commission with the opportunity to clarify its understanding of that concept.

**In conclusion**, the choice to place naked restrictions in the list of practices presumed to have an exclusionary effect may be interpreted as reflecting a desire to avoid any demonstration of the actual or potential effects of the practices in question and thus to establish a category of practices penalised *per se*.

It is obvious that naked restrictions have a high level of seriousness. They consist of a dominant operator directly handicapping its competitors. It can thus be argued that common sense dictates that its anti-competitive effects should be presumed. However, such an approach seems both unnecessary and dangerous. Unnecessary because in the presence of behaviour that clearly tends to exclude a competitor, the demonstration of the – even potential - exclusionary effects should not present any difficulty. Thus, it does not seem necessary to further facilitate the Commission's task by means of a presumption. The approach advocated by the Commission is also dangerous because the definition of a category of behaviour sanctioned *per se*, illustrated simply by examples in the Guidelines and not defined by means of a criterion validated in case law, may encourage the development, for other behaviours, of a formalistic approach to abuse, guided more by a certain conception of fairness than by an objective analysis of the actual or potential effects.

#### **4. The As Effective Competitor (or "AEC") Test**

In the Draft, the Commission refers to a "*price-cost test*". There is never any reference to an AEC test. However, the Commission does consider that this test is generally based on the costs of the dominant undertaking<sup>127</sup>. At least in that sense, the price-cost test mentioned by the Commission is therefore an AEC test. However, since the case law frequently refers to such a test, it would be preferable to refer to it. It would also be useful to distinguish between, on the one hand, the price-cost/AEC test itself, and, on the other hand, the AEC principle, as it seems to emerge today in the case-law. This notional effort is all the more necessary since this AEC principle now appears to be one of the important criteria for characterising what constitutes a behaviour which is contrary to competition on the merits. It would also be appropriate to clarify the operational scope of such a principle, which now seems to have a very general scope in the Court's recent case-law (as shown by the recent judgments in European Super League or Google), whereas the guidelines seem to make it only one "factor" among others in a non-hierarchical list<sup>128</sup>.

##### 4.1. The place of the competitor test as efficient (or price-cost test) in the Project

In the Draft, the Commission explains that it is only in the case of certain pricing practices, namely predatory pricing and margin squeeze, that a price-cost test is necessary to determine whether the conduct of a dominant undertaking deviates from competition on the merits<sup>129</sup>.

On the other hand, the Commission also explains that a price-cost test is generally inappropriate for assessing whether non-pricing practices deviate from competition on the merits<sup>130</sup>. However, it states in

---

<sup>127</sup> See in particular paragraphs 109-110, 117, 124 and 133.

<sup>128</sup> Point 55.

<sup>129</sup> Point 56.

<sup>130</sup> Point 56.

a footnote that the relevance of a price-cost test cannot be automatically ruled out where the elements of conduct other than price can be reliably quantified<sup>131</sup>.

Nor does the Commission refer to that test when presenting the legal test applicable to exclusivity agreements and rebates<sup>132</sup>. It points out, however, that in situations where an assessment is made of the ability of exclusivity rebates to produce exclusionary effects, the amount or value of the incentives granted in return for the exclusivity may be particularly relevant to take into account<sup>133</sup>.

As regards rebates which cannot be classified as exclusivity rebates, the Commission considers that to demonstrate their anticompetitive nature, it may be appropriate to use a price-cost test, the question whether a price-cost test is appropriate and can be applied depending on the circumstances of the case<sup>134</sup>.

Finally, the Commission considers that *'conduct which, prima facie, does not deviate from competition on the merits (e.g. setting prices above the average total cost or 'CTM') and therefore does not normally infringe Article 102 TFEU may, in specific circumstances, be considered to deviate from competition on the merits, on the basis of an analysis of all legal and factual elements, including: (i) market dynamics; (ii) the extent of the dominant position; and (iii) the specific characteristics of the conduct at issue'*<sup>135</sup>.

#### 4.2. Comments by AFEC

AFEC's comments on the role that the Draft intends to give to the AEC test are as follows.

**First**, AFEC considers that the circumstances in which a pricing practice, in particular a predation or a margin squeeze, that would pass the price-cost test (i.e., the prices or rebates charged by the dominant operator could be replicated by an equally efficient competitor without incurring any losses) could nevertheless deviate from competition on the merits need to be <sup>136</sup>clarified.

The presentation of those circumstances is, as it stands, far too vague to constitute a useful guide for dominant undertakings or for complainants. This is an important point, since it seems to indicate that Article 102 could also apply to conduct which is likely to foreclose only competitors that are less efficient than the dominant undertaking.

Obviously, in certain circumstances, the exclusion of a competitor who is not (yet) as efficient as the dominant undertaking can be harmful to the welfare of consumers and therefore needs to be sanctioned and deterred. However, the risks associated with such an expansion of the scope of section 102 are significant. First, for fear of prosecution, dominant firms may be deterred from engaging in behaviours, such as low prices, rebates, couplings, etc., which may increase economic efficiency and/or increase the intensity of competition without putting equally efficient firms at risk of foreclosure or marginalisation. Second, a dominant undertaking will not be able to determine with sufficient certainty whether the conduct which it intends to adopt is such as to foreclose a less efficient competitor, since it does not know to what extent that competitor is less efficient than it is, or to what extent the Commission intends to protect that less efficient competitor. Its legal certainty is therefore reduced.

---

<sup>131</sup> Footnote 128.

<sup>132</sup> Points 78 et seq.

<sup>133</sup> Point 83(c).

<sup>134</sup> Point 143.

<sup>135</sup> Point 57.

<sup>136</sup> Point 57.

Thus, in order to limit the risks of reducing competition and economic efficiency and to enable undertakings to properly understand the lawfulness or illegality of the conduct which they implement, the pursuit of pricing conduct which does not result in prices below a cost measure must be reserved for specific circumstances which the Commission must, where possible, identify in its guidelines. It is therefore necessary for the Guidelines to specify the cases in which it appears relevant to examine the efficiency of actual competitors rather than that of a hypothetical equally efficient competitor. In addition, the Commission should explain what conduct a dominant undertaking, placed in circumstances where less efficient competitors will be considered worthy of protection under Article 102, will be able to engage without committing an infringement.

**Secondly**, although the Draft does indeed state that *“if the dominant undertaking presents evidence that the conduct is not likely to produce exclusionary effects, the Commission will assess that evidence”*<sup>137</sup>, AFEC regrets that the Draft does not specifically mention the Commission's obligation to assess and, where appropriate, take into account the price-cost tests that would have been produced in defence by the undertaking. This absence is all the more regrettable since the Court of Justice has recently clarified that this obligation applies not only to pricing practices but also, under certain conditions (where elements of conduct other than price can be reliably quantified), to non-pricing practices<sup>138</sup>. This test is therefore recognised as having a probative value, particularly when companies rely on it (it cannot therefore be dismissed without having been examined). Such a reference would have constituted an additional guarantee of legal certainty for undertakings by guaranteeing them that a test which has been produced in defence and shows a result contrary to the regulators' allegations could not be ignored by the regulators where the data and the method on which it is based are sufficiently relevant.

**Third**, AFEC regrets that the possibility of using the AEC test for the analysis of non-pricing practices is relegated to a footnote. In its judgment in *Unilever*, the Court, which referred to such a possibility, did so in the body of the text, not in a footnote. Relegating such a possibility to a footnote suggests that this possibility would only be available in exceptional cases or in a limited number of cases. Yet, such reservations are unfounded, since the Commission must assess and, where appropriate, take into account all the evidence submitted in defence by the dominant undertaking. In this respect, since the the Court of Justice's *Google* judgment (delivered in Grand Chamber) suggested that there are cases in which the use of the test is "relevant", and others not, it would be useful if the Draft delineated the scope of the test (see also the "*fifth*" below).

**Fourth**, AFEC notes that the price-cost test (or AEC test) is not mentioned when the Draft lists the factors to be considered when assessing the foreclosure effect of an exclusivity rebate. However, this test can provide a relevant benchmark for assessing whether the amount or value of the incentives granted in return for the exclusivity, mentioned by the Project to assess the exclusionary effect of an exclusivity rebate, are high enough to lead to or contribute to an exclusionary effect and/or a violation of competition on the merits. Conversely, not mentioning this test implies that it would not be a relevant element. We consider that while there may be circumstances in which the relevance of a test can be put into perspective, conversely, there are circumstances in which such a test is actually relevant, including in the case of exclusivity rebates. There is therefore no reason to exclude it *a priori*, as confirmed by the Court's recent judgment in *Intel*<sup>139</sup>. At the very least, the Draft should make clearer the reasons why the test would not be necessary or relevant.

**Fifth**, as regards conditional rebates which cannot be classified as exclusivity rebates, the Commission considers that in order to demonstrate that such rebates are anti-competitive, it may be appropriate to

---

<sup>137</sup> See, e.g., paragraph 83 of the Draft.

<sup>138</sup> CJEU 19 Jan. 2023, *Unilever*, aff. C-630/20, paragraphs 59 and 60.

<sup>139</sup> CJEU, 24 October 2024, *Intel v Commission*, C-240/22 P, EU:C:2024:915, paragraph 180 et seq.

use a price-cost test, the question whether a price-cost test is appropriate and can be applied depending on the circumstances of the case<sup>140</sup>. AFEC considers that it would be necessary to further explain the circumstances that could make such a price-cost test irrelevant. Indeed, undertakings likely to find themselves in a dominant position frequently determine their rebate policy on the basis of price-cost tests. It would therefore be helpful to specify the circumstances in which such a test would be inappropriate.

## 5. Defining Key Concepts

Contrary to the Commission's stated objective of ensuring the application of Article 102 TFEU *"in a predictable and transparent manner so that undertakings can operate freely within the internal market"*<sup>141</sup>, the overall reading of the Draft Communication gives the impression of an incomplete guide. Indeed, the Commission lacks clarity in the statement of important concepts and sometimes shows a certain lack of pedagogy.

### 5.1. Definition of abusive exclusionary practice

The Draft Communication has the advantage of attempting to define the concept of "abusive exclusionary practice", which was already used as the title of the current Communication<sup>142</sup> but without being defined. Point 6 makes it clear that dominant undertakings which, without objective justification, *'may cause harm to consumers by hindering, by means or resources different from those which govern normal competition, the maintenance or development of the degree of competition existing on the market'*, are engaging in conduct which is classified as abusive exclusion.

### 5.2. Lack of a definition of "competition on the merits"

On the other hand, the term competition on the merits, which is set up as a decisive criterion for characterising a conduct as abusive (the term is used 40 times in the Draft), is nevertheless never defined other than by quotes from case law and the following rather unclear formula: *"the concept of competition on the merits covers conduct that falls within the scope of normal competition based on the performance of economic operators and refers to, in principle, a competitive situation from which consumers benefit through lower prices, better quality and a wider choice of new or better goods and services"*.<sup>143</sup>

The case law cited in footnote 107 is not explicit. That of 12 January 2023, *Lietuvos geležinkeliai v Commission*<sup>144</sup>, does not establish a link with the concept of competition on the merits, even though the conduct examined undoubtedly falls within that category. The same is true of the judgment of the General Court cited in relation to *ITT Promedia v Commission* of 17 July 1998, T-111/96, which refers to a paragraph which defines the concept of misuse. The definition is classic and refers to behaviour that hinders normal competition<sup>145</sup>.

---

<sup>140</sup> Point 143 of the Draft.

<sup>141</sup> Draft Communication from the Commission - Guidelines on the application of Article 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union to abusive exclusionary practices by dominant undertakings (the "**Communication project**(4)").

<sup>142</sup> Communication from the Commission — Guidelines on the Commission's priorities for the application of Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary practices by dominant undertakings, 2009/C 45/02 of 24 February 2009.

<sup>143</sup> Point 51 of the Draft.

<sup>144</sup> C-42/21 P

<sup>145</sup> The use of the term abuse of abusive exploitation can be confusing in the French version, as will be seen below.

Finally, the Draft Communication does not provide criteria for determining what competition on the merits is, but only provides a non-exhaustive list of factors that the EU Courts have considered relevant for assessing whether the conduct of the dominant undertaking deviates from competition on the merits<sup>146</sup>. Naked restrictions are also considered not to be competition on the merits in so far as they have no economic interest for the dominant undertaking<sup>147</sup>.

In addition, point 57 blurs the line between what can be characterized as competition on the merits and what cannot. According to that point, conduct which does not depart from competition on the merits *prima facie* could nevertheless fall into that category on account of '*specific circumstances*'. The latter are the dynamics of the market, the extent of the dominant position and a very broad category aimed at "*the specific characteristics of the conduct in question*". As explained above, the presentation of these specific circumstances is too vague to be useful. From one dominant undertaking to another and from one market to another, the same practice may or may not be regarded as being contrary to Article 102 TFEU. The objective of predictability and legal certainty will be difficult for companies to achieve.

The objective of speeding up procedures and adapting the law to the various market situations and economic operators must not be to the detriment of the legal certainty of companies. The lack of a precise definition will prevent dominant companies from securing their sometimes-pro-competitive practices.

### 5.3. The disappearance of the "as-efficient-competitor" test

Whereas the current Communication had focused its reasoning on the fact that Article 102 TFEU should be applied to protect competitors as efficient as the dominant undertaking, this notion sometimes seems to disappear from the Draft Communication although it is generally integrated into price-cost tests. This concept, although used by the most recent case law of the Court of Justice of the European Union<sup>148</sup>, had the advantage of being an objective criterion for verifying the lawfulness of the conduct of companies in a dominant position.

### 5.4. Anti-competitive object

Surprisingly the Draft does not contain any development devoted to the notion of anti-competitive object in the field of abuse. However, this concept is now well even though it lacks clarity. The latter oscillates between the aim pursued by the dominant undertaking if we refer to the case-law of the General Court<sup>149</sup>, which is not compatible with the objective nature of the infringement<sup>150</sup>, and the foreseeable result of the conduct, as perfectly illustrated by the Irish Sugar decision cited above, or more recently its degree of harmfulness, consistent with the concept of anticompetitive object under Article 101 TFEU, as suggested by the CJEU's ruling in the SuperLeague case<sup>151</sup>.

It would have been useful for the Commission to set out its approach to the concept of subject matter when it published its Guidelines.

---

<sup>146</sup> Point 55 of the Draft.

<sup>147</sup> Point 54 of the Draft.

<sup>148</sup> CJEU 19 January 2023, Unilever Italia Mkt Operations, C-680/20, paragraphs 39, 48 and 49; 12 May 2022, C-377/20 Elettrico Nazionale and Others, para. 71.

<sup>149</sup> Trib. T-340/03 EU France Télécom v Commission, paragraph 195; Intel, T-286/09, paragraph 204.

<sup>150</sup> See, on this point, CJEU, 19 January 2023, Unilever Italia Mkt. Operations Sr. v Autorita Garante della Concorrenza e del Mercato, C-680/20, paragraph 45.

<sup>151</sup> CJEU, 21 December 2023, European Superleague Company SL, C-333/21, ECLI:EU:C:2023:1011, point 186.

### 5.5. Inaccuracy of certain terms used in the French version of the Project

In addition, the French version of the Communication Project would gain in pedagogy by being more vigilant about the use of the term *"abusive exploitation"*. Indeed, the use of the concepts of *"abuse of a dominant position"*<sup>152</sup> to designate the various forms of abuse of a dominant position and *"abusive exploitation"*<sup>153</sup> to designate conduct having an exploitative and not exclusionary effect does not allow a clear identification of the concepts. It might be appropriate, to avoid confusion, to use the single term *"abuse of dominant position"* to translate the English version of *"methods of abusing a dominant position"*.<sup>154</sup>

**Paris, 31 October 2024**

---

<sup>152</sup> For example, point 10 of the Draft.

<sup>153</sup> For example, point 11 of the Draft.

<sup>154</sup> Point 8 of the Draft.