

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

### La méthode comparative pour le praticien de droit européen

Moal, Carole

*Published in:*

L'utilisation de la méthode comparative en droit européen

*Publication date:*

2003

*Document Version*

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

*Citation for pulished version (HARVARD):*

Moal, C 2003, La méthode comparative pour le praticien de droit européen. dans F Van & D Mensbrugge (eds), *L'utilisation de la méthode comparative en droit européen*. Presses universitaires de Namur, Namur, pp. 185-204.

#### General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

#### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

**L'utilisation de la méthode comparative  
par le praticien.**

**L'exemple du droit européen de la concurrence**

*Alexandre VERHEYDEN*  
*Avocat, Jones Day Reavis & Pogue*

*Carole MOAL-NUYTS*  
*Visiting scholar at the University of Columbia*

**Résumé :**

Le praticien du droit de la concurrence ne peut ignorer le droit comparé dans sa pratique quotidienne et ce, principalement, à un double titre.

Le droit comparé est, premièrement, une source d'inspiration pour le développement du droit matériel. En effet, il existe une perméabilité importante du droit de la concurrence européen par rapport au droit anti-trust américain. L'élaboration de la théorie des « *installations essentielles* » en est une bonne illustration. Il en va de même pour la pratique du droit national de la concurrence. Celui-ci est largement tributaire de la jurisprudence européenne ou de la pratique administrative de la Commission européenne, comme le montrent les développements jurisprudentiels ou administratifs en matière d'« *effet de ciseaux* ». On ne saurait, non plus, sous-estimer l'influence du droit national de la concurrence d'un Etat membre sur celui d'un autre Etat membre.

Deuxièmement, le droit comparé est également un instrument de régulation, dans la mesure où celui-ci est le produit de l'interaction entre autorités appartenant à des ordres juridiques distincts. C'est le cas, par exemple, du mode de régulation prévu par la directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques qui, tout en confiant aux Etats membres le soin de réguler le secteur des télécommunications, formalise les modalités d'intervention de la Commission dans ce processus. Celles-ci peuvent aller jusqu'à la censure des décisions des autorités compétentes des Etats membres.

**Introduction**

A première vue, on pourrait être tenté de croire que la discipline du droit comparé n'intéresse que de très loin le praticien, dont la seule préoccupation serait de maîtriser les normes relevant du système

juridique dans lequel s'insère sa pratique quotidienne. Pourquoi donc celui qui est chargé d'apporter des réponses pragmatiques à des cas concrets devrait-il s'intéresser aux « querelles d'écoles » qui divisent quelques spécialistes poursuivant une méthodologie de la comparaison essentiellement abstraite et théorique ?

Cette vision traditionnelle d'un droit comparé « spéculatif » qui serait réservé à une poignée d'initiés est démentie par la pratique du droit européen. Force est, en effet, de constater que, dans cette discipline, comme probablement dans beaucoup d'autres, le praticien ne peut plus se permettre d'ignorer les développements qui se manifestent dans les autres systèmes juridiques. C'est qu'il se priverait alors d'une source essentielle pour comprendre, anticiper et influencer l'évolution de son propre système juridique.

La méthode comparative marque de son empreinte le droit européen à deux niveaux. Tout d'abord, les normes de droit européen sont souvent influencées par l'analyse comparée du contenu d'un, de plusieurs, ou de l'ensemble des ordres juridiques des États membres ou, dans certains cas, d'États tiers. C'est ce que démontre très clairement la contribution de K. Lenaerts consacrée au droit comparé dans le travail du juge communautaire. Ensuite, c'est le droit européen lui-même qui, en retour, exerce dans de nombreux domaines une influence sur le contenu de la législation interne des États membres. Il suffit de songer ici au domaine du droit de la concurrence : les réglementations nationales adoptées par les États membres sont, pour la plupart, largement inspirées des principes tirés du droit communautaire.

L'objet de la présente contribution est d'illustrer l'intérêt de la méthode comparative pour le praticien de droit européen au départ de quelques exemples concrets tirés du droit de la concurrence. Il s'agit de montrer comment la méthode comparative peut s'avérer un outil essentiel pour celui qui veut maîtriser les derniers développements du droit européen de la concurrence. Les exemples choisis ont trait d'une part, au contenu des normes de droit de la concurrence (I) et d'autre part, à l'identification des faits présidant à l'application des règles de concurrence (II).

## I. La méthode comparative et le contenu des normes de droit de la concurrence

L'influence réciproque entre systèmes juridiques se marque en premier lieu au niveau du contenu de la réglementation de droit européen. Il n'est pas rare qu'une règle ou un concept juridique, précédemment inconnu dans un ordre juridique donné, apparaisse dans un autre système, que ce soit sous une forme identique ou transformée, sous l'impulsion d'un autre système juridique. Plus particulièrement, on constate une influence importante du droit américain sur le droit européen, comme l'illustre le développement en Europe de la théorie des « essential facilities » (A ci-dessous). Au sein même des ordres juridiques européens, il faut noter en particulier, l'influence importante (au-delà et indépendamment de la primauté du droit européen sur le droit interne des États membres) du droit européen de la concurrence sur les différents ordres juridiques internes des États membres. L'évolution du concept de « prize squeeze » illustre cette tendance (B ci-dessous).

### A. La doctrine des « essential facilities »

La doctrine des « essential facilities » (ou « installations essentielles ») est ouverte à l'influence du droit d'États tiers, même si celle-ci ne va pas nécessairement jusqu'à l'assimilation pure et simple du droit étranger et peut susciter des résistances et controverses.

La doctrine des « essential facilities » trouve son origine dans le droit anti-trust américain. Elle repose sur l'idée générale qu'une société détenant une position dominante peut être contrainte de contracter avec un concurrent pour lui fournir un bien ou un service lorsque cela s'avère essentiel pour la poursuite des activités de ce dernier<sup>1</sup>. Cette doctrine n'a jamais été consacrée de manière explicite par la Cour suprême des États-Unis. Il est vrai qu'elle s'inscrit *a priori* assez mal dans la philosophie du droit des États-Unis qui considère la liberté de contracter ou de ne pas contracter comme un aspect fondamental de la liberté du commerce. De manière générale, le système anti-trust américain de la section 2 du *Shearman Act* repose sur la protection de la concurrence par l'interdiction de l'acquisition ou du maintien d'un

1. Voy. B. DOHERTY, « Just What are Essential Facilities », *Common Market Law Review*, 2001, p. 397 s.

pouvoir monopolistique plutôt que sur la limitation des prérogatives des entreprises détenant une position dominante<sup>2</sup>.

Confirmant l'approche pragmatique qui caractérise le droit américain, les juridictions inférieures n'ont cependant pas hésité à développer de manière prétorienne un mécanisme destiné à éviter que des entreprises se retranchent derrière une position de monopole déjà acquise pour priver leurs concurrents de l'accès à des « installations essentielles » et les empêcher d'entamer ou de poursuivre leurs activités.

Selon la définition classique donnée dans l'affaire *MCI Communications*<sup>3</sup>, l'application de la doctrine des « essential facilities » est subordonnée à la réunion de quatre conditions<sup>4</sup>. En premier lieu, il faut démontrer qu'une « installation essentielle est contrôlée par une entreprise en situation de monopole ». C'est le cas par exemple d'un réseau local de télécommunications ou d'électricité. En deuxième lieu, il doit être établi que « le concurrent est dans l'incapacité, d'un point de vue pratique ou raisonnable, de reproduire l'installation essentielle ». Il n'est pas exigé que la reproduction soit absolument impossible, mais le fait qu'elle soit seulement plus difficile ou plus coûteuse n'est pas suffisant. En troisième lieu, il doit être prouvé que l'entreprise détenant le monopole a « dénié l'usage de l'installation à un concurrent ». Ceci signifie que l'entreprise monopolistique doit avoir été sollicitée mais a refusé de contracter à des conditions raisonnables. En quatrième lieu, il faut établir que « l'installation est susceptible de pouvoir être mise à disposition » du concurrent. La jurisprudence ultérieure a ajouté une limitation supplémentaire : la doctrine des « essential facilities » ne peut pas être invoquée lorsqu'il existe une raison commerciale légitime

2. Voy. spéc. E.M. FOX, « Monopolization and Dominance in the United States and the European Community », *Notre Dame Law Review*, 1996, p. 981; P. JEBSEN et R. STEVENS, « Assumptions, Goals and Dominant Undertakings: The Regulation of Competition under Article 86 of the European Union », *Antitrust Law Journal*, 1996, p. 443 s. Adde. les conclusions de l'avocat général JACOBS précédant l'arrêt de la Cour de justice *Bronner*, 28 mai 1998, *Rec.*, p. I-7791, spéc. point 46 des concl.
3. *MCI Communications v. AT&T*, 708 F.2d 1081 (7th Cir. 1983), spéc. p. 1132-1133.
4. Pour une brève synthèse de ces conditions, avec des références aux principales décisions de la jurisprudence américaine, voy. les conclusions de l'avocat général JACOBS dans l'affaire *Bronner*, précitée, spéc. point 47.

de refuser l'accès à l'installation<sup>5</sup>. Cette exception est appliquée de manière relativement restrictive dans la jurisprudence<sup>6</sup>.

Malgré les critiques d'une partie des commentateurs américains qui dénoncent l'inutilité et l'imprécision de cette doctrine<sup>7</sup>, les tribunaux inférieurs continuent de l'appliquer de manière régulière, même si le volume de la jurisprudence reste relativement modeste<sup>8</sup>.

La doctrine américaine des « essential facilities » a attiré l'attention de certains juristes européens qui ont estimé que l'on pourrait s'en inspirer pour répondre au problème lié au refus des entreprises européennes de donner accès à leurs installations essentielles<sup>9</sup>.

Il ne faut pas en déduire qu'en l'absence de cette doctrine, le droit européen soit impuissant à sanctionner les pratiques anticoncurrentielles de ce type. L'article 82 du Traité CE considère que constitue un abus de position dominante le fait notamment d'imposer des conditions de transaction non équitables ou de subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation de prestations qui n'ont pas de liens avec l'objet du contrat. La Cour de justice a pu, sur cette base, sanctionner toute une série de pratiques anticoncurrentielles prenant la forme d'un refus de vendre. Il ressort de cette jurisprudence qu'une entreprise dominante commet un abus lorsqu'elle cesse, sans justification, ses fournitures de biens ou de services à un client existant, lorsqu'elle commet une discrimination à l'encontre d'un concurrent

5. Voy. par ex. *Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp.*, 427 U.S. 585 (1985).
6. Voy. la décision citée à la note précédente.
7. Voy. not. M.L. AZCUENAGA, « Essential Facilities and Regulation : Court or Agency Regulation ? », *Antitrust Law Journal*, 1990, p. 879 ; W. BLUMENTHAL, « Three Vexing Issues under the Essential Facilities Doctrine: ATM Networks and Illustration », *Antitrust Law Journal*, 1990, p. 855.
8. Voy. par ex. *Intergraph Corp. v. Intel Corp.*, 3 F Supp 2d 1255 (ND Ala 1998); *Zschaler v. Claneil Enterprise*, 958 F.Supp 929 (D Vt 1997).
9. Voy. spéc. J. TEMPLE LANG, « Defining Legitimate Competition: Companies' Duties to Supply Competitors and Access to Essential Facilities », 18 *Fordham International Law Journal*, 1994, p. 437. Une version abrégée de cet article est parue dans Hawk (ed.), *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute 1994*, London, Juris/Sweet & Maxwell, 1995, p. 245 s.

indépendant ou lorsqu'elle élimine la concurrence sur un marché apparenté en liant des biens et services séparés<sup>10</sup>.

L'un des avantages principaux de la doctrine des « *essential facilities* », dans l'esprit de ses partisans<sup>11</sup>, est qu'elle permettrait de donner à cette jurisprudence, qui se caractérise par sa grande diversité, un fondement relativement univoque. Il s'agirait donc moins d'importer une nouvelle pratique en droit européen que d'unifier la justification de solutions déjà établies et de préciser pour le futur les conditions dans lesquelles le refus de contracter dégénère en abus de position dominante. La question de savoir si le droit européen évolue vers la doctrine du « *essential facilities* » a fait l'objet de développements importants au cours des dernières années.

C'est tout d'abord la Commission européenne qui a pris parti sur cette question dans deux décisions portant sur l'adoption de mesures provisoires concernant l'accès au port de Holyhead<sup>12</sup>. S'écartant de sa position antérieure traditionnelle, selon laquelle une entreprise monopolistique n'a pas d'obligation de soutenir la concurrence<sup>13</sup>, la Commission a considéré dans ces deux décisions que, dans certaines circonstances, une telle entreprise peut être tenue de conférer l'accès à ses installations.

Pour justifier cette solution, la Commission n'a pas hésité à se référer explicitement à la théorie des « *installations essentielles* » que la Cour a définies comme visant une « *installation* » ou une « *infrastructure* » à laquelle les concurrents doivent avoir accès pour pouvoir fournir leurs services à leurs clients<sup>14</sup>. Selon la Commission, « *[u]ne entreprise en situation de position dominante pour la mise à disposition d'une installation essentielle, qui utilise elle-même cette*

10. Voy. not. CJCE, *Commercial Solvents v. Commission*, 6 mars 1974, aff. 6/73 et 7/73, *Rec.*, p. 223; CJCE, *United Brands v. Commission*, 14 février 1978, aff. 27/76, *Rec.*, p. 207; CJCE, *Volvo*, 5 octobre 1988, aff. 238/87, *Rec.*, p. 6211; CJCE, *Magill*, 6 avril 1995, aff. C-241/91 P et C-242/91 P, *Rec.*, p. I-743.

11. Voy. not. l'analyse nuancée de J. TEMPLE LANG, *op. cit.*, spéc. p. 248 s.

12. Décision du 11 juin 1992, *B&I plc v. Sealink Harbours*, aff. IV/34174, non publiée au *J.O.C.E.*, mais rapportée au *Common Market Law Review*, 1992, p. 255; Décision 94/19/CE du 21 décembre 1993, *Sea Containers v. Stena Sealink*, *J.O.C.E.*, 1994, L15/8.

13. Décision du 9 juillet 1987, *BBI/Boosey & Hawkes*, aff. IV/32.279, *J.O.C.E.*, L 286/36.

14. Décision du 11 juin 1992, précitée, spéc. point 41.

*installation ... et qui refuse à d'autres entreprises l'accès à ces installations sans raison objective ou ne leur accorde qu'à des conditions moins favorables que celles qu'elle réserve à ses propres services, commet une infraction à l'article [82] si les autres conditions prévues audit article sont réunies*»<sup>15</sup>. Précision importante: la Commission a relevé que ce principe est applicable « *lorsque le concurrent cherchant à obtenir l'accès aux installations essentielles est un nouveau venu sur le marché de référence* »<sup>16</sup>.

Ainsi que l'a relevé l'avocat général dans ses conclusions précédant un arrêt de la Cour de justice sur lequel on reviendra bientôt<sup>17</sup>, il ressort des décisions de la Commission que le refus d'accès à une installation essentielle peut constituer « *en soi* » un abus, « *même en l'absence d'autres facteurs* » retenus traditionnellement par la jurisprudence de la Cour de justice, comme le fait de cesser des livraisons à des clients existants, de lier des ventes, de commettre une discrimination ou d'agir sciemment en vue de porter préjudice à un concurrent. La théorie des « *facilités essentielles* » semble donc bien constituer, pour la Commission, un nouveau critère spécifique de l'abus de position dominante dans les affaires ayant pour objet un refus de vente<sup>18</sup>.

L'importance de la pratique des « *essential facilities* » dans la pratique de la Commission a été confirmée dans le secteur des réseaux qui paraît représenter l'un des terrains de prédilection pour l'application de la doctrine. Ainsi, dans sa Communication 98/C 265/02 relative à l'application des règles de concurrence aux accords d'accès dans le secteur des télécommunications<sup>19</sup>, la Commission a consacré explicitement la doctrine des « *installations essentielles* » en vertu de laquelle une entreprise qui contrôle une installation essentielle est tenue d'y donner accès dans certaines circonstances. Selon la Commission, l'application de cette théorie est subordonnée à plusieurs conditions<sup>20</sup> qui ne sont pas sans rappeler les exigences du droit américain: il faut qu'une demande d'accès à un marché existant soit formulée, que l'accès à l'installation soit « *essentiel* » pour le concurrent, c'est-à-dire que le

15. Décision 21 décembre 1993, précitée, spéc. point 66.

16. Décision 21 décembre 1993, précitée, spéc. point 67.

17. Affaire *Bronner*, 28 mai 1998, *Rec.*, p. I-7791, spéc. point 50 des conclusions.

18. Comp. l'analyse plus restrictive qui est faite de la jurisprudence de la Commission par B. DOHERTY, *op. cit.*, p. 413-415.

19. *J.O.C.E.*, 22 août 1998, C 265, spéc. points 87 s.

20. Voy. point 91 de la Communication précitée.

refus d'accès rende les activités envisagées impossibles ou gravement et inévitablement contraires à la logique économique, qu'il n'existe pas de solution de rechange satisfaisante, que l'installation ait une capacité suffisante pour fournir l'accès, que le refus d'accès entrave la concurrence sur un marché existant et que le concurrent soit disposé à payer une redevance « raisonnable et non discriminatoire ». Enfin, on retrouve même l'exception des « raisons objectives » pour refuser l'accès, et celles-ci, à l'instar du droit américain, sont interprétées de manière restrictive.

Ensuite, la doctrine des « essential facilities » a fait l'objet d'une première apparition dans une décision du Tribunal de première instance de Luxembourg. Dans une décision du 15 septembre 1998, rendue dans l'affaire *European Night Services*<sup>21</sup>, le Tribunal s'est référé à cette doctrine en considérant que pour pouvoir considérer que des infrastructures, produits ou services sont « indispensables » ou « essentiels » pour l'accès au marché pertinent, il faut que ces infrastructures, produits ou services ne soient pas « interchangeables » et que « en raison de leurs caractéristiques particulières et notamment du coût prohibitif de leur reproduction et/ou du temps raisonnable requis à cette fin, il n'existe pas d'alternative viable pour les concurrents ».

Enfin, la doctrine des « essential facilities » a également fait une entrée remarquable dans le droit national de certains États membres, et en particulier en France<sup>22</sup>. En l'espace de quelques années, les autorités françaises de la concurrence et la Cour d'appel de Paris se sont emparées de cette doctrine pour contraindre des opérateurs en position dominante de donner accès à leurs « infrastructures » ou à leurs « ressources » essentielles. Il a été jugé par exemple, que les réseaux câblés de France Télécom constituent une infrastructure essentielle pour l'exploitant commercial de ces réseaux puisqu'il n'existe pas, dans la situation actuelle, d'autres réseaux et que la construction d'un deuxième réseau ne pourrait pas être rentable<sup>23</sup>. La doctrine des « facilités essentielles » a aussi été appliquée à propos de certaines pratiques de commercialisation et de promotion des listes d'abonnés au

21. Voy. *Europe*, nov. 1998, Comm. n° 377.

22. Voy. L. RICHER, « Le droit à la paresse ? 'Essential facilities', version française », *D.*, 1999, Chron., p. 523 s.

23. Conseil de la concurrence, décision du 12 janvier 1999, *Rev. contrats, conc., consom.*, 1999, Comm. n° 112, confirmé par CA Paris, 15 mars 1999, *BOCCRF*, 3 juin 1999, p. 293.

téléphone<sup>24</sup> et dans le domaine de l'accès aux réseaux d'électricité<sup>25</sup> et de production d'eau potable<sup>26</sup>.

On aurait pu penser que ces développements allaient trouver leur point d'aboutissement dans la consécration explicite de la doctrine des « essential facilities » par la Cour de justice européenne. Cette juridiction a pourtant laissé passer l'occasion qui se présentait à elle dans l'affaire *Bronner*, qui a donné lieu à un arrêt du 26 novembre 1998<sup>27</sup>. En l'espèce, la question était notamment de savoir si le fait, pour un groupe de presse détenant une part importante du marché des quotidiens, de refuser l'accès à son système de portage à domicile à l'éditeur d'un journal concurrent, constitue un abus de position dominante contraire à l'article 82 du Traité CE.

Dans ses conclusions précédant l'arrêt, l'avocat général Jacobs a invoqué expressément la doctrine des « essential facilities » en retraçant tout d'abord son origine en droit américain pour constater ensuite l'importance qu'elle a pris dans la pratique contemporaine de la Commission européenne<sup>28</sup>. Selon l'avocat général, dans le cas d'espèce, aucune obligation ne pesait sur le groupe de presse en cause de partager son système de portage à domicile et ce, au motif notamment, que son concurrent disposait de nombreuses solutions de remplacement – quoique moins commodes – pour effectuer la distribution. Il en résultait, selon M. Jacobs, que le système de portage à domicile n'était pas « essentiel » à son concurrent pour lui permettre de concourir sur le marché des journaux<sup>29</sup>.

Dans son arrêt, la Cour de justice s'est abstenue de toute référence à la théorie des « essential facilities », si ce n'est au moment d'exposer les arguments des parties<sup>30</sup>. C'est plus traditionnellement sur sa jurisprudence relative au refus de vendre<sup>31</sup> que la Cour s'est fondée

24. CA Paris, 1<sup>ère</sup> ch. A, 1<sup>er</sup> septembre 1998, *SFR v. France Telecom, D.*, Affaires, 1998, p. 1559; CA Paris, 29 juin 1999, *Sté. Filetech et Iliad v. France Telecom, Rev. Lamy dr. aff.*, 1999, n° 1335, obs. L. COSTES.

25. CA Paris, 27 janvier 1998, *D.*, Affaire, 1998, p. 326, obs. A.M.

26. CA Paris, 29 juin 1998, *BOCCRF*, 16 juillet 1998, p. 393.

27. *Rec.*, p. I-7791.

28. Conclusions, points 46 s.

29. Conclusions, point 67.

30. Arrêt, point 24.

31. Voy. *supra*.

pour conclure que le refus d'accès au système de portage à domicile ne constituait pas, en l'espèce, un abus de position dominante. L'arrêt présente cependant un intérêt non négligeable en raison de la définition relativement précise qu'il donne des conditions nécessaires pour qu'on puisse considérer qu'un refus d'accès dégénère en abus. Selon la Cour, trois conditions doivent être réunies<sup>32</sup> : il faut 1° que le refus du service soit « de nature à éliminer toute concurrence sur le marché des quotidiens » ; 2° que le refus « ne puisse être objectivement justifié » et 3° que le service lui-même soit « indispensable à l'exercice de l'activité », en ce sens qu'il n'existe « aucun substitut réel ou potentiel ». Selon la Cour, cette troisième condition n'était manifestement pas remplie en l'espèce puisque d'autres modes de distribution de quotidiens existent et sont utilisés par les éditeurs<sup>33</sup>.

Même si la Cour est restée muette sur la théorie des « *essential facilities* », il est évident qu'en mettant en avant la notion de « *service indispensable à l'exercice de l'activité* » du concurrent, elle s'est orientée vers une approche du refus de vendre qui n'est plus très éloignée du concept qui fonde l'approche américaine. On peut légitimement se demander si la question de savoir quelle est la place de la doctrine des « *essential facilities* » en droit européen n'est pas devenue une simple question d'étiquette. On observera d'ailleurs qu'en refusant d'utiliser explicitement la notion d'« *essential facilities* », la Cour de justice n'a finalement pas adopté une approche différente de celle qui prévaut en droit américain où la notion d'« *essential facilities* », consacrée par les juridictions inférieures, n'a jamais été formellement adoptée par la Cour suprême<sup>34</sup>.

Cela ne signifie pas, loin s'en faut, que le droit européen soit purement et simplement la reproduction du droit américain dans ce domaine. L'idée générale commune aux deux systèmes juridiques paraît certes la même : dans certaines circonstances, un opérateur économique détenant un monopole peut être tenu de donner accès à ses ressources, peu importe qu'on les appelle « *facilités essentielles* » ou « *services indispensables* ». Mais le véritable débat est celui de savoir dans quelles conditions exactes ce droit d'accès peut être imposé à l'opérateur en situation de monopole. Il n'est probablement pas excessif de penser que, sur ce point aussi, le droit américain a exercé une certaine

32. Arrêt, point 41. Pour une analyse approfondie de chacune de ces conditions, voy. B. DOHERTY, *op. cit.*, p. 423 s.

33. Arrêt, point 43.

34. Voy. *supra*.

influence sur le droit européen : en particulier, la définition par l'arrêt *Bronner* de la condition portant sur le caractère indispensable de l'accès aux services se situe dans le droit fil de la jurisprudence des États-Unis, qui avait d'ailleurs été rappelée par l'avocat général. Mais force est de reconnaître qu'à ce niveau, le droit européen a exercé un certain « *droit d'inventaire* » lors de la réception de l'influence du droit américain, en ce sens que les conditions retenues en droit européen comportent des spécificités non négligeables<sup>35</sup>.

L'un des points sur lesquels le droit européen se distingue concerne la condition imposée par l'arrêt *Bronner* selon laquelle le refus du service soit de nature à éliminer toute concurrence sur le marché. Ceci suppose la détermination préalable du marché pertinent. Ainsi, dans l'affaire *Bronner*, fallait-il, pour déterminer si la concurrence a été éliminée, prendre en compte le marché des quotidiens, celui de la distribution des quotidiens ou celui du portage à domicile ? Dans le motif cité plus haut, la Cour semble avoir retenu le premier de ces marchés (celui des quotidiens), mais elle a ensuite recherché dans quelle mesure il existait de la concurrence dans le second (celui de la distribution), en relevant que des modes alternatifs de distribution existaient. Ce problème relatif à l'identification du marché pertinent ne semble pas se poser dans le cadre de la doctrine américaine des « *essential facilities* ».

En résumé, la théorie des « *facilités essentielles* » constitue une bonne illustration de la perméabilité du droit européen de la concurrence à des concepts de droit étranger et plus particulièrement de droit américain. Une analyse comparée de l'état actuel du droit applicable illustre d'importantes similitudes quant au contenu de cette notion dans ces deux ordres juridiques.

35. Droit d'inventaire qui pouvait d'autant plus se justifier que les principes généraux qui sous-tendent le droit de la concurrence dans ce domaine ne sont pas identiques dans les deux systèmes juridiques : tandis qu'en droit américain, le *Sherman Act* ne vise pas la situation du refus de contracter (voy. *supra*), en droit européen, l'article 82 du Traité est applicable de manière générale au refus de vendre : voy. P. LAROUCHE, *Competition Law and Regulation in European Telecommunications*, Oxford et Portland Oregon, Hart Publishing, 2000, p. 178.

### B. Le concept de « price squeeze » ou d'« effet de ciseaux »

Le concept de « price squeeze » (encore appelé « effet de ciseaux ») représente une nouvelle illustration du phénomène d'interaction entre des ordres juridiques différents et plus particulièrement entre les ordres juridiques communautaires et nationaux. Le concept d'« effet de ciseaux » vise la pratique par laquelle un opérateur, présent sur le marché de gros et sur le marché de détail d'un même produit, ou sur le marché des matières premières et celui des produits dérivés de ces matières premières, utilise sa position dominante ( que ce soit pour l'augmentation du prix des matières premières ou pour la diminution du prix de vente au détail) pour réduire la marge entre le prix de vente en gros ou des matières premières et le prix de vente au détail, de manière à exclure la possibilité pour un concurrent de dégager lui-même une marge suffisante pour demeurer compétitif sur le marché des consommateurs finals.

Dès 1975, dans l'affaire *National Carbonizing Company*<sup>36</sup>, la Commission a considéré que, pour l'application du Traité CECA, une entreprise occupant une position dominante « pourrait avoir l'obligation de fixer ses prix de façon à laisser à un producteur de produits dérivés raisonnablement efficient une marge suffisante pour lui permettre de survivre à long terme ».

Ce principe a été précisé et développé dans l'affaire *British Sugar*<sup>37</sup>, qui a donné lieu à une décision du 18 juillet 1988. Cette affaire était relative à l'abus de position dominante pratiqué par la société *British Sugar*, qui détenait une position dominante à la fois sur le marché des matières premières (le sucre industriel) et sur celui des produits dérivés correspondant (le sucre au détail). Elle avait pratiqué une politique de prix restrictive de concurrence sur le marché du sucre au détail en maintenant une marge très étroite entre le prix facturé pour la matière première aux entreprises, qui la concurrençaient sur le marché du produit dérivé, et ceux facturés pour le produit dérivé lui-même.

Cette pratique « d'effet de ciseaux » a été jugée illégale par la Commission : selon elle, « le maintien, par une entreprise dominante, qui est dominante aussi bien sur le marché de la matière première que

36. Décision de la Commission du 29 octobre 1975, *National Carbonizing Company*, aff. 76/185/CECA, *J.O.C.E.*, 10 février 1976, L35/6.

37. Décision de la Commission du 18 juillet 1988, aff. 88/518/CEE, *J.O.C.E.*, 19 octobre 1988, L284/41.

sur celui d'un produit dérivé, d'une marge entre le prix qu'elle facture pour la matière première aux entreprises qui la concurrencent sur le marché du produit dérivé et le prix qu'elle facture pour le produit dérivé, trop étroite pour refléter le coût de transformation de l'entreprise dominante elle-même, avec pour effet de restreindre la concurrence sur le produit dérivé, constitue un abus de position dominante »<sup>38</sup>. Concrètement, dans le cas d'espèce, il était reproché à *British Sugar* d'avoir réduit la marge entre son prix du sucre industriel et son prix du sucre au détail à un prix ne reflétant plus ses propres coûts de transformation.

En vue d'établir le caractère abusif de cette pratique, la Cour a relevé la présence d'un élément intentionnel dans le chef de l'entreprise en situation de monopole : celui d'évincer son concurrent du marché du sucre destiné à la vente au détail. Cet élément intentionnel (auquel la Commission assimile le cas où l'éviction du concurrent est « la conséquence logique et prévisible du maintien de (la) politique de prix » litigieuse) ressortait, selon la Commission, d'un élément concret : *British Sugar* n'aurait pu maintenir sa politique de prix à long terme car cela aurait eu pour conséquence qu'elle ait elle-même « été obligée de se retirer du marché britannique du sucre destiné au détail »<sup>39</sup>. En d'autres termes, la marge entre le prix industriel et le prix au détail était tellement déraisonnablement faible par rapport à une politique normale de prix dans le secteur, qu'elle ne pouvait avoir pour autre objectif que celui d'exclure à court terme un concurrent. Précisons que la pratique administrative de la Commission relative à l'« effet de ciseaux » s'inspire, dans une large mesure, de l'analyse applicable en matière de prix prédateur<sup>40</sup>. En effet, la Commission déduit le caractère abusif de la réduction des marges bénéficiaires de concurrents, de ce que le prix au détail est inférieur « aux coûts de transformation de l'entreprise dominante elle-même ».<sup>41</sup>

Dans sa Communication 98/C 265/02 précitée, relative à l'application des règles de concurrence aux accords d'accès dans le secteur des télécommunications, la Commission a précisé les conditions de l'« effet de ciseaux ». Selon la Communication, constitue un abus le

38. Décision précitée, point 66.

39. *Ibid.*

40. Pour lequel il existe une jurisprudence bien établie: voir en ce sens notamment, CJCE, *Akzo*, 3 juillet 1991, aff. C-62/86, *Rec.*, p. I-3359 ; CJCE, *Tetra Pack*, 14 novembre 1996, aff. C-333/94, *Rec.*, p. I-5951.

41. Nous soulignons.

fait pour un opérateur qui occupe une position dominante d'avoir recours à un « amenuisement des marges bénéficiaires par une compression des prix »<sup>42</sup>. La preuve d'une telle pratique peut être établie par deux moyens. Le premier implique la démonstration que l'entreprise « ne pourrait exercer des activités rentables en aval en se fondant sur le prix que sa branche en amont applique à ses concurrents »<sup>43</sup>. Le critère n'est autre que celui inspiré de la décision *British Sugar*. Le second moyen consiste à établir que la marge entre le prix à l'utilisateur final et celui de l'interconnexion « est insuffisante pour permettre à un prestataire de services raisonnablement efficace d'y réaliser un bénéfice normal ».<sup>44</sup>

Le deuxième critère est intéressant. En effet, quoi qu'il repose, dans une certaine mesure, sur la pratique décisionnelle de la Commission, il n'en constitue pas moins une avancée interprétative originale de la Commission.

Il est permis de s'interroger sur les raisons pour lesquelles la Commission entend préciser *ex ante* les conditions d'application du droit de la concurrence. S'agit-il de formaliser, pour les besoins de ses propres services, les conditions de leur intervention, à l'instar d'une circulaire administrative ? S'agit-il, au contraire, de suggérer aux autorités compétentes des États membres de l'Union européenne des interprétations, fussent-elles originales et novatrices, du droit de la concurrence ? L'objectif poursuivi est probablement plutôt le second que le premier. Il s'agit pour la Commission d'utiliser son autorité morale en droit de la concurrence pour non seulement faciliter l'application uniforme du droit de la concurrence mais aussi pour suggérer certaines avancées de celui-ci à l'adresse des États membres.

Cette pratique de la Commission n'est pas sans effets. Très récemment, les autorités de la concurrence ou de régulation sectorielle de certains pays membres se sont inspirées de la pratique de la Commission européenne dans le domaine du « *price squeeze* » pour édicter des règles ou directives particulières dans ce domaine, afin d'éviter les effets pervers dans leurs marchés des pratiques

42. Communication, point 117.

43. *Ibid.*

44. Communication, point 118.

anticoncurrentielles qui prennent la forme d'une compression déraisonnable des prix<sup>45</sup>.

L'enseignement général suivant se dégage de ce qui précède pour le praticien du droit de la concurrence : il existe une perméabilité importante entre les ordres juridiques. L'illustration de la théorie des « installations essentielles » démontre que le droit européen est, dans une certaine mesure, influencé par le droit anti-trust américain. L'exemple du concept d'effets de ciseaux montre l'impact des recommandations de la Commission européenne sur les pratiques nationales dans les États membres.

## II. La méthode comparative et la qualification des faits

Le droit de la concurrence étant largement tributaire des faits et des données économiques dans lesquels évoluent les entreprises, il convient également d'analyser l'impact du droit comparé sur la collecte des informations factuelles dont dépend le droit de la concurrence. Si l'on constate, au niveau de l'interprétation des normes de droit de la concurrence, une influence importante de l'ordre juridique communautaire sur les ordres juridiques nationaux des États membres, une conclusion inverse s'impose au niveau des faits et du contexte factuel dont dépend l'application des règles de concurrence.

En principe, l'intervention de la Commission, dans sa mission de gardienne des règles de concurrence, prend la forme de décisions individuelles : après avoir constaté l'existence de certains faits concrets accomplis par des acteurs économiques précisément identifiés, la Commission détermine quelles sont les règles de droit de la concurrence dont relèvent ces faits et en tire les conséquences prévues par les textes quant à la violation du droit communautaire de la concurrence. En pratique, cela signifie que la Commission procède à une opération classique de qualification des faits : telle pratique de *price squeeze*, ou tel refus de vente par un opérateur en situation de position dominante, correspond-elle à la notion d'abus au sens de l'article 82 du Traité ?

Cette approche traditionnelle correspond à ce que l'on pourrait appeler une intervention *ex post*, en ce sens que la tentative de rétablissement de la légalité européenne n'intervient qu'après que les faits ou actes susceptibles d'enfreindre les règles de concurrence ne se

45. Voy. par ex. la consultation réalisée le 9 octobre 2000 par l'autorité néerlandaise en vue de l'adoption de règles détaillées sur la pratique du *price squeezing*.

soient passés. Il s'agit du mode d'intervention normal et habituel de la Commission européenne.

Au cours de ces dernières années, la Commission a, du moins dans certains secteurs tels que celui des télécommunications, préféré exercer ses pouvoirs de régulateur de manière différente, en ayant recours à une régulation de type *ex ante*<sup>46</sup> plutôt que *ex post*. Ainsi, la Commission a procédé à l'élaboration de lignes directrices relativement détaillées sur l'application des principes de droit de la concurrence à des situations hypothétiques.

L'un des objectifs principaux de ce type d'intervention est de prévenir la difficulté liée à la qualification des faits *a posteriori* sur base de règles juridiques générales : il s'agit de prévoir à l'avance différents cas de violations types du droit de la concurrence. Le but de cette sorte de *soft law* est de parvenir à une meilleure prévisibilité des règles du droit de la concurrence, notamment au niveau de leur application dans les États membres et partant de réduire le développement de pratiques anticoncurrentielles. Il s'agit, comme la Commission l'a relevé, de créer des conditions de marchés plus sûres permettant une situation plus stable pour les investissements et les initiatives commerciales<sup>47</sup>.

Dans le secteur des télécommunications<sup>48</sup>, cette nouvelle approche a, au cours des dernières années, pris principalement la forme d'une intervention dans trois directions différentes. Tout d'abord, des études ont été publiées qui recommandent des moyennes de prix pour différents services de télécommunications (connues sous le nom de « *benchmarking* »). Ensuite, la Commission a adopté des règles directrices dans le domaine de l'accès aux réseaux et il faut citer ici surtout la Communication 98/C 265/02 précitée relative à l'application des règles de concurrence aux accords d'accès dans le secteur des télécommunications ainsi que les lignes directrices de la Commission relatives à l'application des règles de concurrence au secteur des télécommunications<sup>49</sup>. Enfin, la Commission a formulé des lignes

46. Voy. H. UNGERER, « Ensuring Efficient Access to Bottleneck Network Facilities. The Case of Telecommunications in the European Union », disponible sur le site de la DG Concurrence <<http://europa.eu.int/en/comm/dg04/dg4home.htm>>, spéc. p. 18.

47. Voy. l'avant-propos de la Communication de la Commission 98/C 265/02, précitée.

48. Le secteur le plus représentatif de cette tendance.

49. *J.O.C.E.*, n° C 233/2 du 6.9.1991.

directrices sur l'analyse du marché et l'évaluation de la puissance de marché (« *significant market power* » ou « *SMP* »)<sup>50</sup>.

Le droit de la concurrence étant un droit largement factuel, son application *ex ante*<sup>51</sup> pose d'importantes difficultés quant à la détermination des faits devant guider les conclusions juridiques formulées *in abstracto* par la Commission. Si la Commission dispose de certains pouvoirs d'investigations pour assurer l'application des règles de concurrence, celle-ci ne fait pas l'objet d'une information régulière de la part du secteur concerné (en l'occurrence, le secteur des télécommunications). Ce sont, au contraire, les autorités réglementaires nationales qui reçoivent ces informations. Confrontée à l'impossibilité ou du moins, à la difficulté de recueillir l'information factuelle nécessaire à l'exercice de ses activités, la Commission a recours soit, à une approche théorique (fondée sur une description approximative d'un état de fait déterminé dans différents États membres) soit, au principe de subsidiarité laissant aux États membres le soin de procéder aux constatations factuelles préalables à l'application du droit de la concurrence. Les deux types de démarches sont illustrés ci-après par la pratique de recours au *benchmarking* (A) et dans le cadre de la définition *ex ante* des marchés des produits et services pertinents dans le secteur des télécommunications (B).

#### A. Benchmarking

La réglementation des télécommunications repose, dans une mesure importante, sur le principe de l'orientation en fonction des coûts tant pour certains tarifs aux utilisateurs finals que pour les tarifs d'interconnexion. La vérification du respect de cette orientation en fonction des coûts requiert, en principe, une analyse détaillée du système des coûts des données comptables des opérateurs concernés. La pratique est toute autre. Depuis 1998, la Commission s'est faite le champion d'une analyse statistique comparative des tarifs d'interconnexion dans les États membres. Ainsi, la Commission a assuré la vérification de l'orientation en fonction des coûts des tarifs d'interconnexion par référence à une fourchette tarifaire correspondant

50. Lignes directrices de la Commission sur l'analyse du marché et l'évaluation de la puissance sur le marché en application du cadre réglementaire communautaire pour les réseaux et les services de communications électroniques, *J.O.C.E.*, n° C 165/6 du 11.7.2002.

51. C'est-à-dire indépendamment d'un contexte factuel précis sur base duquel dépend la constatation ou non d'une violation des règles de concurrence.

aux tarifs d'interconnexion les plus bas des trois opérateurs de télécommunications de l'Union européenne<sup>52</sup>. On comprend rapidement le caractère réducteur de la démarche. Face à la tâche difficile de procéder, ou du moins, de promouvoir une analyse détaillée de la structure des coûts des opérateurs historiques, la Commission lui a préféré une méthode statistique qui ne reposerait nullement sur le principe de l'orientation en fonction des coûts. Selon la Commission, l'orientation en fonction des coûts des tarifs d'interconnexion n'est autre que le prétexte d'une réduction des tarifs d'interconnexion des opérateurs historiques, quantifiée selon la méthode de *benchmarking*.

Le recours à la technique de *benchmarking* est révélateur des limites des pouvoirs de la Commission dans la collecte des informations factuelles nécessaires à l'exercice de ses pouvoirs ou compétences. Confrontée à son incapacité de recueillir l'information nécessaire, la Commission a recours à une analyse factuelle statistique comparative dans les différents États membres.

Notons également que sur un plan strictement juridique, la méthode du *benchmarking* soulève certaines difficultés dès lors qu'elle ne connaît pas d'assise dans les directives communautaires relatives aux télécommunications<sup>53</sup>. Cette question a été récemment traitée par la Cour de justice des Communautés européennes dans son arrêt *Commission v. France* du 6 décembre 2001<sup>54</sup>. À cette occasion, la Cour a souligné la pertinence relative des méthodes de comparaisons internationales : « *Même si, comme la Commission le reconnaît, il n'est pas exclu qu'une comparaison internationale constitue une méthode adéquate pour calculer le coût net des composantes du service universel, il convient toutefois, eu égard aux différences existant entre les États membres, de se montrer prudent quant au résultat d'une telle comparaison [...]* ».

52. Voir en ce sens notamment la Recommandation de la Commission 98/195, J.O.C.E., n° L 73 du 12.03.1988.

53. Le *benchmarking* a reçu une certaine consécration juridique à la suite de l'adoption des directives 2002/19/CE, 2002/20/CE, 2002/21/CE et 2002/22/CE établissant un nouveau code réglementaire en matière de télécommunications.

54. Aff. C-146/00, *Rec.*, I-9792.

### B. Définition ex ante des marchés

Le secteur des télécommunications offre, une fois encore, un bon exemple des interactions existant entre les États membres et la Commission dans la collecte des informations factuelles présidant à l'application des règles de concurrence (ou de la réglementation sectorielle s'en inspirant) et de la nécessité pour cette dernière de s'appuyer sur les États membres à cet effet. Nous en voulons pour preuve le mécanisme mis en place par la directive cadre ONP relative à la définition des marchés et à la régulation du secteur.

La directive cadre ONP<sup>55</sup> (la « Directive Cadre ») donne aux autorités réglementaires des États membres la compétence de déterminer les marchés pertinents, devant éventuellement être régulés. Néanmoins, la Commission est appelée à épauler les États membres dans leurs missions à différents titres. D'abord, l'article 15 de la Directive Cadre prévoit l'adoption par la Commission d'une recommandation<sup>56</sup> et de lignes directrices sur l'analyse du marché et l'évaluation de la puissance sur le marché<sup>57</sup>. Ensuite, la Commission a le pouvoir de s'opposer, moyennant le respect d'une procédure particulière, à la définition d'un type de marché qui ne serait pas conforme à la recommandation précitée. Afin, notamment, de permettre à la Commission d'assurer efficacement son rôle, la Directive Cadre prévoit l'obligation pour les États membres de veiller « *à ce que les autorités réglementaires nationales fournissent à la Commission, à sa demande motivée, les informations qui lui sont nécessaires pour mener à bien ses missions au titre du traité. Les informations demandées par la Commission sont proportionnées à ses besoins pour l'accomplissement de ces missions* »<sup>58</sup>. Ce mécanisme illustre, selon nous, l'ambiguïté de l'action de la Commission. Celle-ci reçoit un pouvoir de régulation mais, dans une certaine mesure, elle est tributaire

55. Directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (directive « cadre »), J.O.C.E., n° L 108 du 24 avril 2002, p. 33.

56. « *La recommandation recense, conformément à l'annexe I, les marchés de produits et de services dans le secteur des communications électroniques dont les caractéristiques peuvent justifier l'imposition d'obligations réglementaires...* » (article 15 (1) de la Directive Cadre).

57. Article 15 (2) de la Directive Cadre.

58. Article 5 (2) de la Directive Cadre.

de l'information qui lui est communiquée par les Etats membres qu'elle est supposée contrôler.

### Conclusion

Le praticien du droit de la concurrence ne peut ignorer le droit comparé dans sa pratique quotidienne et ce, principalement, à un double titre.

Le droit comparé est, premièrement, une source d'inspiration pour le développement du droit matériel. En effet, il existe une perméabilité importante du droit de la concurrence européen par rapport au droit anti-trust américain. L'élaboration de la théorie des « installations essentielles » en est une bonne illustration. Il en va de même pour la pratique du droit national de la concurrence. Celui-ci est largement tributaire de la jurisprudence européenne ou de la pratique administrative de la Commission européenne, comme le montrent les développements jurisprudentiels ou administratifs en matière d'« effet de ciseaux ». On ne saurait, non plus, sous-estimer l'influence du droit national de la concurrence d'un Etat membre sur celui d'un autre Etat membre.

Deuxièmement, le droit comparé est également un instrument de régulation, dans la mesure où celui-ci est le produit de l'interaction entre autorités appartenant à des ordres juridiques distincts. C'est le cas, par exemple, du mode de régulation prévu par la directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques qui, tout en confiant aux Etats membres le soin de réguler le secteur des télécommunications, formalise les modalités d'intervention de la Commission dans ce processus. Celles-ci peuvent aller jusqu'à la censure des décisions des autorités compétentes des Etats membres.

## Conclusions générales

### L'enfance de la méthode comparative

par

*François R. van der MENSBRUGGHE*

Les auteurs des différentes contributions qui composent cet ouvrage s'accordent, tous, à reconnaître une place centrale à la méthode comparative dans l'ordre juridique communautaire. Les uns et les autres constatent toutefois que cette méthode est utilisée selon des degrés d'intensité variable et de façon assez disparate, pour ne pas dire empirique. Koen Lenaerts relève fort justement l'existence d'une « phénoménologie » du droit comparé. Pour présente qu'elle soit, la méthode comparative demeure souvent à l'ombre, largement ignorée, y compris par ceux qui sont censés la pétrir et en être pétris. Plutôt que d'œuvrer au grand jour, les renvois à la méthode comparative se distinguent par leur « insigne pauvreté » (même auteur). Ce constat n'est pas sans rappeler la situation de Fabrice del Dongo dans *La Chartreuse de Parme*. Le héros de Stendhal essuie les balles et se sait en compagnie du maréchal Ney un certain 18 juin 1815. Pour autant : « ce qu'il avait vu, était-ce une bataille ? et en second lieu, cette bataille était-elle Waterloo ? »<sup>1</sup>. La méthode comparative dans le contexte européen soulève, pareillement, une foule d'interrogations. L'Union européenne confronte au quotidien une variété de systèmes juridiques mais ce que nous voyons est-ce bien une méthode comparative ? : « et en second lieu », cette méthode comparative imprègne-t-elle le travail du législateur ou du juge communautaires ?

Tirer des conclusions définitives sur l'utilisation de la méthode comparative en droit européen, au terme de ce tour d'horizon des différents acteurs concernés, tient forcément de la gageure. Il s'agit d'un chantier en construction. Les pièges foisonnent. L'observateur peut

1. STENDHAL, *La Chartreuse de Parme*, Paris, La Pléiade, 1948, t. 2, p. 93. V. aussi p. 65 : « Monsieur, c'est la première fois que j'assiste à la bataille », dit-il enfin au maréchal des logis ; « mais ceci est-il une véritable bataille ? ».