



COMMUNIQUE DE PRESSE n° 14/23

Luxembourg, le 19 janvier 2023

Arrêt de la Cour dans l'affaire C-680/20 | Unilever Italia Mkt. Operations

Abus de position dominante : les clauses d'exclusivité figurant dans les contrats de distribution doivent avoir la capacité de produire des effets d'éviction

L'autorité de concurrence est obligée d'apprécier cette capacité effective d'éviction en tenant également compte des éléments de preuve présentés par l'entreprise en position dominante

Par décision du 31 octobre 2017, l'autorité italienne garante de la concurrence et du marché (AGCM) ¹ a constaté qu'Unilever Italia Mkt. Operations Srl (ci-après « Unilever ») avait abusé de sa position dominante sur le marché italien de la commercialisation de glaces en conditionnements individuels destinées à être consommées « à l'extérieur », à savoir hors du domicile des consommateurs, dans divers points de vente.

L'abus reproché à Unilever résultait d'agissements matériellement commis non pas par cette société, mais par des distributeurs indépendants de ses produits qui avaient imposé des clauses d'exclusivité aux exploitants desdits points de vente. À cet égard, l'AGCM a notamment estimé que les pratiques, objets de son enquête, avaient exclu, ou du moins limité, la possibilité pour les opérateurs concurrents de se livrer à une concurrence fondée sur les mérites de leurs produits.

Dans ce cadre, elle n'a pas jugé obligatoire d'analyser les études économiques produites par Unilever afin de démontrer que les pratiques mises en cause n'avaient pas d'effet d'éviction à l'encontre de ses concurrents au moins aussi efficaces, au motif que ces études étaient dénuées de pertinence en présence de clauses d'exclusivité, l'emploi de telles clauses par une entreprise occupant une position dominante étant suffisant pour caractériser un usage abusif de cette position.

En conséquence, l'AGCM a infligé à Unilever une amende de 60 668 580 euros pour avoir abusé de sa position dominante, en violation de l'article 102 TFUE.

Le recours formé par Unilever contre cette décision a été rejeté dans son intégralité par la juridiction de première instance.

Saisi en appel, le Consiglio di Stato (Conseil d'État, Italie) a posé à la Cour des questions préjudicielles au sujet de l'interprétation et de l'application du droit de la concurrence au regard de la décision de l'AGCM.

Par son arrêt, **la Cour précise les modalités de mise en œuvre de l'interdiction d'abus de position dominante visée à l'article 102 TFUE face à une entreprise dominante dont le réseau de distribution est organisé exclusivement sur une base contractuelle et spécifique, dans ce contexte, la charge de la preuve incombant à l'autorité nationale de concurrence.**

¹ Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (Autorité garante de la concurrence et du marché, Italie).

Appréciation de la Cour

Tout d'abord, la Cour juge que **des agissements abusifs commis par des distributeurs faisant partie du réseau de distribution d'un producteur jouissant d'une position dominante, tel qu'Unilever, peuvent être imputés à ce dernier** au titre de l'article 102 TFUE s'il est établi que ces agissements n'ont pas été adoptés de manière indépendante par ses distributeurs, mais qu'ils font partie d'une politique décidée unilatéralement par ce producteur et mise en œuvre par l'intermédiaire desdits distributeurs.

En effet, dans un tel cas de figure, les distributeurs et, par conséquent, le réseau de distribution que ces derniers forment avec l'entreprise dominante doivent être considérés comme étant simplement un instrument de ramification territoriale de la politique commerciale de ladite entreprise et, à ce titre, comme étant l'instrument par lequel, le cas échéant, la pratique d'éviction en cause a été mise en œuvre.

Il en va notamment ainsi lorsque, comme en l'espèce, les distributeurs d'un producteur dominant sont tenus de faire signer aux exploitants de points de vente des contrats types fournis par ce producteur et contenant des clauses d'exclusivité au bénéfice de ses produits.

Ensuite, la Cour répond à la question de savoir si, aux fins de l'application de l'article 102 TFUE, dans un cas tel que celui en cause au principal, l'autorité de concurrence compétente est tenue d'établir que des clauses d'exclusivité figurant dans des contrats de distribution ont pour effet d'exclure du marché des concurrents aussi efficaces que l'entreprise en position dominante et si cette autorité est tenue d'examiner de manière détaillée les analyses économiques produites par cette entreprise, notamment lorsqu'elles sont fondées sur un test dit du « concurrent aussi efficace ».

À cet égard, **la Cour rappelle qu'un abus de position dominante peut notamment être établi lorsque le comportement reproché a produit des effets d'éviction à l'égard de concurrents aussi efficaces que l'auteur de ce comportement** en termes de structure de coûts, de capacité d'innovation ou de qualité ou encore lorsque ledit comportement repose sur l'utilisation de moyens autres que ceux relevant d'une concurrence « normale », c'est-à-dire fondée sur les mérites. Il appartient, en général, aux autorités de concurrence de démontrer le caractère abusif d'un comportement au regard de l'ensemble des circonstances factuelles pertinentes entourant le comportement en cause, ce qui inclut celles mises en exergue par les éléments de preuve avancés en défense par l'entreprise en position dominante.

Certes, pour établir le caractère abusif d'un comportement, une autorité de concurrence ne doit pas nécessairement démontrer que ce comportement a effectivement produit des effets anticoncurrentiels. Dès lors, **une autorité de concurrence peut constater une violation de l'article 102 TFUE en établissant que**, durant la période pendant laquelle **le comportement** en cause a été mis en œuvre, celui-ci **avait**, dans les circonstances de l'espèce, **la capacité de restreindre la concurrence par les mérites malgré son absence d'effet**. Toutefois, cette démonstration doit, en principe, être fondée sur des éléments de preuve tangibles, qui démontrent, en allant au-delà de la simple hypothèse, la capacité effective de la pratique en cause à produire de tels effets, l'existence d'un doute à cet égard devant bénéficier à l'entreprise ayant recours à une telle pratique.

Si une autorité de concurrence peut s'appuyer sur les enseignements des sciences économiques, confirmés par des études empiriques ou comportementales, afin d'apprécier la capacité du comportement d'une entreprise à restreindre la concurrence, d'autres éléments propres aux circonstances de l'espèce, tels que l'ampleur dudit comportement sur le marché, les contraintes de capacités pesant sur les fournisseurs de matières premières ou le fait que l'entreprise en position dominante soit, au moins, pour une partie de la demande un partenaire inévitable, doivent également être pris en compte pour déterminer si, eu égard à ces enseignements, le comportement en cause doit être regardé comme ayant eu la capacité de produire des effets d'éviction sur le marché concerné.

Dans ce contexte, s'agissant plus particulièrement de l'utilisation de clauses d'exclusivité, il ressort de la jurisprudence de la Cour que les clauses par lesquelles des cocontractants s'engagent à s'approvisionner pour la totalité ou une part considérable de leurs besoins auprès d'une entreprise en position dominante, même non

assorties de rabais, constituent, par nature, une exploitation d'une position dominante et qu'il en va de même pour les rabais de fidélité accordés par une telle entreprise.

Dans l'arrêt Intel/Commission ², la Cour a, toutefois, précisé cette jurisprudence en indiquant, en premier lieu, que, lorsqu'une entreprise en position dominante soutient, au cours de la procédure administrative, que son comportement n'a pas eu la capacité de produire les effets d'éviction reprochés et avance des éléments de preuve à l'appui de ses allégations, l'autorité de concurrence est notamment tenue d'apprécier l'existence éventuelle d'une stratégie visant à évincer les concurrents au moins aussi efficaces que l'entreprise en position dominante.

En second lieu, la Cour a ajouté que l'analyse de la capacité d'éviction est également pertinente pour l'appréciation du point de savoir si un système de rabais relevant en principe de l'interdiction de l'article 102 TFUE peut être objectivement justifié. En outre, l'effet d'éviction qui résulte d'un système de rabais, désavantageux pour la concurrence, peut être contrebalancé, voire surpassé, par des avantages en termes d'efficacité qui profitent aussi au consommateur. Une telle mise en balance des effets, favorables et défavorables pour la concurrence, de la pratique contestée ne peut être opérée qu'à la suite d'une analyse de la capacité d'éviction de concurrents au moins aussi efficaces que l'entreprise en position dominante, inhérente à la pratique en cause.

Or, cette précision apportée dans l'arrêt Intel/Commission par rapport aux systèmes de rabais doit être comprise comme valant également pour les clauses d'exclusivité.

Il s'ensuit que, d'une part, lorsqu'une autorité de concurrence suspecte qu'une entreprise a violé l'article 102 TFUE en ayant recours à de telles clauses et que cette dernière conteste, au cours de la procédure, la capacité concrète desdites clauses d'exclure du marché des concurrents aussi efficaces, éléments de preuve à l'appui, cette autorité doit s'assurer, au stade de la caractérisation de l'infraction, que ces clauses avaient, dans les circonstances de l'espèce, la capacité effective d'exclure du marché des concurrents aussi efficaces que cette entreprise.

D'autre part, l'autorité de concurrence ayant ouvert cette procédure est également tenue d'apprécier, de manière concrète, la capacité de ces clauses de restreindre la concurrence, lorsque, au cours de la procédure administrative, l'entreprise suspectée soutient qu'il existe des justifications à sa conduite.

En tout état de cause, **la présentation en cours de procédure de preuves susceptibles de démontrer l'absence de capacité à produire des effets restrictifs fait naître l'obligation pour ladite autorité de concurrence de les examiner.**

En conséquence, lorsque l'entreprise en position dominante a produit une étude économique afin de démontrer que la pratique qui lui est reprochée n'est pas susceptible d'évincer des concurrents, l'autorité de concurrence compétente ne saurait exclure la pertinence de cette étude sans exposer les raisons pour lesquelles elle estime que celle-ci ne permet pas de contribuer à la démonstration de l'incapacité des pratiques mises en cause à porter atteinte à la concurrence effective sur le marché concerné et, par la suite, sans mettre en mesure ladite entreprise de déterminer l'offre de preuve qui pourrait lui être substituée.

La juridiction de renvoi s'étant référée expressément, dans son renvoi préjudiciel, au test du « concurrent aussi efficace », la Cour relève, enfin, qu'un tel test n'est qu'une méthode parmi d'autres permettant d'apprécier si une pratique a la capacité de produire des effets d'éviction. Par conséquent, les autorités de concurrence ne sauraient avoir l'obligation juridique d'avoir recours à ce test pour constater le caractère abusif d'une pratique. Toutefois, si les résultats d'un test de cette nature sont présentés par l'entreprise concernée au cours de la procédure administrative, l'autorité de concurrence est tenue d'en examiner la valeur probante.

² Arrêt du 6 septembre 2017, Intel/Commission, [C 413/14 P](#) (voir également [CP 90/17](#)).

RAPPEL : Le renvoi préjudiciel permet aux juridictions des États membres, dans le cadre d'un litige dont elles sont saisies, d'interroger la Cour sur l'interprétation du droit de l'Union ou sur la validité d'un acte de l'Union. La Cour ne tranche pas le litige national. Il appartient à la juridiction nationale de résoudre l'affaire conformément à la décision de la Cour. Cette décision lie, de la même manière, les autres juridictions nationales qui seraient saisies d'un problème similaire.

Document non officiel à l'usage des médias, qui n'engage pas la Cour de justice.

Le [texte intégral](#) de l'arrêt est publié sur le site CURIA le jour du prononcé.

Contact presse : Amanda Nouvel ☎ (+352) 4303 2524.

Restez connectés !

