

Affaire C-680/20

Demande de décision préjudicielle

Date de dépôt :

15 décembre 2020

Juridiction de renvoi :

Consiglio di Stato (Italie)

Date de la décision de renvoi :

7 décembre 2020

Partie requérante :

Unilever Italia Mkt. Operations Srl

Partie défenderesse :

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

[OMISSIS]

RÉPUBLIQUE ITALIENNE

Le Consiglio di Stato (Conseil d'État)

siégeant au contentieux (sixième section)

rend la présente

ORDONNANCE

sur le recours [OMISSIS] formé par :

UNILEVER ITALIA MKT. OPERATIONS S.R.L., [OMISSIS] Rome,
[OMISSIS]

contre

AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO,
[OMISSIS]

en présence de

LA BOMBA S.N.C., [OMISSIS]

tendant à la réformation

du jugement du Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (tribunal administratif régional pour le Latium) (première chambre) [Or. 2] n° 6080 de 2018 ;

[OMISSIS]

LES FAITS

1.– Les principaux faits pertinents pour la solution du litige peuvent être résumés comme suit :

- La société Unilever Italia Mkt. Operations s.r.l. (ci-après « Unilever ») – qui a pour activité le développement et la commercialisation de produits de grande consommation sous des marques très renommées, parmi lesquelles, dans le domaine des glaces, « Algida » et « Carte d'Or » – a attaqué la décision n° 339/2003 [OMISSIS] de l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (Autorité garante de la concurrence et du marché, ci-après l'« Autorité de concurrence ») qui lui a reproché de s'être rendue coupable d'abus de position dominante, en violation de l'article 102 TFUE, en adoptant une stratégie d'éviction à travers le recours massif à des clauses d'exclusivité commerciale et un ensemble articulé d'autres conditions contractuelles, d'instruments de politique commerciale et de pratiques visant ensemble à maintenir durablement vis-à-vis de sa clientèle le caractère exclusif des approvisionnements et à faire obstacle, par là-même, à une concurrence fondée sur le mérite ;
- la procédure a pour origine une plainte de la société La Bomba s.n.c., productrice de « ghiaccioli » (bâtonnets glacés) dans les régions d'Émilie-Romagne, des Marches et du Latium, qui dénonçait le fait qu'Unilever aurait, au cours des dernières années, enjoint aux exploitants d'établissements balnéaires et de bars de ne pas commercialiser, à côté de ses propres produits, également les bâtonnets glacés de La Bomba, ni [Or. 3] à l'intérieur des compartiments congélateurs « Algida » ni dans ceux propres à La Bomba, menaçant en cas contraire de ne pas appliquer les remises prévues dans l'accord déjà conclu et imposant, en outre, le paiement de pénalités ou la résolution du contrat ;
- la décision adoptée par l'Autorité de concurrence à l'issue de l'instruction a infligé à Unilever une sanction de 60 668 850,00 EUR, ordonnant de surcroît qu'il soit mis fin aux agissements jugés illicites, sur la base des conclusions suivantes :

a) sur le marché pertinent – défini comme étant le marché national de la distribution et de la commercialisation de glaces conditionnées aux revendeurs opérant dans les points de vente « hors domicile » (à l'exclusion du canal de commercialisation Hôtellerie-Restauration-Café) –, Unilever occupe une position dominante ;

b) les 150 distributeurs locaux d'Unilever (ci-après les « concessionnaires ») ne constituent pas des entreprises autonomes et leur politique commerciale est à attribuer à Unilever ;

c) le mode opératoire d'Unilever et de ses concessionnaires sur le marché – consistant à prévoir des obligations d'exclusivité pour les produits, l'application de remises et de commissions subordonnées à la réalisation d'objectifs en terme de chiffre d'affaires, l'application de commissions subordonnées au maintien dans leurs assortiments d'une gamme déterminée de glaces Unilever, la prévision de commissions promotionnelles en contrepartie de prestations purement symboliques, l'octroi de commissions aux concessionnaires non justifiées par une contrepartie promotionnelle, l'application de remises inconditionnelles en fin d'année – est constitutif d'un abus de position dominante tel que visé à l'article 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après « TFUE ») ;

– Unilever conteste la légalité de la décision de sanction de l'Autorité de concurrence, en se fondant sur les griefs suivants :

i) [OMISSIS] [*grief non pertinent pour la demande de décision préjudicielle*]

ii) absence d'instruction et erreurs méthodologiques affectant l'affirmation selon laquelle le marché pertinent faisant l'objet de l'enquête serait uniquement celui des glaces [Or. 4] conditionnées, à l'exclusion de la glace en vrac, tant artisanale qu'industrielle, car la substituabilité objective entre les produits n'aurait pas été correctement appréciée ;

iii) définition erronée du marché géographique, l'Autorité de concurrence ayant retenu l'ensemble du territoire national alors que le marché examiné est fragmenté et réparti en divers marchés locaux ;

iv) violation de l'article 102 TFUE en ce qui concerne la qualification d'Unilever d'entreprise en position dominante ;

v) violation de l'article 102 TFUE en ce qui concerne l'imputation à Unilever des agissements des concessionnaires, les concessionnaires locaux étant responsables en propre, chacun pour son propre secteur, de la commercialisation des produits Unilever, de sorte que les effets de leurs agissements ne sauraient être imputés à la société [Unilever] ;

vi) violation de l'article 102 TFUE en ce qui concerne la qualification des agissements d'Unilever de conduites abusives, dans la mesure où les divers

agissements imputés à Unilever seraient non démontrés, l’Autorité de concurrence n’ayant réalisé aucune étude économique visant à mesurer la capacité des agissements à évincer du marché les concurrents aussi efficaces, ni procédé à une mise en balance des effets prétendument anticoncurrentiels avec les effets pro-concurrentiels ;

[OMISSIS] [*grief de droit national*]

2.– Le Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio [OMISSIS] [**Or. 5**] [OMISSIS] a rejeté le recours dans son intégralité.

3.– La société Unilever Italia Mkt. Operations s.r.l. a fait appel de ce jugement. [OMISSIS]

4.– La juridiction de céans estime que l’affaire n’est pas encore en état d’être jugée parce qu’il est nécessaire de résoudre, au préalable, certaines difficultés d’interprétation de l’article 102 TFUE.

EN DROIT

1.– L’article 102 TFUE (ex article 82 du traité CE) interdit « dans la mesure où le commerce entre États membres est susceptible d’en être affecté, le fait pour une ou plusieurs entreprises d’exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché intérieur ou dans une partie substantielle de celui-ci » (l’article 3 de la loi italienne n° 287 de 1990 en reprend le contenu, disposant qu’« [est] interdit l’abus de la part d’une ou plusieurs entreprises d’une position dominante sur le marché national ou une partie substantielle de celui-ci [...] »).

La jurisprudence européenne ainsi que les communications de la Commission ont souligné à plusieurs reprises qu’il n’est pas illégal en soi qu’une entreprise occupe une position dominante et que cette entreprise dominante a le droit (et le devoir) de participer à des appels d’offres sur la base de ses mérites. L’interdiction édictée en droit de la concurrence trouve son fondement dans la « responsabilité spéciale » des entreprises privées dotées d’un fort pouvoir économique de marché, qui leur impose de ne pas permettre que leur comportement fasse obstacle à une concurrence réelle et non faussée sur le marché commun.

En termes structurels, le délit d’abus de position dominante semble comporter les trois éléments matériels suivants : la position dominante (individuelle ou collective), l’exploitation abusive de celle-ci et l’absence de justifications objectives (prévalant sur les effets restrictifs de la concurrence). L’étendue du contrôle pouvant être exercé par les pouvoirs publics dépendra du décryptage de ces notions juridiques floues.

2.– Le premier point à approfondir concerne la notion d’« entreprise » en droit [**Or. 6**] européen de la concurrence et les critères d’imputation subjective de l’infraction qui en résultent.

2.1.– En l'espèce, les agissements abusifs reprochés par l'Autorité de concurrence – bien qu'ils aient été matériellement commis non pas par Unilever mais par ses concessionnaires – ont été imputés uniquement à la société Unilever car il a été considéré que cette dernière et ses concessionnaires formaient une seule et même entité économique, une « unité économique ». La thèse de l'Autorité de concurrence – selon laquelle Unilever pratiquerait un « certain degré d'interférence dans la politique commerciale des concessionnaires » – a été entérinée par le juge de première instance qui a parlé à cet égard d'« autonomie décisionnelle réduite » des concessionnaires.

La société appelante rétorque que les concessionnaires sont des entrepreneurs indépendants qui déterminent librement leur politique commerciale, en assumant eux-mêmes les risques liés à leur activité, comme le confirmeraient les déclarations faites par certains d'entre eux dans le cadre d'un sondage effectué de manière anonyme par une agence extérieure renommée.

2.2.– Puisque la juridiction nationale doit déterminer, en fait, le contenu de la relation contractuelle ayant existé entre Unilever et ses concessionnaires, se fait jour, en droit, la nécessité de clarifier la notion d'« entreprise » dans le contexte de sanctions prononcées en droit de la concurrence, à la lumière de la théorie de l'« unité économique ». Le point de savoir, en particulier, dans quelles conditions la coordination entre des opérateurs économiques formellement autonomes et indépendants est telle qu'elle équivaut à un centre de décision unique, avec pour corollaire que les agissements de l'un peuvent également être imputés à l'autre, doit être clarifié.

La question a une portée cruciale dans la présente affaire puisque, comme nous l'avons dit, Unilever a été sanctionnée au titre des agissements des concessionnaires, alors que ses agissements autonomes sont présentés par ses défenseurs comme n'étant pas propres, en eux-mêmes, à démontrer l'existence d'un abus d'exclusion. En effet, la partie appelante fait valoir (sans contestation particulière de la partie adverse) que les accords d'exclusivité conclus entre elle et les revendeurs couvraient 0,8 % du total des points de vente opérationnels en Italie, tandis que les accords d'exclusivité signés par les concessionnaires avec leurs propres clients couvraient 8 % du total des points de vente présents [Or. 7] en Italie, ce qui correspond à 24 % du marché en termes de chiffre d'affaires généré.

2.3.– On sait que la jurisprudence de la Cour de justice a forgé une notion d'« entreprise » fonctionnelle et autonome (par rapport au droit civil et commercial en vigueur dans les différents États membres), pertinente pour l'application du droit européen de la concurrence et des ententes afin de donner la plus grande portée utile aux règles sanctionnant les agissements contraires à la réalisation du marché unique et d'accroître leur effet dissuasif (voir les conclusions de l'avocat général Bot, présentées le 29 mars 2011, dans les affaires jointes C-201/09 P et C-216/09 P, ArcelorMittal Luxembourg e.a. [ECLI:EU:C:2010:634]).

En particulier, la Cour de justice a jugé que, pour que des sanctions puissent être infligées en matière d'ententes, il n'y a pas lieu de se référer obligatoirement et exclusivement à la personne morale ayant matériellement mis en œuvre les agissements en cause, la notion d'entreprise devant être comprise comme désignant « une unité économique, même si, du point de vue juridique, cette unité est constituée de plusieurs personnes physiques ou morales » (arrêts du 10 avril 2014, Siemens AG Österreich e.a., C-231/11 P à C-233/11P [ECLI:EU:C:2014:256] ; du 12 juillet 1984, Hydroterm, 170/83, Rec. p. 2999 [ECLI:EU:C:1984:271], point 11 ; du 14 juillet 1972, ICI/Commission, 48/69, Rec. p. 619 [ECLI:EU:C:1972:70], point 140 ; [OMISSIS]). La séparation formelle entre deux entreprises résultant de leurs personnalités juridiques distinctes n'est pas déterminante, puisque, du point de vue externe, c'est l'unité ou non de leur comportement sur le marché qui est déterminante, et donc la notion économique d'opérateur économique (arrêt du 11 juillet 2013, Portielje, C-440/11 P [ECLI:EU:C:2013:514], point 37).

2.4.– Les conditions dans lesquelles on peut conclure à l'existence d'un centre de décision unique alors qu'il existe une pluralité de personnes physiques et morales ont été précisées par les arrêts de la Cour de justice, essentiellement au regard du phénomène des groupes de sociétés.

La jurisprudence européenne estime que les agissements d'une filiale peuvent être **[Or. 8]** imputés à la société mère lorsque « bien qu'ayant une personnalité juridique distincte, cette filiale ne détermine pas de façon autonome son comportement sur le marché, mais applique pour l'essentiel les instructions qui lui sont données par la société mère, eu égard en particulier aux liens économiques, organisationnels et juridiques qui unissent ces deux entités juridiques » (voir arrêts du 10 avril 2014, Areva e.a., C-247/11 P et C-253/11 P [ECLI:EU:C:2014:257], point 30; du 18 juillet 2013, Schindler Holding Ltd, C-501/11 [ECLI:EU:C:2013:522], point 101).

Pour qu'un groupe de sociétés puisse être considéré comme correspondant à une unité économique et que l'on puisse ainsi imputer à la société mère le comportement de la filiale en matière de concurrence, il faut que deux conditions cumulatives soient remplies : la société mère doit avoir la capacité d'exercer une influence déterminante sur la filiale et, surtout, elle doit avoir exercé ce pouvoir en pratique (arrêt du 26 septembre 2013, Dow Chemical, C-179/12P [ECLI:EU:C:2013:605], point 55). La seconde condition implique la nécessité de prouver, *in concreto*, que l'influence déterminante a été effectivement exercée par la société mère sur sa filiale ; l'intensité et les effets de cette influence [ne sauraient] donc faire l'objet d'une présomption. À cette fin, il convient de prendre en considération les liens organisationnels, économiques et juridiques existant entre la société mère et la filiale, en tenant compte de toutes les circonstances particulières du cas d'espèce. La théorie de l'unité économique est également utilisée en vue d'exempter les ententes internes aux groupes de sociétés de l'application du droit des ententes.

L'approche qui vient d'être décrite, axée sur les rapports de contrôle constatés entre les sociétés, présente quelques similitudes avec les dispositions du droit commercial italien qui prévoient qu'une situation de contrôle de l'actionnariat, qu'il soit de droit ou de fait (article 2359, paragraphe 1, du code civil), permet de présumer ex lege (article 2497-sexies, du code civil) l'exercice d'une « activité de direction et de coordination » (attività di direzione e coordinamento) de la part de la société mère (activité qui va un peu plus loin que le simple exercice du contrôle). Le système juridique [italien] assortit les activités de direction et de coordination d'exigences particulières d'ordre réglementaire, tant du point de vue organisationnel que (surtout) du point de vue de la protection des actionnaires [Or. 9] minoritaires et des créanciers de la société subordonnée (à travers l'instauration de règles de responsabilité pour les entreprises ou entités en cas de direction unitaire abusive).

En dehors de l'hypothèse du contrôle des sociétés, l'activité de direction et de coordination de sociétés reposant sur un contrat avec lesdites sociétés ou sur des clauses de leurs statuts doit, en revanche, être démontrée in concreto (article 2497-septies, du code civil).

2.5.– L'affaire objet du présent litige concerne une hypothèse de coordination d'origine contractuelle. Dans un tel cas de figure, il subsiste un certain nombre de difficultés d'interprétation en ce qui concerne la nature et l'importance des indices révélant le lien structurel qui – dans l'abstrait – doit exister entre le producteur et ses intermédiaires afin que se forme [entre eux] une unité économique aux fins du droit de la concurrence.

Les rapports de collaboration commerciale sont l'expression d'une tendance fréquente, observée au cours des dernières années, vers un développement de l'entreprise « en réseau », qui a conduit à « dégroupier » certaines phases de la distribution (mais aussi de la production : c'est le cas de ce que l'on appelle la sous-traitance) de la grande entreprise.

Dans certains de ces cas, le législateur est intervenu pour donner un cadre réglementaire de référence afin de garantir un développement rationnel du phénomène collaboratif entre des entreprises de structure et de force contractuelle différentes, caractérisé dans la majorité des cas par un déséquilibre dans l'information entre celui qui affine [au réseau] et celui qui aspire à être affilié [OMISSIS] [exemples tirés du droit national]

La concession de vente ne constitue cependant pas un schéma contractuel typique, puisqu'il s'agit d'un contrat innommé qui se caractérise par une fonction complexe d'échanges et de collaboration. Le modèle de la concession classique donne lieu à l'obligation de conclure des contrats individuels de vente, c'est-à-dire de conclure des contrats pour le transfert pur et simple de produits, aux conditions fixées dans l'accord [Or. 10] initial. La différence avec un contrat d'agence réside dans le fait que l'agent est tenu à une obligation de « faire » (facere) consistant à promouvoir et rendre possible la conclusion de contrats futurs entre des tiers et le

commettant, en se bornant à mettre en relation les parties qui concluent entre elles une vente, alors que, dans les magasins/points de vente, le concessionnaire achète lui-même et revend à des tiers, avec l'obligation de faire connaître la marchandise, et encaisse la différence entre le prix d'achat et le prix de revente. [OMISSIS] *[arrêts de la Corte di cassazione (Cour de cassation, Italie)]*

Les rapports de collaboration commerciale sont tous, à divers titres et dans des proportions variables, caractérisés par un certain degré d'ingérence, de la part du commettant, dans les modalités d'exécution de la prestation de l'intermédiaire.

Cependant, les contrats de ce type ne donnent pas tous nécessairement lieu à une activité de direction du seul fait qu'ils régissent une collaboration organisée caractérisée par un certain degré d'interférence entre des parties économiquement et juridiquement indépendantes ; ils peuvent très bien se limiter à régir une forme particulière de division du travail entre des grandes entreprises et des petites et moyennes entreprises (ce que l'on appelle l'« externalisation de tâches »). L'autonomie peut ne pas être absolue, le concessionnaire peut être confronté à certaines limites comme l'obligation de respecter certaines instructions reçues du commettant, sans pour autant que cela ne remette en cause le fait qu'il s'agit toujours et en tout état de cause d'« entrepreneurs indépendants », dotés chacun d'une indépendance commerciale et décisionnelle propre, chacun demeurant directement responsable des coûts et risques liés à son activité.

Sur ces bases, il convient de clarifier le point de savoir si l'existence d'un certain degré d'interférence – qui se rencontre effectivement dans le cours normal de ces relations commerciales – de la part de l'entreprise commettante vis-à-vis de l'intermédiaire de distribution, typique des rapports de collaboration commerciale, peut être considérée comme suffisante pour que l'on puisse considérer ces entités comme appartenant à une même unité économique ; ou bien si, aux mêmes fins, il est nécessaire de constater quelque chose de plus, à savoir un véritable lien **[Or. 11]** « hiérarchique » entre les deux entreprises, qui ne peut être reconnu qu'en présence d'un contrat en vertu duquel plusieurs entreprises autonomes « se soumettent » à l'activité de direction et de coordination de l'une d'elles. Il convient de déterminer en particulier si l'activité de direction – bien qu'elle ne nécessite pas la « direction par autrui » totale pour chaque entreprise – suppose toujours l'application d'une pluralité systématique et constante d'actes d'orientation susceptibles d'influer sur les décisions de gestion de l'entreprise, c'est-à-dire sur les choix stratégiques et opérationnels à caractère financier, industriel et commercial concernant la conduite des affaires de la société. Et ce de telle sorte que, à défaut de ces conditions, on pourrait conclure à une simple activité de coordination, consistant à créer un système de synergies entre différentes entreprises.

Dans ce second cas, l'existence de l'activité de direction et de coordination devrait être constatée in concreto sur la base d'actes formels à caractère négocié (tels que des résolutions ou des accords contractuels entre les sociétés concernées), voire de simples actes d'orientation (comme des notes de service, des instructions, des

règles de conduite), susceptibles d'influencer de manière significative les choix de gestion de l'intermédiaire commercial.

La nécessité de relever des indices matériels de l'exercice d'une influence déterminante sur les agissements des intermédiaires, de nature à entraîner pour eux la perte de la qualité d'opérateurs économiques indépendants, semblerait admise également par la Cour de justice. Certains arrêts affirment que les relations entre un commettant et son intermédiaire peuvent présenter les caractéristiques d'une telle unité économique (arrêt du 16 décembre 1975, *Suiker Unie e.a./Commission*, 40/73-48/73, 50/73, 54/73-56/73, 111/73, 113/73, et 114/73 [ECLI:EU:C:1975:174], point 480), tout en précisant que l'élément déterminant pour décider si un intermédiaire est un opérateur économique indépendant doit s'apprécier sous l'angle de la charge des risques financiers et commerciaux liés à la vente de marchandises à des tiers. On lit en particulier que « les intermédiaires ne sont, toutefois, susceptibles de perdre leur qualité d'opérateur économique indépendant que lorsqu'ils ne supportent aucun des risques résultant des contrats négociés ou conclus pour le compte du commettant et opèrent comme auxiliaires **[Or. 12]** intégrés à l'entreprise de celui-ci » (arrêt du 14 décembre 2006, [*Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio*], C-217/05 [ECLI:EU:C:2006:784] [point 43]).

2.6.– Malgré les références jurisprudentielles que nous avons citées, la notion d'« unité économique » demeure trop « fluctuante » et incertaine, à la fois parce qu'elle est fortement conditionnée par le contexte factuel dans lequel s'inscrit la jurisprudence, et en raison de la difficulté de traduire en des termes juridiques rigoureux la notion d'« opérateur économique » (issue de règles économiques).

Il apparaît nécessaire que la Cour fournisse des critères d'appréciation plus précis pour répondre au besoin de clarté et de stabilité des relations juridiques. La sécurité juridique, comme l'enseigne la Cour de justice elle-même, exige en effet que les règles de droit soient claires et précises afin que les citoyens qui en sont les destinataires soient en mesure de déterminer sans équivoque quels sont les droits et les obligations qui leur sont attribués et de leur permettre d'agir en conséquence (arrêts du 3 juin 2008, *Intertanko e.a.*, C-308/06 [EU:C:2008:312] ; du 9 juillet 1981, *Gondrand Frères et Garancini*, 169/80 [EU:C:1981:171] ; du 13 février 1996, *Gebroeders van Es Douane Agenten BV contre Inspecteur der Invoerrechten en Accijnzen*, C-143/93 [ECLI:EU:C:1996:45] ; du 21 juin 2007, *Stichting ROM-projecten*, C-158/06 [ECLI:EU:C:2007:370], et du 10 septembre 2009, *Plantanol GmbH & Co. KG*, C-201/08 [ECLI:EU:C:2009:539]). Cette nécessité est d'autant plus forte que les dispositions réglementaires « peuvent avoir sur les individus et les entreprises des conséquences défavorables » (arrêt du 5 juillet 2012, *Société d'investissement pour l'agriculture tropicale SA contre État belge*, C-318/10 [EU:C:2012:415] [point 58]).

À cela s'ajoute que la sanction pécuniaire litigieuse revêt un caractère « pénal » au sens de l'article 7 de la CEDH, en raison de l'aspect intrinsèquement « punitif » de son montant total, et de ce fait – selon le droit italien – ne peut être appliquée

que « dans les cas et les délais » prévus par la loi [OMISSIS] [Or. 13] [*droit italien*], eu égard à l'un des corollaires du principe de légalité, à savoir la non-rétroactivité des dispositions pénales, mais aussi à un autre corollaire de ce principe, le principe d'exhaustivité et de précision des règles de nature pénale [OMISSIS].

3.– Le second doute interprétatif concerne l'élément objectif de l'infraction (l'« exploitation abusive par une ou plusieurs entreprises d'une position dominante sur le marché ») et, en particulier, le niveau de preuve auquel les autorités de concurrence doivent se conformer pour établir l'existence de pratiques abusives d'exclusion.

3.1.– Il semble possible d'affirmer que si l'entente restrictive « par objet » se traduisant par un partage illicite du marché est illicite en soi sans qu'il soit nécessaire d'en examiner les effets [ex plurimis, arrêt du 20 novembre 2008, *Beef Industry Development Society et Barry Brothers*, C-209/07 (EU:C:2008:643)], pour l'abus de position dominante, en revanche, il n'existe pas de présomption similaire du caractère abusif concernant les initiatives de marché prises par l'entreprise dominante (et de fait, si l'entente par objet est en soi illégale même dans le cas où les prix sont équitables, en cas d'abus [de position dominante], les prix doivent en revanche être inéquitables).

Selon un courant jurisprudentiel qui paraît établi, les faits d'abus de position dominante peuvent être constatés également dans la phase préparatoire, avant que les effets restrictifs ne soient produits [OMISSIS]. Ainsi, la preuve actuelle des effets de l'abus n'est pas nécessaire, il suffit de démontrer la simple nature potentielle de l'effet restrictif [ex plurimis : arrêt du 17 février 2011, C-52/09 [ECLI:EU:C:2011:83] [point 64]].

Si l'abus de position dominante est constitué par tout comportement consistant non seulement à empêcher effectivement mais aussi à tenter simplement d'empêcher le maintien du niveau de concurrence encore existant, ou son développement, cela implique que l'acte de nature à porter préjudice aux concurrents de la part d'un opérateur [Or. 14] détenant une position dominante est en soi suffisant pour permettre de conclure à la violation et à l'application du système de sanctions.

On ne sait cependant pas clairement – même en présence d'un comportement susceptible en théorie de produire des effets restrictifs – si l'entreprise sanctionnée est effectivement recevable à prouver qu'aucun effet restrictif ne s'est matérialisé « dans le temps » et que les agissements contestés se sont avérés dépourvus de nocivité concrètement. Et, en cas de réponse affirmative, l'Autorité de concurrence a-t-elle l'obligation d'examiner en détail les analyses économiques produites par la partie sanctionnée en vue de démontrer que le comportement faisant l'objet de l'enquête est insusceptible concrètement d'évincer ses concurrents du marché ?

La sixième section du Consiglio di Stato [Conseil d'État, Italie] [OMISSIS] a récemment posé, dans le cadre d'un renvoi préjudiciel, la question suivante qui intéresse également la présente affaire :

« 3) En cas d'abus de position dominante consistant à tenter d'empêcher le maintien du niveau de concurrence existant ou son développement, l'entreprise dominante est-elle néanmoins recevable à prouver que – nonobstant la capacité abstraite de produire l'effet restrictif – les agissements se sont avérés dépourvus de nocivité concrète ; et, en cas de réponse affirmative, aux fins de l'appréciation de l'existence d'un abus par exclusion atypique, l'article 102 TFUE doit-il être interprété en ce sens qu'il faut considérer que l'Autorité de concurrence a l'obligation d'examiner de manière détaillée les analyses économiques produites par la partie quant à la capacité concrète des agissements objet d'enquête d'exclure du marché les concurrents ? »

3.2.– En l'espèce, l'importance à accorder à l'impact actuel ou potentiel sur la concurrence dans le cadre de l'examen au regard de l'article 102 TFUE doit s'apprécier surtout à la lumière de l'arrêt INTEL du 6 septembre 2017, dans l'affaire C-413/14 P [ECLI:EU:C:2017:632] relatif aux rabais de fidélité.

La société Intel (qui détenait plus de 70 % des parts du marché des processeurs d'ordinateur) avait été accusée d'abus de position dominante sur le [Or. 15] marché des processeurs et de violation des règles de concurrence de l'Union européenne. Selon la Commission, Intel avait octroyé à quatre équipementiers informatiques des rabais avantageux à condition qu'ils s'approvisionnent exclusivement auprès d'elle. En outre, Intel avait effectué des paiements en faveur d'une entreprise pour autant que celle-ci ne vende que des PC équipés de processeurs Intel. Selon la Commission européenne, l'objectif desdits rabais et paiements était d'obtenir une exclusivité auprès de ces clients (« rabais d'exclusivité ») et d'exclure un concurrent de la fourniture des mêmes biens. Sur cette base, la Commission européenne avait infligé à la société américaine une maxi-sanction de 1,06 milliard d'euros pour avoir abusé de sa position dominante sur le marché mondial des microprocesseurs.

Le Tribunal de première instance était parvenu à la conclusion que ces types de rabais étaient intrinsèquement anticoncurrentiels et que, dès lors, aux fins de l'établissement de leur caractère abusif, il n'était pas nécessaire d'en apprécier l'impact actuel ou potentiel sur la concurrence au regard de l'ensemble des circonstances de l'espèce.

L'arrêt INTEL a dit pour droit que :

- « À cet égard, il a déjà été jugé que, pour une entreprise se trouvant en position dominante sur un marché, le fait de lier, fût-ce à leur demande, des acheteurs par une obligation ou une promesse de s'approvisionner pour la totalité ou pour une part considérable de leurs besoins exclusivement auprès de ladite entreprise constitue une exploitation abusive d'une position dominante au sens de

l'article 102 TFUE, soit que l'obligation est stipulée sans plus, soit qu'elle trouve sa contrepartie dans l'octroi d'un rabais. Il en est de même lorsque ladite entreprise, sans lier les acheteurs par une obligation formelle, applique, soit en vertu d'accords passés avec ces acheteurs, soit unilatéralement, un système de rabais de fidélité, c'est-à-dire de remises liées à la condition que le client, quel que soit par ailleurs le montant de ces achats, s'approvisionne exclusivement pour la totalité ou pour une partie importante de ses besoins auprès de l'entreprise en position dominante (voir arrêt du 13 février 1979, Hoffmann-La Roche/Commission, 85/76, EU:C:1979:36, point 89). **[Or. 16]**

- Toutefois, il convient de préciser cette jurisprudence dans le cas où l'entreprise concernée soutient, au cours de la procédure administrative, éléments de preuve à l'appui que son comportement n'a pas eu la capacité de restreindre la concurrence et, en particulier, de produire les effets d'éviction reprochés.
- Dans un tel cas, la Commission est non seulement tenue d'analyser, d'une part, l'importance de la position dominante de l'entreprise sur le marché pertinent et, d'autre part, le taux de couverture du marché par la pratique contestée, ainsi que les conditions et les modalités d'octroi des rabais en cause, leur durée et leur montant, mais elle est également tenue d'apprécier l'existence éventuelle d'une stratégie visant à évincer les concurrents au moins aussi efficaces (voir, par analogie, arrêt du 27 mars 2012, Post Danmark, C-209/10, EU:C:2012:172, point 29).
- 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 (arrêt du 15 mars 2007, British Airways/Commission, C-95/04 P, EU:C:2007:166, point 86). Une telle mise en balance des effets, favorables et défavorables pour la concurrence, de la pratique contestée ne peut être opérée dans la décision de la Commission qu'à la suite d'une analyse de la capacité d'éviction de concurrents au moins aussi efficaces, inhérente à la pratique en cause.
- Si, dans une décision constatant le caractère abusif d'un système de rabais, la Commission effectue une telle analyse, il appartient au Tribunal d'examiner l'ensemble des arguments de la partie requérante visant à mettre en cause le bien-fondé **[Or. 17]** des constatations faites par la Commission quant à la capacité d'éviction du système de rabais concerné [...] ».

Sur ces bases, la Cour de justice a conclu que le Tribunal s'était à tort abstenu, dans le cadre de son analyse de la capacité des rabais litigieux de restreindre la concurrence, de prendre en considération les arguments d'Intel visant à mettre en lumière de prétendues erreurs commises par la Commission dans le cadre du « test AEC » (le test du concurrent aussi efficace).

3.3.– La partie appelante, se prévalant de l'arrêt Intel précité, reproche à l'Autorité de concurrence de ne pas avoir effectué d'analyse à propos des effets concrets des comportements d'Unilever (et donc de l'absence d'effets d'exclusion vis-à-vis de concurrents au moins aussi efficaces), pas plus que des effets connexes favorables à la concurrence, tant en termes d'extension de la diffusion des produits qu'en termes de réduction du prix pour les commerçants et les consommateurs (ainsi qu'il ressortirait de l'étude commandée par Unilever à un cabinet de conseil économique faisant autorité).

L'Autorité de concurrence estime, au contraire, que les principes énoncés dans l'arrêt Intel ne seraient pas applicables au cas d'espèce, dans la mesure où ils ne seraient valables qu'à l'égard des abus réalisés au moyen de rabais de fidélité, alors que le caractère abusif du comportement d'Unilever résiderait également dans l'application répandue de clauses d'exclusivité ; la Cour de justice aurait simplement relevé un « vice formel » [de l'arrêt] du Tribunal qui n'avait pas statué sur les objections soulevées par la requérante relatives au « test AEC » (*as efficient competitor test*, test du concurrent aussi efficace) ; [OMISSIS] le test AEC conduit par Unilever serait en tout état de cause inapte à démontrer l'absence d'effets anticoncurrentiels de ses agissements parce qu'aucun test ne serait en mesure d'analyser, simultanément, une multiplicité de pratiques abusives.

3.4.– Dans ces circonstances, il est nécessaire de savoir :

- si les principes de l'arrêt Intel sont généralisables au-delà du cas des rabais d'exclusivité ou de fidélisation, et donc applicables également aux cas où sont prévues des obligations d'exclusivité, ou à des cas de conduites caractérisées par une multiplicité de pratiques abusives, ou si, au contraire, dans de tels cas l'Autorité de concurrence n'a aucune obligation juridique de [Or. 18] fonder sa conclusion sur le test du concurrent aussi efficace ;
- si, à chaque fois que l'entreprise produit au cours de l'enquête des études ou analyses approfondies utiles pour réfuter l'effet d'exclusion contesté, l'Autorité de concurrence est tenue de démontrer que les comportements faisant l'objet de l'enquête sont effectivement de nature à exclure du marché les concurrents aussi efficaces ; ou, dans quels cas ou à quelles conditions, il est possible d'écarter la pertinence du test du concurrent aussi efficace ou des études et analyses approfondies produites par l'entreprise ; et, en particulier, si l'appréciation de l'Autorité de concurrence écartant la pertinence du test du concurrent aussi efficace ou des études ayant une fonction analogue en cas de comportements tels que ceux faisant l'objet de l'enquête est légitime au regard de l'arrêt Intel.

4.– Les questions d'interprétation exposées ci-dessus ont donc une portée déterminante pour la solution du présent litige et il n'existe pas, en l'état, de prise de position univoque de la Cour de justice. C'est pourquoi il y a lieu de déférer l'affaire à la Cour de justice de l'Union européenne, conformément à l'article 267 TFUE. Le droit de l'Union européenne, qui est dépourvu de système

de protection juridictionnelle autonome, confiée à ce mécanisme fondamental de « coordination » le soin d'assurer l'application et l'interprétation uniformes des règles de son droit et d'assister le travail des juridictions nationales (voir, entre autres, arrêt du 27 février 2018, Associação Sindical dos Juizes Portugueses/Tribunal de Contas, C-64/16 [ECLI:EU:C:2018:117], point 32).

La Cour de justice est par conséquent saisie des questions suivantes :

« 1) En dehors des cas de contrôle des sociétés, quels sont les critères pertinents pour déterminer si la coordination contractuelle entre des opérateurs économiques formellement autonomes et indépendants donne lieu à une unité économique au sens des articles 101 et 102 TFUE ; en particulier, l'existence d'un certain degré d'ingérence dans les choix commerciaux d'une autre entreprise, qui caractérise habituellement les relations de collaboration commerciale entre producteur et intermédiaires de distribution, peut-elle être considérée comme suffisante pour que l'on considère ces entités comme appartenant à la même **[Or. 19]** unité économique ; ou bien faut-il un lien « hiérarchique » entre les deux entreprises, pouvant être constaté en présence d'un contrat en vertu duquel plusieurs entreprises autonomes se « soumettent » à l'activité de direction et de coordination de l'une d'elles, de sorte que l'Autorité de concurrence doit apporter la preuve d'une pluralité systématique et constante d'actes d'orientation susceptibles d'influer sur les décisions de gestion de l'entreprise, c'est-à-dire sur les choix stratégiques et opérationnels à caractère financier, industriel et commercial ?

2) Aux fins d'apprécier l'existence d'un abus de position dominante mis en œuvre au moyen de clauses d'exclusivité, faut-il interpréter l'article 102 TFUE en ce sens qu'il existe pour l'Autorité de concurrence une obligation de vérifier si l'effet de ces clauses est d'exclure du marché des concurrents aussi efficaces, et d'examiner de manière détaillée les analyses économiques produites par la partie quant à la capacité concrète des comportements en cause d'évincer du marché des concurrents aussi efficaces ? Ou bien, dans le cas de clauses d'exclusivité visant à évincer ou de comportements caractérisés par une multitude de pratiques abusives (rabais de fidélité et clauses d'exclusivité), l'obligation juridique pour l'Autorité de concurrence d'appliquer le critère du concurrent aussi efficace pour constater l'infraction au droit de la concurrence est-elle inexistante ? »

P.Q.M.

Le Consiglio di Stato siégeant au contentieux (Sixième Section),

VU l'article 267 TFUE [OMISSIS]

renvoie à la Cour de justice de l'Union européenne l[es] question[s] préjudicielle[s] indiquée[s] ci-dessus ;

[OMISSIS]

[Or. 20]

[OMISSIS] *[formule procédurale]*

[OMISSIS] Rome [OMISSIS] le 8 octobre 2020 [OMISSIS]

DOCUMENT DE TRAVAIL