

## DROIT DE LA CONCURRENCE ET INSTRUMENTALISATION PARASITAIRE

Nicolas Petit et Norman Neyrinck<sup>1</sup>

Depuis quelques mois, dans la région de Chicago, un festival issu de la mouvance grunge, le Lollapalooza, fait le *buzz* au sein la communauté des spécialistes du droit antitrust américain.<sup>2</sup> L'ensemble des artistes à l'affiche aurait contractuellement renoncé à se produire dans la région à l'issue du festival. Mécontents, les clubs locaux et organisateurs indépendants de concert ont saisi le procureur général de l'Illinois qui vient d'ouvrir une enquête pour violation potentielle du droit antitrust. Sûrs de leur bon droit, les organisateurs du Lollapalooza rétorquent qu'il s'agit de protéger leurs lourds investissements (paiement des artistes, dépenses publicitaires, etc.). Autrement, les organisateurs de concerts concurrents pourraient profiter de la présence des artistes dans la région pour offrir, dès le lendemain, des représentations à un prix inférieur et parasiter les investissements réalisés par le Lollapalooza.

A réfléchir à cette anecdote, on peut se demander si le droit de la concurrence, autrefois qualifié de « *dernier repaire des brigands* »,<sup>3</sup> n'est pas devenu le refuge d'opportunistes en tout genre et, notamment, de parasites. Le parasite – encore qualifié de passager clandestin – est celui qui tire profit, sans rien dépenser, des efforts d'un autre.<sup>4</sup>

A survoler les manchettes des grandes gazettes financières, on s'en laisserait presque convaincre. Les entreprises sujettes aux plaintes de rivales ont en effet pris coutume de dépeindre les plaignants comme des opportunistes, animés par la volonté de parasiter leurs investissements. Contrainte par la Commission européenne (« la Commission »), en 2004, à dévoiler les protocoles d'interopérabilité de son système d'exploitation Windows, Microsoft

---

<sup>1</sup> Nicolas PETIT est Professeur à l'Université de Liège (ULg), Belgique, Directeur du Global Competition Law Centre (GCLC) du Collège d'Europe et Directeur de la Brussels School of Competition (BSC) ([nicolas.petit@ulg.ac.be](mailto:nicolas.petit@ulg.ac.be)). Norman Neyrinck est assistant à l'Université de Liège (ULg) et avocat au Barreau de Liège ([norman.neyrinck@ulg.ac.be](mailto:norman.neyrinck@ulg.ac.be)). Les auteurs remercient Jean-François Bellis, Frédéric Marty et Elise Provost pour leurs précieux commentaires.

<sup>2</sup> J. WRIGHT, « Lollapalooza and Antitrust », *Truth on the Market*, 28 juin 2010, disponible à l'adresse : <http://truthonthemarket.com/2010/06/28/lollapalooza-and-antitrust/>.

<sup>3</sup> F. LOUIS, « Les conséquences pratiques de la réforme envisagée par le Livre Blanc de la Commission », (2001) 1-2 *Cahiers de droit européen*, 218, p.226.

<sup>4</sup> De manière générique, le droit de la concurrence qualifie ces comportements de parasitisme. Sur le marché, c'est l'entreprise qui accède à moindre frais à une ressource matérielle ou immatérielle dont le coût a été subi par un tiers (un meuble, un immeuble, un bien tangible ou intangible, une clientèle, une information, etc.).

déclarait ainsi dans la presse que ses rivaux « *free rideaient* » sur ses secrets d'affaire.<sup>5</sup> Plus récemment, IBM s'est trouvée accusée de lier abusivement la vente de ses logiciels et de ses serveurs centraux. En réponse, IBM prétend que les fournisseurs de logiciels libres tentent de s'introduire clandestinement sur ses microprocesseurs.<sup>6</sup> Enfin, c'est encore le chiffon rouge du parasitisme qu'ont agité les fabricants de produits de luxe pour exclure les distributeurs en ligne comme eBay de leurs réseaux de distribution sélective.

Approfondissons. La démarche type du parasite consiste à attendre que ses concurrents investissent, puis à chercher à profiter gratuitement de leurs dépenses. Dans cette optique, le droit de la concurrence présente deux caractéristiques intéressantes pour le parasite. Premièrement, le droit de la concurrence prime – voire même supprime – le droit de propriété ou encore la liberté contractuelle.<sup>7</sup> Que l'on songe, par exemple, à l'obligation faite en 2010 à Microsoft de distribuer au consommateur, via son système d'exploitation, une douzaine de navigateurs Internet concurrents.<sup>8</sup> Deuxièmement, les autorités de concurrence ne s'intéressent généralement pas aux mobiles des plaintes portées devant elles.<sup>9</sup> Une stratégie de parasitisme a donc toutes les chances de passer inaperçue.

Le problème que soulève la stratégie du parasite est simple. Le droit de la concurrence est instrumentalisé. Il est détourné de sa finalité, la promotion du bien-être du consommateur.<sup>10</sup> Car, à moyen et long terme, faire droit aux demandes parasitaires réduit les incitations des entreprises aux investissements commerciaux et techniques : si c'est pour devoir partager le fruit de ses investissements, il n'y a évidemment plus d'intérêt à investir.<sup>11</sup>

---

<sup>5</sup> « Microsoft Says Its Rivals Get A 'Free Ride' », *NY Times*, 27 avril 2006.

<sup>6</sup> « French firm files EU antitrust motion against IBM », *Reuters*, 23 mars 2010. Selon IBM, les tentatives de parasitisme porteraient sur des milliards de dollars investis en R&D.

<sup>7</sup> Via, par exemple, l'administration de lourdes mesures correctives et engagements structurels et comportementaux. Plus fondamentalement, le droit de la concurrence fait partie relève de l'ordre public et prévaut le cas échéant sur certaines libertés individuelles.

<sup>8</sup> Décision de la Commission du 16 décembre 2009, *Microsoft*, affaire COMP/C-3/39.530.

<sup>9</sup> N. PETIT, « Les stratégies juridiques en droit des coordinations entre entreprises – Une approche scénarisée », in A. MASSON (dir.), *Les stratégies juridiques des entreprises*, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 281.

<sup>10</sup> Reconnaissons cependant ici que le débat sur les objectifs du droit de la concurrence est loin d'être clos. L'objectif que la DG concurrence s'assigne aujourd'hui est de « *faire en sorte que les marchés délivrent plus de bénéfices aux consommateurs, aux entreprises ainsi qu'à la société dans son ensemble, en protégeant la concurrence sur le marché et en encourageant une culture de la concurrence* » (traduction libre). Directorate General for Competition, *Mission Statement* (disponible à l'adresse : <http://ec.europa.eu/dgs/competition/mission/>). Le choix des objectifs assignés au droit de la concurrence varie d'Etat en Etat. Pour une discussion des différentes tendances géographiques : F. JENNY, « Competition and Efficiency », *Fordh. Corp. L. Inst.*, 1993, p. 187.

<sup>11</sup> Certes, dans le court terme, faire droit aux demandes d'un parasite peut accroître la concurrence : contrainte de devoir partager ses ressources, l'entreprise parasitée se retrouve à égalité avec le passager clandestin et les deux

A la lumière de ces quelques propos introductifs, l'objectif de cette étude est de vérifier plus précisément si le droit de la concurrence est exposé au risque d'instrumentalisation parasitaire. Elle s'inscrit donc dans le sillage de la doctrine relative aux comportements stratégiques en droit de la concurrence.<sup>12</sup> Elle en développe toutefois une approche distincte. Ici, il n'est pas question de s'intéresser aux *finalités* stratégiques qui sous-tendent l'invocation du droit de la concurrence (par exemple, dénouer un contrat, handicaper un concurrent, etc.). Il s'agit plutôt d'identifier les *instruments* du droit de la concurrence susceptibles d'être mobilisés afin de parasiter un concurrent.<sup>13</sup> Pour maintenir le propos dans des proportions raisonnables, l'étude privilégie une approche européenne des questions examinées.

Nous nous intéressons donc, dans les lignes qui suivent, à deux grands domaines du droit antitrust européen, à savoir le droit des accords entre entreprises et le droit de l'abus de position dominante, prescrits respectivement aux articles 101 et 102 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne (« TFUE »). De manière surprenante, là où le droit des accords entre entreprises semble assez fermé au risque d'instrumentalisation parasitaire (I), celui de l'abus de position dominante y paraît plus ouvert (II). Il en ressort donc que le droit européen de la concurrence est asymétriquement exposé au risque de parasitisme (III).

## **I. Le droit des accords entre entreprises, un droit fermé à l'instrumentalisation parasitaire**

Si l'on excepte le droit des ententes qui ne se prête guère à un risque d'instrumentalisation parasitaire, ainsi que les cas de commerce parallèle – correspondant le plus souvent à des situations de dysfonctionnement du marché commun<sup>14</sup> – l'invocation fructueuse de l'article

---

entreprises doivent batailler pied à pied. Ceci étant, dans le long terme, une politique décisionnelle favorable aux prétentions parasitaires nuit au bien-être du consommateur. B. JULLIEN et P. REY, « Resale Price Maintenance and Collusion », mimeo, University of Toulouse, 9 mai 2000 (disponible à l'adresse : [http://idei.fr/doc/wp/2000/102\\_00.pdf](http://idei.fr/doc/wp/2000/102_00.pdf)).

<sup>12</sup> R. BORK, *The Antitrust Paradox : A Policy at War with itself*, New York, The Free Press, 1993, p. 479 ; P. MC AFEE et N. VAKKUR, « The Strategic Abuse of the Antitrust Laws », *Journal of Strategic Management Education*, vol. 1(3), 2004, p.17 ; F. MARTY et J. PILLOT, « L'application de la théorie des facilités essentielles aux droits de propriété intellectuelle favorise-t-elle des stratégies opportunistes de la part des firmes », in A. MASSON (dir.), *Les stratégies juridiques des entreprises*, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 317.

<sup>13</sup> En revanche, la présente étude ne s'intéresse pas à la question de savoir si le droit de la concurrence, et les autorités qui l'appliquent, doivent poursuivre, interdire et corriger les comportements parasitaires (comme le font d'autres branches du droit, par exemple le droit de la concurrence déloyale ou le droit de la propriété intellectuelle).

<sup>14</sup> Ainsi, dans le secteur pharmaceutique, les affaires *Adalat* (CJ, 1 juil. 1993, C-207/91) et *GSK* (CJ, 6 oct. 2009, C-501/06 P), ont été rendues possibles par les disparités des politiques européennes de sécurité sociale. Dans

101 TFUE par un passager clandestin semble improbable. De manière progressive et cohérente, le juge européen et la Commission ont, dans leur jurisprudence et dans les textes, obturé la possibilité, pour un parasite, d'invoquer fructueusement l'article 101 TFUE (A). Il reste, néanmoins quelques hypothèses de réapparition du risque d'instrumentalisation du droit des accords entre entreprises (B).

A. L'éviction du risque d'instrumentalisation parasitaire en droit des accords entre entreprises

De longue date, la Commission et le juge européen, conscients du risque d'instrumentalisation de l'article 101 TFUE, ont refoulé, les demandes de parasites.<sup>15</sup> Le problème est d'abord apparu dans le domaine des accords de distribution. Comme l'a démontré l'école de Chicago, le distributeur fournissant des services avant et après vente (conseils à l'achat, possibilités d'essais en magasin, etc.) ou procédant à des investissements promotionnels, encourt des coûts additionnels qui se répercutent sur son prix de vente. Il s'expose, ce faisant, au risque que le consommateur sélectionne un produit sur son point de vente, puis rende visite à un autre distributeur ne prestant pas un tel service, mais offrant, le cas échéant, un prix plus attractif.<sup>16</sup> Pour maintenir l'incitation du distributeur à prester le service, le fournisseur doit supprimer ce phénomène de « *passager clandestin* » en excluant de son réseau les distributeurs ne participant pas aux investissements (distribution sélective, exclusive, fourniture exclusive, etc.), en fixant les prix de revente en aval, en accordant une protection territoriale, etc.

A l'évidence, de tels arrangements contractuels sont capables d'avoir des effets restrictifs de concurrence au sens de l'article 101(1) TFUE.<sup>17</sup> Sans surprise, les distributeurs exclus des réseaux officiels se sont donc tournés vers le droit européen de la concurrence pour rester sur

---

l'affaire *Volkswagen* (18 sept. 2003, C-338/00 P), c'est la mise en place d'une politique de dévaluation qui suscita le développement du commerce parallèle. Nous sommes reconnaissants à J.-F. Bellis d'avoir porté ce point à notre attention.

<sup>15</sup> A.-L. SIBONY, qui évoque un argument « ancien », in *Le juge et le raisonnement économique*, Paris, L.G.D.J., mars 2008, § 406.

<sup>16</sup> J. TIROLE, *supra*, p.183. Leur avantage est double. Non contents de profiter de campagnes promotionnelles qu'ils ne financent pas, les commerçants les plus opportunistes – précisément parce qu'ils ne doivent pas compenser le coût d'efforts qu'ils n'ont pas faits – sont à même de casser les prix et de capter une partie de la clientèle de leurs rivaux.

<sup>17</sup> La Commission n'a pas manqué de relever les effets d'éviction de la concurrence susceptibles de résulter de pratiques de lutte contre le parasitisme. Communication de la Commission, Lignes directrices sur les restrictions verticales, JO, 19 mai 2010, 130/01, §§ 56, 175, 223 et 224.

le marché. La problématique était au cœur des affaires *Metro I*<sup>18</sup>, *Metro II*<sup>19</sup>, *Nungesser*,<sup>20</sup> et *Pronuptia*.<sup>21</sup> Dans l'arrêt *Metro I*, pour n'évoquer que celui-ci, un grossiste dont les entrepôts étaient directement accessibles aux consommateurs se plaignait de ce que la vente d'équipement électroménager SABA puisse lui être refusée, au motif qu'il ne faisait pas partie du réseau de distribution sélectif mis en place par ce dernier. La Cour refoula les arguments du demandeur. La concurrence tarifaire était certes amoindrie par la mise en place d'un système de distribution sélective dont les membres sont limités et sélectionnés. Néanmoins, les restrictions se trouvaient contrebalancées « *par une concurrence sur la qualité des prestations fournies aux clients* », l'électroménager étant vendu dans des locaux aménagés à cet effet, par un personnel disposant de connaissances techniques appropriées. En l'absence de protection, une telle concurrence n'aurait « *normalement pas [été] possible* », car les revendeurs auraient renoncé à fournir un service spécialisé.

Techniquement, la solution retenue par le juge et la Commission pour refouler les demandes de parasites est double.<sup>22</sup> Premièrement, le parasite ne peut prétendre que l'accord a des effets restrictifs de concurrence au sens de l'article 101(1) TFUE. Il réduit certes la concurrence tarifaire mais augmente la concurrence non tarifaire. Deuxièmement, quand bien même l'accord restreindrait la concurrence, il stimule les investissements et peut donc bénéficier d'une exemption au sens de l'article 101(3) TFUE.

Une nouvelle étape dans l'éviction du risque d'instrumentalisation parasitaire est franchie en 1999 avec l'adoption des lignes directrices sur les restrictions verticales puis, en 2010, avec leur révision. Dans ces textes à caractère général, la Commission élève la protection contre le parasitisme en principale cause de justification des restrictions au sein des réseaux de distribution.<sup>23</sup> Il est d'ailleurs intéressant de relever qu'entre 1999 et 2010, le nombre de références faites dans le texte à la notion de parasitisme est quasiment doublé.<sup>24</sup> Plusieurs types de restrictions à la concurrence sont expressément considérées comme pouvant être

---

<sup>18</sup> CJ, 25 oct. 1977, aff 26-76, *Metro SB-Großmärkte GmbH Rec.* 1977, p. 1875

<sup>19</sup> CJ, 22 oct. 1986, aff. 75/84, *Metro SB-Großmärkte GmbH, Rec.*, 1986, p. 3021.

<sup>20</sup> CJ, 8 juin 1982, aff 258/78, *L.C. Nungesser KG et Kurt Eisele, Rec.*, 1982, p. 2015.

<sup>21</sup> CJ, 28 janvier 1986, aff. 161/84, *Pronuptia de Paris GmbH c. Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis, Rec.*, 1986, p. 353.

<sup>22</sup> Dans le même sens : A.-L. SIBONY, *op. cit.*, note 296.

<sup>23</sup> De manière générale, au stade de l'examen individuel des restrictions verticales, le parasitisme est cité comme le premier exemple de motif de justification. Communication de la Commission, Lignes directrices sur les restrictions verticales, *JO*, 19 mai 2010, 130/01, § 107.

<sup>24</sup> Les termes « *free-riding* » ou « *free-rider* » apparaissent 11 fois dans les lignes directrices datant de 2000, mais 19 fois dans la version 2010.

justifiées par la lutte contre le parasitisme. C'est le cas des systèmes de distribution sélective ou exclusive,<sup>25</sup> ainsi que des obligations de non concurrence<sup>26</sup> qui ont en pratique pour effet d'allouer à un distributeur particulier un territoire ou un réservoir de consommateurs sur lequel répercuter le coûts des services. C'est même encore le cas, semble-t-il, des prix de revente imposés,<sup>27</sup> qui empêchent des distributeurs non astreints à des obligations qualitatives de casser les prix (et de protéger ainsi la marge bénéficiaire des concurrents qui fournissent des services à la vente).

En 2010, la Commission a de nouveau été confrontée à une tentative d'instrumentalisation. Les grands distributeurs en ligne comme eBay ont démarché la Commission pour qu'elle interdise *per se* une série de restrictions souvent imposées aux revendeurs en ligne membres d'un réseau de distribution sélective. eBay demandait que soit déclaré illégal, le fait, pour un fournisseur, d'obliger ses distributeurs en ligne à détenir un magasin physique en plus de leur site internet. De même, selon eBay, l'imposition de prix de revente pour la vente en ligne, ou de restrictions quant aux quantités de produits vendus via internet<sup>28</sup> devaient être interdits. Sensible, néanmoins, aux arguments des fabricants de produits de marque (cosmétiques, produits de luxe, bijoux, montres, etc.)<sup>29</sup>, dénonçant le parasitisme des revendeurs en ligne sur les investissements faits dans les points de vente physique (« *brick and mortar shops* »), la Commission a repoussé ces demandes au profit d'une solution plus mesurée, impliquant un examen au cas par cas.<sup>30</sup> Il est vrai que, concernant les produits de luxe, l'accès physique au produit est souvent une condition nécessaire à son achat. On imagine mal, par exemple, acheter du parfum sans l'avoir préalablement testé en magasin. C'est notamment afin de

---

<sup>25</sup> Communication de la Commission, Lignes directrices sur les restrictions verticales, *JO*, 19 mai 2010, 130/01, § 107 c).

<sup>26</sup> *Ibid*, § 144.

<sup>27</sup> *Ibid*, § 225

<sup>28</sup> K. MAHLSTEIN, « Vertical Restraints and Competition Policy – Internet Sales, a New Dimension to be Considered », *Global Competition Policy Online*, March 2009; S. KINSELLA et H. MELIN, « Who's Afraid of the Internet? Time to Put Consumer Interests at the Heart of Competition », *Global Competition Policy Online*, mars 2009.

<sup>29</sup> En 2008, la Commissaire à la concurrence KROES organisa une table ronde chargée de réfléchir à l'avenir du commerce en ligne. Cet événement fut l'occasion pour les acteurs du secteur – qu'il s'agisse de vendeurs en lignes ou de distributeurs disposant d'un point de vente physique – d'exprimer leur point de vue. Ce fut l'occasion pour les fabricants de produits de luxe de faire valoir leur point de vue. Voyez notamment la contribution faite par la Fédération suisse de l'Industrie de la montre, pp.1-2. Voyez également la contribution de LVMH, pp. 38 et 40 ([http://ec.europa.eu/competition/consultations/2008\\_online\\_commerce/index.html](http://ec.europa.eu/competition/consultations/2008_online_commerce/index.html)). Les craintes de parasitisme sont particulièrement aigües en ce qui concerne les produits pour lesquels le consommateur requiert un contact physique (« *touch and feel products* ») (cosmétiques, etc.), que les consommateurs testent nécessairement dans un point de vente physique avant d'en faire l'acquisition.

<sup>30</sup> Lignes directrices, § 54, qui tolèrent des restrictions au commerce en ligne, que ce soit pour la vente par correspondance ou pour assurer la promotion des produits en général.

protéger ce type de services de la concurrence parasitaire des distributeurs en ligne que la Commission admet que des restrictions soient imposées au sein des accords de distribution.

Enfin, en dehors du droit des restrictions verticales, la Commission semble étendre la protection contre le parasitisme en cause générale d'exemption au sens de l'article 101(3) TFUE. Ses lignes directrices générales sur l'article 101(3) de 2004 évoquent ainsi la lutte contre le « *free riding* » comme une cause de justification de certains comportements restrictifs.<sup>31</sup> *Idem* pour ses instruments en matière d'accords de coopération horizontale. Le texte reconnaît notamment le risque de parasitisme en matière d'accords de R&D en commun. Prenons l'exemple d'un accord dans lequel une entreprise a développé une technologie multi-applications (en matière d'emballages, par exemple), et collabore avec une entreprise tierce, experte d'un secteur particulier (dans le secteur pharmaceutique, par exemple), pour améliorer l'emballage des produits du secteur. La première souhaite peut-être se prémunir contre le risque que la seconde ne parasite ses investissements, et pénètre le marché de nouvelles applications. Pour s'en prémunir, le Règlement d'exemption tolère que l'accord restreigne la capacité de la seconde à exploiter les résultats de la recherche dans d'autres secteurs.<sup>32</sup>

Au total, l'article 101 TFUE ne laisse guère place à un risque d'instrumentalisation parasitaire. Les parties peuvent légalement nouer des accords restrictifs, s'il est question de se protéger contre des parasites. Et les demandeurs cherchant, à la manière de passagers clandestins, à s'introduire dans des relations commerciales à laquelle ils ne sont pas parties,<sup>33</sup> ne peuvent se prévaloir d'infractions à l'article 101 TFUE.

## B. La réapparition du risque d'instrumentalisation parasitaire en droit des accords entre entreprises ?

Quelques tempéraments doivent être apportés aux remarques qui précèdent. D'abord, – rappelons-le – ce n'est pas le droit européen de la concurrence qui empêche activement

---

<sup>31</sup> Communication de la Commission, Lignes directrices concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité (2004/C 101/08), § 82.

<sup>32</sup> Règlement n° 1217/2010 de la Commission du 14 décembre 2010 relatif à l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à certaines catégories d'accords de recherche et de développement, *JO*, 18 déc. 2010, L 335/36, article 3(2).

<sup>33</sup> R. CORNES et T. SANDLER, *The Theory of Externalities, Public Goods and Club Goods*, New York, Cambridge University Press, 1986; M. LEMLEY, « Property, Intellectual Property, and Free Riding », *Texas Law Review*, vol. 83, 2005, p.1031; G. STIGLER, « Free Riders and Collective Action: An Appendix to Theories of Economic Regulation », *The Bell Journal of Economics and Management Science*, vol. 5, n°2, 1974, pp. 359-365.

l'instrumentalisation parasitaire, mais les entreprises qui, contractuellement, prennent les mesures qu'elles estiment nécessaires pour protéger leurs investissements. L'article 101(3) TFUE se contente de tolérer, passivement, que des dispositions soient prises pour lutter contre les passagers clandestins.

Ensuite, rien ne permet d'exclure que l'article 101(1) TFUE ait été instrumentalisé par des opérateurs opportunistes afin de capter les retombées d'investissements réalisés par d'autres. Quelques espèces, issues des jurisprudences européenne et nationale, se prêtent bien à une lecture alternative, à la lumière de la théorie du passager clandestin. A l'échelon européen, dans l'affaire *Van den Bergh Foods* (« VDBF »)<sup>34</sup>, une entreprise active sur le marché irlandais de l'achat impulsif de crèmes glacées avait gratuitement mis des congélateurs à disposition de ses distributeurs. Elle avait toutefois exigé contractuellement que ces derniers ne stockent pas d'autres marques de crèmes glacées dans ses congélateurs. Suite aux plaintes d'un concurrent, Mars, qui s'estimait injustement évincé du marché, la Commission déclara l'accord incompatible avec l'article 101 TFUE.<sup>35</sup> Les contraintes physiques d'espace dans les points de vente empêchaient notamment l'installation de nouveaux congélateurs, et donc la commercialisation de glaces concurrentes. Dans son recours en annulation, VDBF prétendait en substance que l'application de l'article 101 revenait à autoriser les autres producteurs de glace à profiter – à parasiter – ses investissements.<sup>36</sup> La Commission et le Tribunal, ici peu sensibles à l'argument du passager clandestin, refoquèrent l'argument en faisant valoir que VDBF conservait la possibilité de faire payer un loyer indépendant pour la location de ses congélateurs.

Dans le même ordre d'idée, mais à l'échelon national, cette fois, l'Autorité française de la concurrence (« l'Autorité ») a récemment critiqué l'accord de fourniture exclusive conclu entre Apple et l'opérateur de téléphonie mobile Orange. Saisie sur plainte de Bouygues Télécom, l'Autorité repoussa toutes les justifications avancées par les parties sur le fondement de l'article 101(3) TFUE. Selon elles, l'opérateur de téléphonie avait réalisé des investissements spécifiques pour assurer la pénétration commerciale et technique de l'iPhone sur le marché français, et le contrat d'exclusivité était justifié par la nécessité de rentabiliser

---

<sup>34</sup> Trib. UE, 23 oct. 2003, T-65/98, *Van den Bergh Foods contre Commission*, *Rec.*, 1998, p. II-2641.

<sup>35</sup> La décision de la Commission fut rendue au terme d'une véritable saga jurisprudentielle. N. PETIT, note sous l'arrêt T-65/98, *Van den Bergh Foods*, *Revue de droit de l'Union européenne*, 4/2003, p. 927.

<sup>36</sup> Trib. UE, 23 oct. 2003, T-65/98, *Van den Bergh Foods contre Commission*, *op. cit.*, § 168.



cet investissement.<sup>37</sup> L’Autorité jugea que ce type d’arguments ne pouvait pas être suivi, la durée de l’exclusivité étant disproportionnée au regard des investissements réalisés par Orange. Statuant au provisoire, elle ordonna aux parties de suspendre l’application des dispositions litigieuses.<sup>38</sup> Et le plaignant – et ses concurrents – d’accéder à un marché que les ressources du titulaire du contrat avaient contribué à créer et développer.<sup>39</sup>

Au vrai, tout est *in fine* question de degré. Les autorités de concurrence ne sont pas prêtes à tolérer n’importe quelle restriction, face à un risque, souvent hypothétique, de parasitisme. La restriction de concurrence doit en effet demeurer proportionnée. Ainsi s’explique que, dans la pratique, les restrictions à la concurrence considérées comme les plus lourdes – les exclusivités à long terme, les entraves au commerce parallèle (les restrictions aux ventes passives), ou des pratiques de fixation de prix de revente – ne soient que rarement exonérées.

## **II. Le droit des abus de domination, un droit ouvert à l’instrumentalisation parasitaire ?**

Comme si des vents contraires soufflaient sur le droit européen de la concurrence, l’article 102 TFUE s’est lui progressivement ouvert au risque d’instrumentalisation parasitaire. En effet, lors des affaires *Continental Can* (1973) puis *Hoffmann-La Roche* (1979), la Cour étend la notion d’abus aux pratiques qui ne portent pas directement préjudice aux partenaires commerciaux de l’entreprise dominante (*abus d’exploitation*), mais à ses concurrents, en les écartant du marché (*abus d’exclusion*). Les concurrents peuvent dès lors s’appuyer sur l’article 102 TFUE pour critiquer et, qui sait, parasiter peut-être, l’entreprise dominante. Le risque d’instrumentalisation est d’autant plus réel que l’article 102 TFUE ne prévoit formellement aucun dispositif d’exemption permettant, comme cela est le cas pour l’article 101 TFUE, d’invoquer la protection contre le parasitisme en cause d’exemption.

Très vite, les plaideurs les plus audacieux se sont engouffrés dans cette nouvelle opportunité donnée à l’instrumentalisation du droit en invoquant, tour à tour, abus pour refus de fournir,

---

<sup>37</sup> Autorité française de la concurrence, Décision n° 08-MC-01 du 17 décembre 2008 relative à des pratiques mises en œuvre dans la distribution des iPhones, § 178.

<sup>38</sup> Cette décision fut intégralement confirmée en appel : Paris, 4 fév. 2009, RG n° 2008/28828. Ce dernier arrêt fut partiellement cassé sur pourvoi : Cass. fr., 16 fév. 2010, arrêt n° 226 FS-D.

<sup>39</sup> Il est intéressant de relever qu’Apple avait vraisemblablement elle-même intérêt à la décision rendue par l’Autorité. *Ex ante*, Apple avait intérêt à la conclusion du contrat d’exclusivité afin de susciter les efforts promotionnels d’Orange ; une fois ces efforts faits, Apple avait intérêt à être déliée de ses obligations d’exclusivité afin de pouvoir user des canaux de distribution des autres opérateurs télécommunications. Nous sommes reconnaissants à F. Marty d’avoir porté ce point à notre attention.

pour jumelage ou pratiques tarifaires d'exclusion (A). Les autorités de la concurrence ont fait part de leur inquiétude de voir le droit des abus détourné de sa finalité ; la mise en œuvre de ces préoccupations reste cependant encore à faire (B).

#### A. Concrétisation du risque d'instrumentalisation parasitaire en droit des abus

Faute de pouvoir sonder les esprits et les cœurs, il est impossible de citer, à coup sûr, des exemples jurisprudentiels d'instrumentalisation parasitaire. Néanmoins, à travers la jurisprudence rendue sur le fondement de l'article 102 TFUE, trois grandes familles d'abus semblent pouvoir être invoqués pour fonder une démarche parasitaire. Nous les évoquons successivement, par ordre décroissant d'importance.

##### 1. Le refus de fourniture

Le premier type d'abus exposé à un risque d'instrumentalisation parasitaire est le refus de fourniture. En vertu d'une jurisprudence constante, le refus par une entreprise dominante de donner accès à un concurrent sur un marché voisin à une infrastructure, un intrant, un produit, un service, une information, ou toute autre ressource qu'elle contrôle (même protégée par un droit de propriété intellectuelle), peut être constitutif d'abus de position dominante. C'est en vertu de cette jurisprudence que *Microsoft* a été condamnée à communiquer à ses concurrents des informations secrètes d'interopérabilité sur son système d'exploitation pour ordinateur personnel. Dans le même ordre d'idées, l'entreprise *IMS Health* s'est vue contrainte de partager avec ses concurrents sa base de données modulaire sur les ventes régionales de produits pharmaceutiques en Allemagne.<sup>40</sup>

Qu'on le veuille ou non, cette jurisprudence ouvre un risque d'instrumentalisation parasitaire. Les concurrents les plus opportunistes peuvent laisser un tiers engager les investissements initiaux dans une ressource, puis à un stade ultérieur, en revendiquer le bénéfice sur le fondement de l'article 102 TFUE. Paradoxalement, plus les investissements initiaux sont fructueux, plus la ressource est « *indispensable* » au sens de la jurisprudence<sup>41</sup>, et moins son détenteur est en mesure d'en refuser le partage. Cela est d'autant plus vrai que, depuis l'arrêt

---

<sup>40</sup> CJ, 29 avril 2004, C-418/01, *IMS Health GmbH, Rec.*, 2004, p. I-5039.

<sup>41</sup> Tribunal UE, 17 septembre 2007, T-201/04, *Microsoft v. Commission, Rec.*, 2007, p. II-03601, §§ 319 à 336, puis 369 et s.

*Microsoft* de 2007, les conditions de preuve du refus de fourniture abusif se sont considérablement assouplies (tandis qu'aux Etats-Unis, elles se sont resserrées)<sup>42</sup>.

Dans les affaires de refus de fournir, le problème d'instrumentalisation parasitaire pourrait cependant n'être qu'une vue de l'esprit. Nul ne conteste en effet que l'entreprise dominante est en droit de percevoir une rémunération équitable de la part des concurrents qui accèdent à sa ressource. L'idée même de « *free ride* », ou de voyage clandestin, est donc, en apparence, toute relative.

Cette contre-argumentation pêche cependant par naïveté. Il n'est d'abord pas exclu que certaines entreprises renoncent à innover, anticipant être forcées à partager leur ressource même contre rémunération. Qui plus est, les obligations de fourniture s'accompagnent de dommages collatéraux sur les marchés oligopolistiques. Elles créent des contacts entre concurrents, accroissent la transparence, et renforcent ce faisant le risque de collusion. Enfin, de manière plus prosaïque, mais non moins problématique, la Commission et le juge européen n'ont jamais donné d'indications concrètes sur la tarification de l'accès à une ressource essentielle.<sup>43</sup> Dans l'affaire *Microsoft*, la Commission avait ainsi jugé excessif le tarif proposé initialement par l'entreprise pour la mise à disposition de ses informations d'interopérabilité. Pour la petite histoire, Microsoft demanda à la Commission de lui indiquer alors à quel niveau précis fixer son tarif. A plusieurs reprises, la Commission lui rétorqua que ce n'était pas son affaire, et qu'il revenait à Microsoft de trouver le « *juste prix* »...

## 2. Le jumelage

La deuxième catégorie d'abus exposée au risque d'instrumentalisation parasitaire est celle du jumelage.<sup>44</sup> Une entreprise commet un abus si elle subordonne la vente d'un produit A, qu'elle domine, à l'acquisition d'un produit B, qu'elle ne domine pas. De nouveau, un risque de comportement parasitaire peut ici apparaître. Prenons, tout d'abord, un exemple théorique.

---

<sup>42</sup> Comparez notamment : US Supreme Court, 13 janvier 2004, No. 02-682, *Verizon v. Trinko* ; Tribunal UE, 17 septembre 2007, T-201/04, *Microsoft v. Commission*, *op. cit.*, § 332.

<sup>43</sup> Les autorités se bornent généralement à exiger une tarification dite « FRAND », c'est-à-dire équitable, raisonnable et non discriminatoire, et renvoient les parties à la recherche d'un accord.

<sup>44</sup> C. SHAPIRO et D. TEECE, « Systems Competition and Aftermarkets: an Economic Analysis of Kodak », *Antitrust Bulletin*, 1994, vol. 39(1), p. 135. Les auteurs défendent l'idée selon laquelle des pratiques de jumelage ou de refus de fournir sur les marchés de biens accessoires (« *aftermarkets* ») peuvent être justifiées par le souci de prévenir le parasitisme des services offerts sur le marché du bien principal.

Imaginons que le produit A soit un équipement (par exemple, une imprimante) et que le produit B soit un consommable (par exemple, une cartouche d'imprimante). Interdire, au producteur devenu dominant sur A de coupler la vente de son produit B, revient en quelque sorte à lui proscrire de jouir pleinement des investissements réalisés pour développer sa position sur le marché A. Comme un passager clandestin, tout concurrent actif sur le marché B profite gratuitement des investissements de l'opérateur dominant dans le marché A.<sup>45</sup> Puisqu'il ne peut capturer tous les bénéfices de l'externalité positive qu'il a créée dans le marché B, le producteur renoncera à l'avenir à investir sur le marché A.

Notre thèse est au demeurant soutenue par des illustrations décisionnelles. Le résultat atteint dans les deux affaires *Microsoft* de 2004 et de 2009 en apporte la preuve. Dans la première affaire, Microsoft s'est vue refuser la possibilité de préinstaller systématiquement son lecteur multimédia WMP sur son système d'exploitation Windows pour PC, afin de faciliter l'installation de lecteurs multimédias concurrents. Dans la seconde affaire, qui concernait la vente liée du système d'exploitation Windows et du navigateur Internet Explorer, le phénomène de parasitisme est même encore plus net. Au terme de la procédure, 12 concurrents sur le marché des navigateurs Internet ont réussi, comme de véritables passagers clandestins, à être directement préinstallés, et ce gratuitement, sur le système d'exploitation de Microsoft.

### 3. Les réductions tarifaires

Enfin, la troisième catégorie d'abus est celle des réductions tarifaires abusives. Les entreprises dominantes ne sont pas libres de réduire leurs prix comme bon leur semble. Comme chacun le sait, elles se livrent à des prix prédateurs abusifs lorsque leurs prix sont inférieurs à leurs coûts. Mais elles peuvent aussi, sous certaines conditions, enfreindre l'article 102 TFUE en accordant des remises, rabais et ristournes fidélisantes, même si leurs prix sont supérieurs aux coûts.

De nouveau, intervient ici un risque d'instrumentalisation parasitaire. Les nouveaux marchés sont souvent occupés par un « pionner » (« *first mover* »)<sup>46</sup> qui a introduit un produit ou

---

<sup>45</sup> Un économiste parlerait ici d'externalité positive.

<sup>46</sup> Sur la notion de l'avantage du pionnier : Sur la notion de l'avantage du pionnier : M. LIEBERMAN et D. MONTGOMERY, « *Strategic Management Journal* », 1988, Vol. 9, 1, pp. 41-58 ; C. SHAPIRO et

service inédit. Le résultat immédiat des investissements du pionnier est l'apparition d'une clientèle nouvelle. Sur ces marchés, interdire au pionnier de fidéliser la clientèle par des réductions tarifaires, et admettre l'accès sans restriction des concurrents à cette clientèle revient à parasiter ses investissements.<sup>47</sup> Une forme de privilège de clientèle – qualifiée par les économistes d'« *avantage du pionnier* » – doit être préservée pour maintenir les incitations à l'innovation.

#### B. Correction du risque d'instrumentalisation parasitaire en droit des abus ?

Il serait inexact (et malhonnête) de dire que la Commission et le juge européen n'ont que faire du risque d'instrumentalisation parasitaire dans l'article 102 TFUE. On trouve, d'abord, quelques espèces dans lesquelles le juge européen a semblé résister à certains comportements en apparence opportunistes. Pour n'en citer ici qu'une, dans l'affaire *Brønner*, le demandeur, un quotidien autrichien à faible tirage, cherchait à la manière d'un passager clandestin, à accéder au système de portage à domicile de journaux détenu par un grand quotidien. La Cour conclût à l'absence d'abus.

Mais plus fondamentalement encore, avec l'adoption d'une Communication d'orientations sur l'article 102 TFUE en 2009, la Commission a peut-être mis un tour de vis au risque d'instrumentalisation. Tout d'abord, seules les pratiques susceptibles d'évincer des concurrents « *aussi efficaces* » que l'entreprise en position dominante peuvent désormais être jugées abusives.<sup>48</sup> Les implications pratiques de ce principe demeurent encore obscures et débattues. Néanmoins, le principe du concurrent « *aussi efficace* » permet peut-être aux entreprises dominantes de résister aux plaintes de concurrents parasites. Après tout, le concurrent parasite est souvent un opérateur qui n'a pas su anticiper l'évolution du marché, et qui cherche à rattraper son handicap concurrentiel en profitant des efforts de l'opérateur dominant.

---

H. VARIAN, *Information Rules: A Strategic Guide to the Network Economy*, Harvard, Harvard Business Press, 1998, 352 p. ; C. SHAPIRO et H. VARIAN, *Information Rules: A Strategic Guide to the Network Economy*, Harvard, Harvard Business Press, 1998, 352 p.

<sup>47</sup> B. KLEIN et A.V. LERNER, « Expanded Economics of Free-Riding: How Exclusive Dealing Prevents Free-Riding and Creates Undivided Loyalty », *Antitrust L.J.*, 2007, vol. 74, p. 473.

<sup>48</sup> Communication de la Commission, Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes, *JO*, 24 fév. 2009, C 45/7, § 23.

Mais cela n'est pas tout. La Communication reconnaît expressément le risque d'instrumentalisation parasitaire en matière de refus de fourniture. Sachant qu'une obligation de fourniture peut être imposée aux entreprises dominantes, les « *concurrents pourraient être tentés de profiter gratuitement des investissements réalisés par l'entreprise dominante au lieu d'investir eux-mêmes* », nous dit la Commission.<sup>49</sup> Or, une telle obligation, « *même contre une rémunération équitable, peut dissuader les entreprises d'investir et d'innover et, partant de léser le consommateur* ».<sup>50</sup>

Enfin, si, comme nous l'expliquions précédemment, l'article 102 TFUE ne comporte pas, comme l'article 101, de dispositif d'exemption, la Communication aménage un quasi-article 102(3) TFUE. Pour échapper à la qualification d'abus, une entreprise dominante peut désormais tenter de démontrer que son comportement est objectivement justifié ou qu'il produit des gains d'efficacité substantiels.<sup>51</sup>

Prudence toutefois. Il faut sans doute se garder de voir dans ces développements une éviction totale du risque d'instrumentalisation parasitaire. Ce texte qui, selon la Commission, « *ne vise pas à établir le droit applicable* », a d'ailleurs déjà été implicitement désavoué par le juge européen dans les affaires *Tomra* et *TeliaSonera*.<sup>52</sup>

### **III. Conclusions**

Le droit de la concurrence semble donc exposé à un risque d'instrumentalisation parasitaire. Si la vigilance de la Commission permet aujourd'hui de contrecarrer un certain nombre de stratégies d'instrumentalisations mises en œuvre sur la base de l'article 101 TFUE, les choses sont moins évidentes en ce qui concerne l'article 102 TFUE. Les opérateurs susceptibles de détenir une position dominante (Microsoft, Apple, Google, IBM, ...) se plaignent régulièrement dans la presse d'être victimes de plaintes parasitaires. Dès lors, à l'avenir, la Commission devra se montrer sensible au risque d'instrumentalisation parasitaire ; de son côté, la recherche sur le sujet devra sans doute être approfondie.

---

<sup>49</sup> *Ibid.*, § 75.

<sup>50</sup> *Ibid.*, § 75.

<sup>51</sup> *Ibid.*, § 28.

<sup>52</sup> Trib. UE, 9 sept. 2010, T-155/06, *Tomra*, non encore publié au Recueil ; CJ, 17 fév. 2011, C-52/09, *Konkurrensverket c. TeliaSonera Sverige AB*, non encore publié au Recueil.

\*

\*   \*