

Commentaires

Arrêt « Servizio Elettrico Nazionale » : abus de position dominante découlant de pratiques d'éviction dans le contexte de la libéralisation du marché électrique

Tom Buytaert^(*)

- Dans son arrêt *Servizio Elettrico Nazionale*¹, la Cour de justice confirme — et étend — sa jurisprudence *Post Danmark* et *Intel* en soulignant l'importance de l'analyse *in concreto* des effets anticoncurrentiels (potentiels) des pratiques de l'entreprise dominante sur le marché concerné, ce comportement devant être évalué au regard de l'ensemble des circonstances juridiques, économiques et factuelles pertinentes
- L'arrêt commenté clarifie le test applicable en vue d'évaluer si les pratiques concernées s'écartent de la concurrence dite « normale » ou « par les mérites », en consacrant un critère général de répliquabilité par un hypothétique concurrent aussi efficace
- Les enseignements de cet arrêt doivent néanmoins être lus à la lumière du contexte spécifique de cette affaire, qui concerne l'adoption par l'ancien titulaire d'un monopole légal d'une stratégie claire d'éviction de la concurrence au travers de l'utilisation des avantages tirés de cette ancienne situation de monopole, à savoir des bases de données relatives aux clients

Introduction

1. — L'article 102 TFUE prohibe les pratiques abusives commises par les entreprises occupant une position dominante sur leur marché. Ces entreprises ont, selon la jurisprudence historique de la Cour de justice de l'Union européenne (ci-après « la Cour »), la « responsabilité particulière » de s'abstenir d'adopter des comportements faisant obstacle au maintien du degré de concurrence sur ces marchés ou au développement de celle-ci². L'article 102 TFUE comprend une liste ouverte et non exhaustive de formes d'abus, ce qui comporte l'avantage indéniable de la flexibilité : les formes d'abus dites « atypiques », non explicitement mentionnées par cette disposition, peuvent parfaitement être punies au titre de celle-ci. Ainsi, la « liste des pratiques » prohibées par l'article 102 est évolutive et s'allonge au gré des nouvelles théories du préjudice appliquées par les autorités de concurrence, telles que validées ou encadrées *a posteriori* par la jurisprudence de la Cour. La pratique non tarifaire au cœur de l'affaire commentée en constitue un bon exemple : décrite par l'avocat général comme « une stratégie illécite complexe qui se caractérise par l'exploitation de données auxquelles le groupe ENEL a eu accès grâce à son monopole légal précédent »³, il s'agit d'une forme d'abus « atypique » ne pouvant

être assimilée ni à un « abus d'exploitation », ni à l'une des pratiques d'éviction expressément mentionnées à l'article 102 TFUE⁴.

2. — Si cette capacité de l'article 102 TFUE à sanctionner des pratiques produisant des effets d'éviction et non expressément visées par cette disposition n'est pas sujette à débat, la définition des contours du test concret à appliquer, dans le chef de la Commission européenne (ci-après « la Commission ») et des autorités nationales de la concurrence, en vue d'identifier les pratiques d'éviction abusives, ne fait pas consensus. Ainsi, la jurisprudence pertinente de la Cour a défini, au gré des affaires qui lui étaient soumises, différents concepts, tests et critères qu'il apparaît parfois difficile de distinguer, de définir avec précision et d'ordonner en un tout cohérent.

3. — En effet, la jurisprudence récente en matière de pratiques d'éviction tarifaires se caractérise par une tendance à évaluer les comportements des entreprises en cause au regard du contexte économique général dans lequel ceux-ci s'inscrivent, et au regard des effets de ces comportements sur le marché. Il s'agit, dans ce contexte, d'évaluer la capacité du comportement visé à restreindre la concurrence⁵, étant entendu que, pour qu'il puisse être question d'abus, un tel effet d'éviction ne peut être « purement hypothétique »⁶, mais qu'il ne doit pas forcément s'être matériali-

(*) Avocat au barreau de Bruxelles (Eubelius), assistant académique à l'Université Saint-Louis - Bruxelles (affilié à l'Institut d'Études européennes) et à la KU Leuven (affilié au Consumer, Competition and Market Institute) (Belgique). L'auteur peut être contacté à l'adresse suivante : tom.buytaert@eubelius.com.

(1) Arrêt du 12 mai 2022, *Servizio Elettrico Nazionale e.a.*, aff. C-377/20, EU:C:2022:379 (ci-après « l'arrêt commenté »). (2) Arrêt du 9 novembre 1983, *Michelin c. Commission*, aff. C-322/81, EU:C:1983:313, point 57 ; arrêt du 2 avril 2009, *France Télécom c. Commission*, aff. C-202/07 P, EU:C:2009:214, point 105 ; arrêt du 17 février 2011, *TeliaSonera Sverige AB*, aff. C-52/09, EU:C:2011:83 (« *TeliaSonera* »), point 24. (3) Conclusions de l'avocat général Rantos dans l'affaire *Servizio Elettrico Nazionale e.a.*, aff. C-377/20, EU:C:2021:998 (ci-après les « conclusions de l'avocat général »), point 72. (4) L'on distingue diverses « catégories » d'abus de position dominante : d'une part, les abus dits « d'exploitation », qui regroupent les pratiques inéquitables ou déraisonnables imposées aux consommateurs finaux ou intermédiaires, telles que l'imposition de prix excessifs ou de conditions contractuelles abusives ; d'autre part, les abus dits « d'éviction », notion couvrant les pratiques susceptibles de mener à l'élimination ou à l'affaiblissement de la concurrence effective, nuisant par là à la structure de concurrence du marché concerné, telles que les prix prédateurs, la discrimination tarifaire, les rabais sélectifs, le refus de fourniture ou les ventes liées et groupées. À cette distinction s'en ajoute une autre, entre « abus tarifaires » et « abus non tarifaires », selon que les pratiques anticoncurrentielles concernées se fondent ou non sur la mise en œuvre d'une politique de prix. (5) Arrêt du 27 mars 2012, *Post Danmark A/S*, aff. C-209/10, EU:C:2012:172 (« *Post Danmark I* »), point 44 ; arrêt du 6 octobre 2015, *Post Danmark A/S*, EU:C:2015:651 (« *Post Danmark II* »), point 67. (6) Arrêt *Post Danmark II*, précité en note de bas de page 5, point 65.

sé dans la situation d'espèce⁷. L'article 102 TFUE entend ainsi protéger la structure du marché et non les concurrents eux-mêmes, dans la mesure où il est clair, depuis l'arrêt *Post Danmark I*, que « [p]ar définition, la concurrence par les mérites peut conduire à la disparition du marché ou à la marginalisation des concurrents moins efficaces et donc moins intéressants pour les consommateurs »⁸. L'interdiction de l'abus de position dominante vise donc, en principe, à protéger les « concurrents aussi efficaces ». En outre, dans son arrêt *Intel*, la Cour a ajouté une « présomption procédurale » aux termes de laquelle, « 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 », la Commission se doit d'analyser concrètement si le comportement concerné avait la capacité de produire de tels effets⁹.

4. — Par ces évolutions, la Cour a rompu avec son approche ancienne dite plus formelle, qui acceptait que soient sanctionnés certains comportements qualifiés « d'abus en soi » — entendus comme des pratiques intrinsèquement abusives — sans qu'aient été examinés les effets (potentiels) sur le marché de ces derniers¹⁰. Elle a, dans la même veine, accepté que l'entreprise à laquelle l'on impute des pratiques abusives puisse justifier de celles-ci, en démontrant « soit que son comportement est objectivement nécessaire [...], soit que l'effet d'éviction qu'il entraîne peut être contrebalancé, voire surpassé, par des avantages en termes d'efficacité qui profitent également aux consommateurs »¹¹.

5. — Un certain doute subsiste toutefois quant à la portée qu'il convient d'attacher aux enseignements tirés de ces arrêts : la capacité à produire des effets d'éviction, le principe du concurrent aussi efficace ou la « présomption procédurale *Intel* » doivent-ils uniquement s'appliquer aux formes d'abus concernées par les arrêts en question, ou constituent-ils un cadre applicable à l'article 102 TFUE en général ? En effet, il peut être argumenté — à l'instar de la Commission dans certaines affaires plus récentes¹² — que certains critères plus exigeants pour les autorités de la concurrence, comme la « présomption procédurale *Intel* » ne visent que les situations visées dans ces affaires particulières, à savoir les pratiques d'éviction tarifaires que sont, par exemple, les rabais sélectifs, les prix prédateurs ou la compression des marges. De façon analogue, l'on restait en attente d'une confirmation explicite de l'applicabilité du principe du concurrent aussi efficace aux pratiques d'éviction *non tarifaires* telles que le refus de contracter ou de livrer, ou les ventes liées et conjointes.

6. — L'ensemble de ces interrogations laisse donc une série de questions pratiques ouvertes, tant du point de vue des entreprises dominantes sur leur marché, en recherche de repères pour assurer la conformité de leurs politiques commerciales, que de celui des autorités de concurrence, dont l'étendue de la charge de la preuve demeure incertaine. L'affaire commentée formait, par conséquent, une excellente occasion de réponse (partielle) à ces questions, à la fois en raison du contexte factuel spécifique de cette affaire et en raison de la portée ambitieuse des questions préjudicielles posées par la juridiction de renvoi italienne. À n'en pas douter, les réponses apportées par la Cour à ces questions

guideront le travail quotidien des praticiens amenés à appliquer les balises jurisprudentielles relatives aux abus d'éviction. Elles devraient également guider les développements jurisprudentiels attendus en la matière au cours des prochains mois, notamment dans le contexte du pourvoi actuellement pendant devant la Cour dans l'affaire *Google Shopping*.

1 Contexte factuel du renvoi préjudiciel

7. — L'arrêt commenté s'inscrit dans le contexte de la libéralisation du secteur électrique italien. Ainsi, ENEL, opérateur national historique et anciennement titulaire d'un monopole légal, s'est vu imposer la dissociation de ses activités de distribution et de vente d'électricité. Cette libéralisation fut progressive, dans la mesure où l'ensemble de ses clients n'a pas eu immédiatement accès au marché libre. Dans un premier temps, certains d'entre eux — à savoir les particuliers et les petites entreprises — ont continué à bénéficier d'un régime réglementé comprenant des protections spéciales en matière de prix, dit « service de meilleure protection ». Ces clients « captifs » d'ENEL relevaient d'un marché dit « protégé ». Ce n'est que dans un deuxième temps que ceux-ci devaient avoir accès au marché libre, ouvert aux autres opérateurs. Cette évolution s'est accompagnée de la répartition des activités d'ENEL en différentes filiales : l'une d'elles, Servizio Elettrico Nazionale (ci-après « SEN »), s'est vu confier la fourniture d'électricité sur le marché protégé, tandis qu'une autre, Enel Energia, était chargée — en concurrence avec d'autres acteurs — de la fourniture d'électricité au marché libre.

8. — C'est dans ce contexte que l'*Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato* (autorité de la concurrence italienne, ci-après « AGCM ») a considéré que SEN et Enel Energia, sous la coordination de leur société mère ENEL, avaient mis en œuvre une stratégie anticoncurrentielle d'éviction de leurs concurrents constitutive d'un abus de position dominante au titre de l'article 102 TFUE. Plus particulièrement, l'AGCM a reproché à SEN d'avoir tenté, en anticipation du passage des clients du marché protégé vers le marché libre, de « transférer » lesdits clients à Enel Energia et d'éviter, de la sorte, un départ massif de la clientèle du groupe ENEL vers la concurrence. Cette stratégie aurait été mise en œuvre concrètement au travers d'invitations envoyées aux clients de SEN à donner leur consentement à recevoir des offres commerciales relatives au marché libre, et ceci selon des modalités discriminatoires pour les concurrents du groupe ENEL : d'une part, le consentement des clients de SEN aurait été obtenu de façon séparée pour les sociétés du groupe ENEL et les tiers ; d'autre part, les « listes SEN » ainsi constituées des noms des clients de SEN ayant accordé ce consentement, et utiles en vue de lancer des offres commerciales ciblées auprès des clients « captifs », auraient ensuite été mises à la disposition d'Enel Energia à des conditions inaccessibles aux concurrents de cette dernière.

9. — En conséquence, le 20 décembre 2018, l'AGCM a imposé à ENEL et ses deux filiales une amende s'élevant à 93 millions d'euro.

(7) Arrêt *TeliaSonera*, précité en note de bas de page 2, point 64. (8) Arrêt *Post Danmark I*, précité en note de bas de page 5, point 22. (9) Arrêt du 6 septembre 2017, *Intel c. Commission*, aff. C-413/14 P, EU:C:2017:632 (« Intel »), points 138-139 (ci-après : « la présomption procédurale *Intel* »). (10) Voy. notamment l'arrêt du 13 février 1979, *Hoffmann-La Roche*, aff. C-85/76, EU:C:1979:36, point 89. (11) Arrêt *Post Danmark I*, précité en note de bas de page 5, points 40-42. (12) Voy. par exemple la décision de la Commission du 20 mars 2019, *Google Search (AdSense)*, AT40.411 (« décision *AdSense* de la Commission »), point 344.

Commentaires

ros, réduite à 23,5 millions d'euros à la suite d'un recours en première instance, pour avoir abusé de sa position dominante entre janvier 2012 et mai 2017. Saisi en degré d'appel, le Conseil d'État italien a interrogé la Cour sur l'interprétation qu'il convenait de retenir de l'article 102 TFUE dans ce contexte. En substance, la juridiction de renvoi s'interrogeait non seulement sur les objectifs devant être poursuivis par la politique de concurrence, mais également sur l'interprétation qu'il convenait de retenir de plusieurs notions et concepts restés assez flous dans la jurisprudence de la Cour précédemment évoquée. Quel serait le test applicable en vue d'identifier des effets (potentiels) d'éviction ? Quel poids convient-il d'attacher à l'élément de preuve avancé par l'entreprise dominante selon lequel le comportement n'a pas produit d'effets anticoncurrentiels sur le marché pertinent ? Quelle est l'étendue de la charge de la preuve incombant aux autorités de la concurrence dans ce contexte ? Ayant bénéficié de l'éclairage assez convaincant proposé par l'avocat général Rantos dans cette affaire¹³, la Cour a apporté des précisions utiles quant à ces éléments générateurs d'insécurité juridique.

2 L'arrêt de la Cour

10. — Premièrement, la Cour débute son examen, aux points 40 à 48 de l'arrêt commenté, par une analyse des objectifs poursuivis par la politique de concurrence. Elle confirme les arrêts *Post Danmark I* ou *Intel* en soulignant que, en visant également à protéger la *structure* de concurrence, l'article 102 TFUE ne s'oppose pas à la disparition sur le marché de concurrents moins efficaces. L'arrêt commenté constitue donc une nouvelle application du principe du « concurrent aussi efficace », cette fois dans une affaire concernant des pratiques d'éviction non tarifaires.

11. — Deuxièmement, la Cour se penche, aux points 49 à 58 de l'arrêt commenté, sur la question de l'examen des effets concrets (potentiels) sur le marché. À titre liminaire, la Cour souligne l'importance pour les autorités de la concurrence d'observer la « présomption procédurale *Intel* », en procédant à un tel examen des effets anticoncurrentiels lorsque leur existence est contestée par l'entreprise concernée. Ensuite, s'agissant de la question du poids qu'il convient d'attacher à la preuve éventuelle, par l'entreprise dominante, de l'absence d'effets anticoncurrentiels concrets sur le marché concerné en raison du comportement visé, la Cour maintient logiquement et sans surprise que la preuve d'absence d'effets d'éviction concrets sur le marché n'est pas suffisante pour écarter, à elle seule, l'application de l'article 102 TFUE. Elle souligne néanmoins que cette preuve constitue un indice pertinent, un « début de preuve », qui doit être complété par des éléments additionnels démontrant que l'absence d'effets concrets est une conséquence de l'incapacité de comportement à produire de tels effets¹⁴. En outre, selon la Cour, qui s'écarte de la sorte des suggestions formulées par son avocat général¹⁵, même la circons-

tance que le comportement concerné soit ancien et ait pris fin bien avant l'enquête de l'autorité de la concurrence ne suffit pas à remettre en cause la conclusion selon laquelle l'inexistence d'effets sur le marché ne suffit pas à démontrer que le comportement n'avait pas la capacité de produire de tels effets¹⁶.

12. — Troisièmement, aux points 59 à 86 de l'arrêt commenté, la Cour entreprend de (re)définir les conditions devant être réunies, dans le cadre de l'article 102 TFUE, afin d'établir l'existence d'une pratique d'éviction abusive. Selon la Cour, le test applicable impose de démontrer (i) que les pratiques concernées ont eu la *capacité de produire des effets d'éviction* de la concurrence, et (ii) que l'entreprise concernée n'a pas recouru, pour ce faire, « à des moyens relevant d'une concurrence normale, c'est-à-dire fondée sur les mérites »¹⁷. Elle procède encore à deux confirmations attendues. D'une part, l'existence d'une intention anticoncurrentielle dans le chef de l'entreprise dominante ne figure pas au rang des conditions d'existence de l'infraction, mais constitue néanmoins une circonstance factuelle susceptible d'être prise en compte¹⁸. D'autre part, il est permis à l'entreprise dominante de démontrer que le comportement est objectivement justifié, soit par certaines circonstances du cas d'espèce (extérieures à l'entreprise concernée), soit par l'intérêt des consommateurs¹⁹.

13. — S'agissant de la condition de *capacité* de produire des effets d'éviction (i), plus précisément, la Cour confirme, à la suite de son arrêt *Post Danmark II*, que ceux-ci ne doivent pas être purement hypothétiques. Partant, des pratiques restées à l'état de projet et non mises en œuvre, ou des pratiques qui auraient pu produire des effets si certaines circonstances particulières, « qui n'étaient pas celles prévalant sur le marché au moment de sa mise en œuvre et dont la réalisation apparaissait, alors, peu probable », s'étaient réalisées, n'ont pas la capacité de produire de tels effets d'éviction²⁰.

14. — S'agissant de la condition relative à l'emploi de moyens autres que ceux relevant d'une concurrence « normale », « fondée sur les mérites » (ii), en revanche, la Cour semble vouloir faire œuvre de clarification — voire d'innovation — jurisprudentielle. Ainsi, constituent notamment des pratiques s'écarter de la concurrence par les mérites : (a) toute pratique qui n'a pas d'intérêt économique autre que celui d'éliminer les concurrents²¹, ou (b) toute pratique « insusceptible d'être adoptées par un hypothétique concurrent [...] aussi efficace », dans la mesure où cette pratique de l'entreprise dominante « repose sur l'exploitation de moyens propres à la détention d'une telle position [dominante] » (critère de « répliquabilité »)²². Ce second critère de « répliquabilité » des pratiques apparaît comme une extension, ou une généralisation à l'ensemble des pratiques d'éviction, d'un test décliné auparavant sous des formes différentes selon le « type d'abus » considéré. Ainsi, paraissant directement inspirée par l'exposé assez convaincant de son avocat général sur ce point²³, la Cour adopte un test « unifié » de répliquabilité englobant à la fois le test du « concurrent aussi efficace » propre aux pratiques tarifaires²⁴ et d'autres tests

(13) Conclusions de l'avocat général (précitées en note de bas de page 3). (14) Arrêt commenté, point 56. (15) Conclusions de l'avocat général, point 119. (16) Arrêt commenté, point 56. (17) Arrêt commenté, points 69 et 75. (18) Arrêt commenté, points 62-63. Voy. également l'arrêt du 19 avril 2012, *Tomra Systems c. Commission*, aff. C-549/10 P, EU:C:2012:221, points 19-21. (19) Arrêt commenté, point 84. Voy. également *Post Danmark I*, précité en note de bas de page 5, points 40-42. (20) Arrêt commenté, point 70. (21) La Cour fait référence, à cet égard, à la jurisprudence relative à l'exemple le plus évident en matière de pratiques tarifaires, constitué des prix prédateurs : ceux-ci consistent à fixer des prix à un niveau non (suffisamment) profitable pour l'entreprise concernée, ce comportement n'ayant pas d'autre rationalité économique que l'élimination ou l'affaiblissement de la concurrence. (22) Arrêt commenté, points 77-78. (23) Conclusions de l'avocat général, point 73. (24) Pour la clarté, il convient de distinguer le principe du concurrent aussi efficace (*sensu lato*), exposé par la Cour dans son arrêt *Post Danmark I* et dont l'arrêt commenté confirme qu'il peut trouver à s'appliquer à l'ensemble des pratiques d'éviction abusives, et le test du concurrent aussi efficace (*stricto sensu*), fondé sur des hypothèses chiffrées et *a priori* uniquement applicables à certaines formes de pratiques d'éviction tarifaires : voy., à ce sujet, G. Gaudin et D. Mantzari, « Google Shopping and the As-Efficient-Competitor Test : Taking Stock

propres à certaines pratiques non tarifaires, tels que le test de « nécessité » applicable en matière de refus d'accès à une facilité essentielle²⁵.

15. — Quatrièmement, appliquant ces balises à la situation d'espèce aux points 87 à 103 de l'arrêt commenté, la Cour juge que, dans le contexte d'un marché en cours de libéralisation, apparaît comme non fondé sur la concurrence par les mérites, « le fait pour une entreprise disposant de droits exclusifs, tel un monopole légal, d'utiliser ces derniers afin d'étendre la position dominante qu'elle détient sur un marché en raison de ces droits sur un autre marché »²⁶. Par conséquent, l'ancien titulaire d'un monopole légal doit s'abstenir, dans le contexte de la libéralisation du marché, de « recourir à des moyens dont elle disposait au titre de son ancien monopole et qui, à ce titre, ne sont pas disponibles pour ses concurrents » — notamment l'utilisation de listes de données relatives à sa clientèle²⁷. En d'autres termes, SEN, lorsqu'elle a considéré fournir les listes SEN à Enel Energia, aurait dû offrir la possibilité aux concurrents de cette dernière d'accéder également à ces informations, et ce à des conditions égales pour des prestations équivalentes²⁸. En outre, SEN aurait dû solliciter le consentement de ses clients de façon non discriminatoire, en évitant à cette occasion de créer tout biais aboutissant à ce que les listes SEN destinées à être fournies à Enel Energia soient mieux exploitables sur le plan commercial que celles destinées à être fournies aux concurrents des sociétés du groupe ENEL.

16. — Dès lors, en l'occurrence, la charge de la preuve incombant à l'AGCM lui imposait d'établir, « sur le fondement d'éléments probants, tels que des études comportementales », que les procédés mis en œuvre par SEN étaient bien de nature à favoriser les listes destinées à être transmises à Enel Energia²⁹. Si tel était le cas, un tel comportement serait, selon la Cour, « nécessairement insusceptible d'être adopté par un hypothétique concurrent aussi efficace », dans la mesure où aucun concurrent ne pouvait disposer d'une structure susceptible de fournir autant de données de clients du marché protégé³⁰.

3 Implications pratiques et perspectives

17. — *Premièrement*, l'arrêt commenté confirme l'applicabilité en matière de pratiques d'éviction *non tarifaires* d'une certaine jurisprudence antérieure de la Cour dont il a pu être considéré qu'elle s'appliquait uniquement aux pratiques purement *tarifaires*. Ainsi, d'une part, le principe du « concurrent aussi efficace » apparaît au cœur de l'arrêt commenté, et semble employé comme un moyen général, en matière de pratiques d'éviction, pour évaluer l'(in)existence d'une concurrence par les mérites. D'autre part, il ressort clairement de l'arrêt commenté que la « présomption procédurale *Intel* » s'applique, contrairement à l'analyse qui avait pu en être

faite dans d'autres affaires par la Commission³¹, également aux pratiques d'éviction non tarifaires.

18. — *Deuxièmement*, la Cour présente ce qui apparaît comme un nouveau test « unifié » en matière de pratiques d'éviction, comprenant un test de répliquabilité par un hypothétique concurrent aussi efficace. Plus précisément, ce test devrait imposer aux autorités de la concurrence d'évaluer (i) la capacité du comportement concerné à produire des effets anticoncurrentiels concrets sur le marché, et (ii) le recours à des moyens s'écartant de la concurrence « normale » ou « par les mérites », cette seconde branche étant examinée à l'aune d'un critère général de répliquabilité.

19. — À cet égard, l'on soulignera que l'arrêt commenté laisse subsister un certain doute quant à la question de savoir ce dont il convient de vérifier la répliquabilité : s'agit-il du comportement lui-même (*in casu*, l'exploitation discriminatoire des données clients) ou de « l'atout concurrentiel » concerné (en l'occurrence, les listes SEN) ? L'arrêt commenté lui-même évoque majoritairement la capacité d'hypothétiques concurrents aussi efficaces de répliquer les *pratiques* concernées, ce qui semble faire référence à la première option³². Cependant, la Cour s'appuie notamment, pour la définition de ce nouveau test unifié, sur le test applicable en matière de refus d'accès aux facilités essentielles, qui concerne la répliquabilité des *infrastructures*, c'est-à-dire plutôt l'atout concurrentiel concerné. Enfin, les conclusions de l'avocat général Rantos, dont la Cour s'est largement inspirée dans les passages concernés de l'arrêt commenté et auxquelles elle renvoie d'ailleurs explicitement, laissent également entendre que c'est l'accès à l'atout concurrentiel qu'il conviendrait de considérer : selon l'avocat général, le test applicable « consisterait à vérifier si, sur la base des informations présumées connues à l'entreprise dominante, les concurrents auraient pu avoir accès, de manière économiquement viable, à des listes comparables, quant à leur utilité, à celles des listes SEN »³³. Il est donc difficile de tirer une conclusion définitive sur ce point, dont l'importance pratique ne peut être sous-estimée : de cet arbitrage, qui nécessitera des éclairages de la jurisprudence future, dépendra largement la stratégie d'argumentation à adopter par les acteurs dominants confrontés au test de répliquabilité.

20. — Par ailleurs, et plus largement, il restera à voir, comme certains commentateurs ont pu le souligner, si ce (nouvel essai de) test jurisprudentiel résistera à l'épreuve du temps : il n'est pas certain qu'il parvienne à couvrir l'ensemble des situations classiquement visées par l'article 102 TFUE³⁴. La Cour semble, en toute hypothèse, avoir laissé la porte ouverte à l'adaptation de ce test, dans la mesure où la formulation de l'arrêt commenté n'exclut pas l'existence d'autres moyens que l'application du test de répliquabilité en vue d'évaluer si l'entreprise dominante s'écarte de la concurrence « normale ».

21. — *Troisièmement*, l'arrêt commenté apporte des précisions utiles quant à la portée et l'étendue de la charge de la preuve in-

and Looking Ahead », *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 13, Issue 2, mars 2022, pp. 125-135. (25) Ce test de nécessité (ou d'indispensabilité), dérivé de l'arrêt *Bronner* de la Cour, est généralement considéré comme plus strict que le test de répliquabilité applicable à d'autres types d'abus, dans la mesure où il impose de vérifier que l'accès au bien ou au service concerné est indispensable pour permettre à celui qui le sollicite de participer au jeu de la concurrence, sans qu'il n'y ait d'alternative possible à la délivrance d'un tel accès : voy. l'arrêt du 26 novembre 1998, *Oscar Bronner*, aff. C-7/97, EU:C:1998:569 (« *Bronner* »), points 41-44, mais également l'arrêt du 6 avril 1995, *RTE et ITP c. Commission*, aff. C-241/91 P, (« *Magill* »), points 52-56. (26) Arrêt commenté, point 91. (27) Arrêt commenté, point 92. (28) Arrêt commenté, point 94. (29) Arrêt commenté, point 98. (30) Arrêt commenté, point 101. (31) Décision *AdSense* de la Commission, précitée en note de bas de page 12. (32) Voy. en particulier les points 78-79 de l'arrêt commenté. (33) Conclusions de l'avocat général, point 73. (34) Voy. P. Ibanez-Colomo, « On Case C-377/20, Servizio Elettrico Nazionale (II) : does the replicability test really work ? », *Chilling Competition Blog*, 18 mai 2022, accessible sous : <https://chillingcompetition.com/2022/05/18/on-case-c-377-20-servizio-elettrico-nazionale-ii-does-the-replicability-test-really-work/>.

Commentaires

comblant respectivement aux autorités de la concurrence et aux entreprises dominantes quant à l'analyse des effets. D'une part, la Cour confirme qu'il appartient à ces autorités de démontrer l'existence d'une *capacité* du comportement concerné à produire des effets concrets sur le marché. D'autre part, cependant, elle souligne que la preuve (négative) de l'*inexistence* d'effets concrets sur le marché concerné par l'entreprise dominante, contrairement à la preuve (positive) inverse de l'existence d'effets anticoncurrentiels concrets, n'est pas décisive. L'arrêt commenté exige qu'une telle preuve d'absence d'effets concrets soit complétée par une preuve négative supplémentaire. En effet, dans ce cas, l'entreprise concernée doit également démontrer que l'absence d'effets anticoncurrentiels n'est pas due à d'autres causes telles que « des changements survenus sur le marché pertinent depuis que le comportement a été entamé ou à l'incapacité de l'entreprise en position dominante de mener à bien la stratégie à l'origine d'un tel comportement ». Nul besoin de préciser qu'une telle « double preuve négative » apparaît ardue à fournir en pratique.

22. — *Quatrièmement*, il reste la question de savoir quelle portée doit être donnée à cet arrêt⁽³⁵⁾ : ses enseignements ont-ils vocation à s'appliquer, en général, à toute pratique d'éviction commise par un acteur dominant sur son marché, ou visent-ils surtout les anciens « champions » nationaux titulaires de monopoles légaux (distributeurs d'électricité, opérateurs postaux, télécoms, ou encore de transport) ? La réponse à cette question n'apparaît pas clairement tranchée. D'une part, le test de répliquabilité unifié semble être formulé dans l'arrêt commenté comme une synthèse destinée à s'appliquer aux pratiques d'éviction en général⁽³⁶⁾. D'autre part, toutefois, la Cour a pris soin de laisser ouverte la possibilité d'autres voies que ce test de répliquabilité, qui n'est que « l'une des manières » d'établir qu'un comportement s'écarte de la concurrence « normale »⁽³⁷⁾. En outre, plus généralement, l'arrêt commenté insiste à plusieurs reprises sur la spécificité des faits concernés par la situation d'espèce : la procédure visait, en substance, à punir le comportement d'un ancien opérateur national ayant tenté de profiter de son statut spécial de distributeur public historique pour « fausser » le jeu de la libéralisation du marché électrique⁽³⁸⁾.

23. — La question de la portée de l'arrêt commenté devrait, en toute hypothèse, se poser assez rapidement dans le cadre d'autres affaires, à commencer par la procédure de pourvoi intentée par Google à l'encontre de l'arrêt rendu par le Tribunal dans l'affaire *Google Shopping*⁽³⁹⁾. En effet, cette affaire avait vu la Commission imposer une amende de 2,42 milliards d'euros à Google, cette dernière ayant abusé de sa position dominante sur le marché de la recherche générale sur Internet en favorisant son propre comparateur de produits, un service de recherche spécialisée, par rapport aux comparateurs de produits concurrents (« *self-preferencing* »). Le Tribunal, suivant les arguments avancés par la Commission, a confirmé la légalité de cette sanction, considérant que la Commission avait adéquatement démontré (i) la capacité du comportement à produire des effets anticoncurrentiels, et

(ii) que ces agissements de Google s'écartaient de la concurrence « par les mérites », en favorisant son propre comparateur de produits par le biais d'une présentation et d'un positionnement privilégiés, tout en reléguant les résultats des comparateurs concurrents par le biais d'algorithmes de classement.

24. — L'arrêt commenté paraît, à première vue, soutenir l'analyse développée par le Tribunal dans son arrêt *Google Shopping*. En effet, les deux arrêts ont ceci en commun qu'ils considèrent que des opérateurs dominants, lorsqu'ils contrôlent des « bases de données » à haute valeur commerciale, fussent-elles acquises ou développées légalement, se doivent de faire usage de celles-ci selon des modalités non discriminatoires. Ainsi, il est possible de lire l'arrêt commenté comme soutenant le point de vue de la Commission selon lequel un acteur dominant ne peut faire usage de l'avantage concurrentiel constitué de données sur un marché principal en vue de favoriser, de façon discriminatoire pour ses concurrents, ses propres activités sur un marché adjacent, et ceci à la condition qu'une telle pratique n'aurait pu être répliquée par un concurrent aussi efficace. De plus, l'on relèvera que la Cour, dans l'arrêt commenté, exclut expressément d'imposer à l'AGCM l'application du test « de nécessité » propre à la théorie du refus d'accès à une facilité essentielle, mais assimile plus généralement ces pratiques, à l'instar du Tribunal dans son arrêt *Google Shopping*, à une pratique discriminatoire⁽⁴⁰⁾. Or, une telle mise à l'écart du test de nécessité ne paraît pas soutenir le point de vue de Google. En effet, cette dernière soutient que la Commission, en substance, lui reproche de ne pas avoir accordé à ses concurrents du marché des comparateurs de produits un accès équitable à son moteur de recherche générale. En d'autres termes, la Commission considérerait les services de Google comme une facilité essentielle sans en tirer toutes les conséquences nécessaires : dans sa décision, elle se serait abstenue de démontrer qu'un tel accès était indispensable à la concurrence sur le marché des comparateurs de produits.

25. — Une telle analogie entre les enseignements de l'arrêt commenté et l'affaire *Google Shopping* doit toutefois être envisagée avec prudence. En effet, à la différence de la situation concernée par l'arrêt commenté, dans laquelle il ne *pouvait* exister aucun concurrent aussi efficace susceptible d'adopter un comportement similaire à celui de l'ancien titulaire d'un monopole légal, la situation commerciale avantageuse de Google sur son marché n'est pas dérivée d'un ancien cadre réglementaire spécifique. La popularité du moteur de recherche générale de Google peut, au contraire, être rattachée à des investissements et à des efforts d'innovation, résultant en des pratiques commerciales ou en des atouts concurrentiels dont l'on pourrait argumenter, plus aisément que dans le contexte de l'arrêt commenté, qu'ils auraient pu être répliqués par un concurrent aussi efficace. Ces éléments devraient donc, en toute hypothèse, refaire surface assez rapidement dans la jurisprudence nouvelle de la Cour, ouvrant la voie à de nouvelles précisions quant aux balises applicables en matière de pratiques d'éviction anticoncurrentielles.

(35) L'on notera que la formation de jugement ayant rendu l'arrêt commenté était composée de cinq juges, comprenant le président de la Cour. (36) Arrêt commenté, points 75-83 en particulier. (37) Arrêt commenté, point 81. (38) Arrêt commenté, points 91-102 en particulier. (39) Arrêt du Tribunal du 10 novembre 2021, *Google et Alphabet c. Commission*, aff. T-612/17, EU:T:2021:763 (« *Google Shopping* »). Pour un commentaire plus complet relatif aux conséquences de l'arrêt commenté pour cette procédure, voy. D. Katsifis, « Servizio, competition on the merits, and Google Shopping », *The Platform Law Blog*, 7 juin 2022, accessible sous <https://theplatformlaw.blog/2022/06/07/servizio-competition-on-the-merits-and-google-shopping/>. (40) Arrêt commenté, point 89 : les pratiques concernées, *in casu*, ne relèvent pas d'un « refus de SEN de permettre à des concurrents [d'Enel Energia] d'accéder à une facilité essentielle que constitueraient les données de contact des clients du marché protégé », mais tiennent « à la décision de SEN de transférer, contre paiement, certaines informations commerciales détenues par elle concernant ses clients [à Enel Energia] d'une manière qui serait défavorable, et donc discriminatoire, à l'égard des concurrents ».